



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O direito ao salário-maternidade nos casos de gestação de substituição: um estudo comparado entre Brasil e Chile
The right to maternity salary in cases of substitute pregnancy: a comparative study Brazil and Chile

Janaína Reckziegel

Rommy Alvarez Escudero

Daniele Vedovatto Gomes da Silva
Babaresco

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

Sumário

DOSSIÊ TEMÁTICO: Os CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL.....	13
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A IDENTIDADE ONTOLÓGICO-ESTRUTURAL: ENTRE ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS E SEU CONTRIBUTO À MATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	15
Tatiana Maria Guskow e Liziane Paixão Silva Oliveira	
O ENUNCIADO 665 DA SÚMULA DO STJ E A ESTRUTURA SISTÊMICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A “CIRANDA DE PEDRA” DA PRÁTICA CONSTITUCIONAL DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	29
Pedro Brabo dos Santos e Flípe Lôbo Gomes	
LEGALIDADE, JURIDICIDADE E CONVENCIONALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	49
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Livia Fioramonte Tonet	
O ERRO GROSSEIRO PREVISTO NO ART. 28 DO DECRETO-LEI N.º 4.657/1942: APORTES TEÓRICOS PARA UMA CONCEITUAÇÃO CONSTITUCIONAL	69
Marcelo Rodrigues Mazzei, Lucas Oliveira Faria e Sebastião Sérgio da Silveira	
PARÂMETROS DE AFERIÇÃO DA CULPA E DO ERRO GROSSEIRO: O HOMEM MÉDIO MORREU?.....	84
Odilon Cavallari	
A RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UMA ANÁLISE À LUZ DA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE.....	110
Alberth Sant’Ana Costa da Silva, Alfredo Ribeiro da Cunha Lobo e Marco Antônio R. Sampaio Filho	
TIPICIDADE NAS INFRAÇÕES DISCIPLINARES: O DESAFIO DA CERTEZA DO DIREITO EM UM DOS PRINCIPAIS CAPÍTULOS DA COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIA ESTATAL.....	125
André Petzhold Dias e Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho	
MILITARES ESTADUAIS E MOVIMENTOS GREVISTAS: DIVIDENDOS POLÍTICO-ELEITORAIS E INSTABILIDADE DISCIPLINAR INTERNA	145
Juarez Gomes Nunes Junior e Francisco Horácio da Silva Frota	
O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A LEGITIMAÇÃO DO USO DE SEGUROS E DE FUNDOS ESPECIAIS PARA A PROTEÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO	158
Sandro Lúcio Dezan e Marcelo Dias Varella	
A AVALIAÇÃO DE IMPACTO E DE RESULTADO REGULATÓRIO COMO ESPECTROS DE POLÍTICA REGULATÓRIA-SANCIONATÓRIA EFICIENTE EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: REFLEXÕES À LUZ DA ACCOUNTABILITY	183
Luis Henrique de Menezes Acioly, Isabelle Brito Bezerra Mendes e João Araújo Monteiro Neto	

POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS DAS MULHERES, INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA	208
DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS: REDES INTERSETORIAIS E AS ESTRATÉGIAS DE GESTÃO	210
Palloma Rosa Ferreira, Diego Neves de Sousa, Amélia Carla Sobrinho Bifano e Maria das Dores Saraiva	
O DIREITO AO SALÁRIO-MATERNIDADE NOS CASOS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E CHILE	234
Janaina Reckziegel, Rommy Alvarez Escudero e Daniele Vedovatto Gomes da Silva Babaresc	
A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O ALCANCE DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU: UMA ANÁLISE DO PROJETO ADOÇÃO SEGURA DA COMARCA DE MARINGÁ –PR E DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	253
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro e Ana Maria Silva Maneta	
POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE	279
SERÃO OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS O CAMINHO PARA O ACESSO A POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE?	281
Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Carlos Eduardo Montes Netto	
POLICY HANDLING TO ACCELERATE STUNTING REDUCTION IN KUPANG TENGAH DISTRICT, REGENCY EAST NUSA TENGGARA PROVINCE	303
William Djani e Jeny Jacoba Therikh	
OUTROS TEMAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS	318
HARNESSING NOVEL TECHNOLOGIES TO FORTIFY ANTI-CORRUPTION EFFORTS: ASSIMILATING INDIA’S EXPERIENCES INTO UZBEKISTAN’S FIGHT AGAINST CRIMINALITY	320
Abhishek Thommandru e Fazilov Farkhod Maratovich	
NEXUS OF PUBLIC SERVICE INTERVENTIONS AND SOCIAL DEVELOPMENT: LITERATURE SYNTHESIS.....	341
Jonathan Jacob Paul Latupeirissa e Ni Luh Yulyana Dewi Dewi	
INVESTIMENTO-ANJO: UMA PROPOSTA DE JUSTIÇA FISCAL PARA INVESTIMENTOS DE ALTO RISCO	365
Tarsila Ribeiro Marques Fernandes e Paola de Andrade	
MOTIVAÇÕES DOS CONSUMIDORES PARA INCLUÍREM O NIF NAS FATURAS.....	384
Gabriel Pinto, Daniel Taborda e Pedro Cerqueira	
BUILDING TRUST IN POLICING: CHALLENGES AND STRATEGY.....	402
Baidya Nath Mukherjee e Meera Mathew	

O direito ao salário-maternidade nos casos de gestação de substituição: um estudo comparado entre Brasil e Chile*

The right to maternity salary in cases of substitute pregnancy: a comparative study Brazil and Chile

Janaína Reckziegel**

Rommy Alvarez Escudero***

Daniele Vedovatto Gomes da Silva Babaresc****

* Recebido em: 06/07/2022
Aprovado em: 08/06/2023

** Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Início: 2018). Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá – RJ (2014). Mestre em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul – UCS (2007). Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” pela Universidade Comunitária Regional de Chapecó (2002) e em “Educação e docência no ensino superior” pela Faculdade Exponencial – FIE (2009). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc (2001). Advogada, Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Líder do Grupo de Pesquisa BIOTEC: Bioética e Direitos Fundamentais. Residente e domiciliada na Av. Getúlio Vargas, n. 542-S, Ed. Olympus, apto: 401, Centro, em Chapecó – SC, Brasil. E-mail: janaina.reck@gmail.com. Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7597547217990217>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8301-4712>.

*** Doutora em Direito pela Universidade Autônoma de Barcelona, Espanha. Mestre em Direito de Família, Universidade Autônoma de Barcelona, Espanha. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Valparaíso, Chile. Graduada em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica de Valparaíso, Chile. Acadêmica e Pesquisadora, Faculdade de Direito, Universidad de Valparaíso, Chile. Membro do Grupo de Pesquisa BIOTEC: Bioética e Direitos Fundamentais. E-mail: rommy.alvarez@uv.cl. Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8434412545550480>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0447-6394>.

**** Trabalho desenvolvido no âmbito do projeto ANID, Chile, Fondecyt de Iniciación N°11200066 “Nuevo paradigma de la filiación en Chile: Hacia una integración de la voluntad procreacional y la socio-afectividad en perspectiva de infancia”, para o qual o co-autora é o pesquisadora principal.

Mestra em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Docente na Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc. Advogada inscrita na OAB/SC. E-mail: danivedovatto@gmail.com. Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8198175291371570>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6552-6028>.

Resumo

As técnicas de reprodução assistida constituem resultado do avanço tecnológico na área da medicina reprodutiva. Das existentes, o presente artigo discute a gestação de substituição, vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”. Sua peculiaridade está no surgimento de três figuras de mãe: a mãe que nutre o desejo da procriação, a mãe doadora de gametas e a mãe receptora dos embriões, que irá gestar e dar à luz. Há, então, a geração de um impasse no que diz respeito ao benefício previdenciário denominado salário-maternidade; afinal, a quem cabe tal benefício? Nesse sentido, o objetivo do presente artigo refere-se à averiguação do direito da mãe (ou pai, solteiro ou homoafetivo) que concebe seu filho por meio da gestação de substituição ao recebimento do salário-maternidade, no Brasil e no Chile, por meio do direito comparado. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica, com revisão da literatura, legislação, e jurisprudência, verificou-se que o sistema jurídico brasileiro, bem como o chileno carecem de norma regulamentando a situação ou isso é insuficiente, cabendo à doutrina e jurisprudência a tarefa de integrar a lacuna normativa, utilizando-se das fontes integrativas do direito, tais como a analogia e os princípios gerais do direito.

Palavras-chave: bioética; direito comparado; gestação de substituição; salário-maternidade; técnicas de reprodução assistida.

Abstract

Assisted reproduction techniques are the result of technological advances in the field of reproductive medicine. One of these techniques is the surrogate pregnancy commonly known as “surrogate belly”. In this case, three mother figures may appear: the mother who’s willing for procreation, the gamete donor mother and the embryo recipient mother, who will gestate and give birth. In these cases, there is an impasse with regard to the social security benefit called paid maternity leave, after all, who must receipt the benefit? In that regard, the purpose of this article, therefore, was to ascertain the

right of the mother (or father, single or homoaffective) who conceives her child through the pregnancy of substitution to the perception of the maternity salary, in Brazil and Chile through comparative study. Using bibliographic research with a review of the literature, legislation and jurisprudence it was found that the Brazilian and Chilean legal system lacks a rule regulating the situation or is insufficient, leaving the task of integrating the normative gap to doctrine and jurisprudence using integrative sources of law such as analogy and general principles of law.

Keywords: assisted reproduction techniques; bioethics; comparative law; paid maternity leave; surrogate pregnancy.

1 Introdução

Com o progresso tecnológico da medicina reprodutiva, as pessoas e os casais, notadamente os diagnosticados com esterilidade ou infertilidade, passaram a contar com as técnicas de reprodução assistida, as quais interferem no ato reprodutivo com a fecundação fora do corpo da mulher, utilizando-se de medicamentos, equipamentos de laboratório e manipulação de materiais biológicos, como gametas e embriões.

A gestação de substituição ou cessão temporária do útero constitui uma das técnicas de reprodução assistida. Nela, a gestação é mantida por uma mulher em favor de outra, que desejou a gravidez ou forneceu o material genético, a quem a criança é entregue após o nascimento.

Nesse caso, surge um impasse no que diz respeito ao benefício previdenciário denominado salário-maternidade, pois três figuras de mãe podem surgir: a mãe que nutre o desejo da procriação (ou mesmo o pai, solteiro ou homoafetivo), a mãe doadora de gametas e a mãe receptora dos embriões, que irá gestar e parir.

Assim, a pesquisa tem por problemática a concessão do salário-maternidade nos casos de gestação de substituição ou cessão temporária do útero. Afinal, a mãe (ou o pai, solteiro ou homoafetivo) que desejou a gravidez e a realizou no útero de outra mulher, fará jus ao salário-maternidade, mesmo não tendo gestado e dado à luz?

Por meio da utilização de pesquisa bibliográfica, far-se-á uma análise sobre as técnicas de reprodução assistida, no Brasil e no Chile. Na sequência, tratar-se-á sobre a gestação de substituição ou cessão temporária do útero, encerrando-se com uma abordagem acerca do direito ao salário-maternidade nos casos da referida técnica.

Assim, justifica-se a importância do presente artigo, em virtude de a legislação previdenciária brasileira, bem como a chilena não contemplarem a gestação de substituição nas hipóteses de concessão do salário-maternidade, o que demanda uma solução por parte dos operadores do direito, a fim de suprir a referida lacuna ou contribuir para superar sua insuficiência.

2 Técnicas de reprodução assistida e sua regulamentação no Brasil e no Chile

Intitula-se “Reprodução Assistida” (RA), “Reprodução Humana Assistida” (RHA) ou, ainda, “Técnicas de Reprodução Assistida” (TRA), o conjunto de técnicas, tecnologias, equipamentos, procedimentos médicos e biomédicos para a fertilização do embrião *in vitro*.¹

¹ CORREA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andrea. Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 753-777, set. 2015.

Resultado do grande avanço tecnológico na área da medicina reprodutiva, a reprodução assistida tem o papel de auxiliar a resolução de problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. As técnicas podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos².

Corleta e Frajndlich³ conceituam a reprodução assistida como o conjunto de técnicas para tratamento da infertilidade conjugal que envolvem a manipulação em laboratório de pelo menos um dos gametas: espermatozoides ou óvulos. Tendo por objetivo realizar a fecundação fora do corpo da mulher, as técnicas interferem no ato reprodutivo, com a utilização de medicamentos, equipamentos de laboratório e manipulação de materiais biológicos como gametas e embriões⁴.

Em geral, são os casais diagnosticados com esterilidade ou problemas de infertilidade que procuram os centros de reprodução assistida. A diferença entre esterilidade e infertilidade, segundo Julia Araujo e Carlos Araujo⁵, é que, no primeiro caso, a chance de gerar um filho de modo natural é nula (quando a mulher não tem as duas tubas uterinas, por exemplo), ao passo que, na segunda situação, a probabilidade de gravidez é menor (quando a mulher possui endometriose ou algum tipo de disfunção hormonal, por exemplo).

Assim, na busca de superar a esterilidade e realizar o desejo da maternidade, inúmeras mulheres decidem se submeter às técnicas de reprodução medicamente assistida⁶, já que a experiência da infertilidade pode ser desestruturante, podendo levar casais à separação após tentativas frustradas de gerar um descendente⁷.

No mundo, o primeiro “bebê de proveta” nasceu no ano de 1978, marcando o início de um extraordinário progresso no entendimento e tratamento dos problemas relacionados à fertilidade humana⁸. No Brasil, bem como no Chile, a primeira criança gerada por meio de técnica de reprodução assistida nasceu no ano de 1984⁹.

Atualmente, o Brasil se iguala aos países denominados desenvolvidos em relação às clínicas e técnicas sofisticadas e modernas de reprodução assistida¹⁰. A respeito do Chile, Sarah Coxir, Ana Lopes, Alessandra Silva e Maria Penna¹¹ destacam que o país conta com um grande número de clínicas especializadas em reprodução humana assistida.

As Técnicas de Reprodução Assistida (TRAs) podem ser classificadas em homólogas, quando se utilizam os gametas do próprio casal, e heterólogas, quando se utilizam gametas masculino, feminino ou ambos de

² ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.

³ CORLETA, H.; FRAJNDLICH, R. Técnicas de reprodução assistida: bebê de proveta. *ABC da Saúde*, 2007. Disponível em: <https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>. Acesso em: 3 dez. 2019.

⁴ ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.

⁵ ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.

⁶ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

⁷ RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. *Infertilidade e reprodução assistida: desejando filhos na família contemporânea*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. p. 53.

⁸ CORLETA, H.; FRAJNDLICH, R. Técnicas de reprodução assistida: bebê de proveta. *ABC da Saúde*, 2007. Disponível em: <https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>. Acesso em: 3 dez. 2019.

⁹ ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.

¹⁰ ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.

¹¹ COXIR, Sarah Abreu; LOPEZ, Ana Cristina dos Santos; SILVA, Alessandra Maria Dias; PENNA, Maria Leticia Firpe. Estudo das regulamentações de reprodução humana assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina. *Reprodução & Climatério*, v. 29, n. 1, p. 27-31, 2014.

doadores¹². Freire Júnior e Batista¹³ acrescentam que a técnica homóloga refere-se à junção de gametas do casal, e a heteróloga, quando há utilização de doadores anônimos; não sendo possível detectar o laço biológico.

São técnicas de reprodução assistida a Inseminação Intra-uterina (IIU), a fertilização *in vitro* (FIV) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), cujos procedimentos podem ser feitos com os gametas do casal ou com espermatozoides ou óvulos doados, em caso de esterilidade ou de transmissão de doenças dominantes¹⁴.

Importante destacar que a reprodução assistida não se limita à utilização da inseminação artificial e fertilização *in vitro*, nas quais não há o intercuro sexual, mas abrange as situações em que não há o manuseio de gametas. Cita-se, por exemplo, a administração de medicamentos a fim de estimular a ovulação. Assim, sempre que houver qualquer interferência médica para viabilizar ou facilitar a procriação, tem-se reprodução assistida¹⁵.

Segundo Auer Freire Junior e Lorraine Batista¹⁶, a Inseminação Artificial (IIU) consiste no depósito de sêmen na cavidade uterina. É considerado um procedimento simples que pode ser realizado no próprio consultório médico. Já o objetivo da Fertilização In Vitro (FIV) são os pré-embriões que serão transladados ao útero. Nesse sentido, os materiais genéticos são mantidos em ambiente laboratorial. No caso da Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI), procedimento efetivado em laboratório, ocorre a injeção de espermatozoides diretamente dentro do óvulo. Na Transferência de Embriões, Gametas ou Zigotos (ZIFT e GIFT), a fecundação poderá ocorrer fora do corpo da mulher ou nas trompas, a depender se a transferência é de gametas (GIFT) ou zigotos (ZIFT). Procura aumentar o sucesso da nidação¹⁷.

As técnicas mais utilizadas, com manipulação de gametas e/ou embriões e ausência de intercuro sexual são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* clássica, bem como a chamada gestação de substituição¹⁸.

Importante, ainda, no que se relaciona às técnicas de reprodução assistida, destacar a regulamentação no Brasil e no Chile. Nesse sentido, nota-se que, no Brasil, a regulamentação existente provém do Conselho Federal de Medicina, a Resolução n. 2.320/2022, que determina as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida no país. A resolução estabelece princípios a serem seguidos na execução dessas técnicas, a fim de atender ao objetivo de auxiliar nos problemas relacionados à reprodução humana¹⁹. Portanto, não há uma legislação específica e abrangente sobre o tema.

Em relação ao Chile, nota-se a ausência de regulamentação específica sobre o tema. Há, apenas, três documentos sobre o assunto: o primeiro de caráter normativo, é um antigo regulamento administrativo sobre as técnicas de fertilização *in vitro* (FIV), a Resolução n.º 1.072/1985, chamada de “*Normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria*”, aplicáveis, apenas, aos centros públicos de medicina repro-

¹² 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, n. 50, p. 348-367, 2010.

¹³ FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017. p. 7.

¹⁴ CORLETA, H.; FRAJNDLICH, R. Técnicas de reprodução assistida: bebê de proveta. *ABC da Saúde*, 2007. Disponível em: <https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>. Acesso em: 3 dez. 2019.

¹⁵ 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, n. 50, p. 348-367, 2010.

¹⁶ FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017. p. 6-7.

¹⁷ FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017.

¹⁸ 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, n. 50, p. 348-367, 2010.

¹⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 2.320, de 20 de setembro de 2022*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 15 jun. 2023.

dutiva. O segundo documento, de caráter legislativo, refere-se à Lei n. 19.585/98, que modificou o sistema de filiação, ao incluir o art. 182, no Código Civil chileno, admitindo a filiação por meio de técnica de reprodução assistida²⁰. Ainda se destaca, como terceiro documento, a Resolução n. 49 do Ministério da Saúde chileno, que, por meio do reconhecimento da aplicação de técnicas reprodutivas humanas assistidas na área administrativa, ainda que, de forma limitada, incorporou ao regime do Fundo Nacional de Saúde oito benefícios referidos à fertilização assistida. No entanto, apesar da existência dessa incipiente regulamentação no Chile, deve-se atentar para o fato de que deixou de considerar a questão de pessoas solteiras, bem como casais homoafetivos. Nesse sentido, esclarece-se que não são apenas o homem e a mulher, como casal, que procurarão esse serviço.

3 Gestação de substituição ou cessão temporária do útero

A gestação de substituição ou cessão temporária do útero constitui uma das técnicas de reprodução humana assistida, logo, realizada por meio de fertilização *in vitro*, procedimento pelo qual há a junção do óvulo com o espermatozoide fora do corpo da mulher. Após incubação com certo quantitativo de temperatura, é possível a formação de um embrião, que será transladado ao útero da mulher que espera a técnica gestacional. A inseminação pode ser tanto homóloga quanto heteróloga²¹.

Vulgarmente denominada como “barriga de aluguel”, a gestação de substituição ou cessão temporária do útero, como é chamada pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução n. 2.320/2022 de 20 de setembro de 2022, também é conhecida como maternidade de substituição, maternidade por sub-rogação, gestação por outrem²². Há, ainda, outras denominações: útero de empréstimo, útero de aluguel, gestação sub-rogada, mãe sub-rogada, mãe de empréstimo, mãe substituta, mãe hospedeira, mãe por procuração etc.²³.

Destaca-se que a terminologia mais conhecida, “barriga de aluguel”, revela-se inadequada no Brasil, onde a utilização do método deve ser gratuita, ou seja, sem qualquer contraprestação financeira²⁴. A Resolução n. 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, corrobora a regra. Atualmente, regulamenta a técnica e prevê, expressamente, que a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Para Jussara Meirelles²⁵, a cessão temporária do útero consiste na gestação de um ser humano, mantida por uma mulher em favor de outra com alguma impossibilidade referente à gravidez, com a finalidade de, logo após o nascimento com vida, ser a criança entregue à interessada, renunciando a gestante, em favor dela, a todos os direitos relativos à maternidade. Flávia Silva²⁶ define a gestação de substituição como ato pelo qual uma mulher cede seu útero para gestação do filho de outra, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento, assumindo a mulher desejosa ou fornecedora do material genético a condição de mãe.

²⁰ COXIR, Sarah Abreu; LOPES, Ana Cristina dos Santos; SILVA, Alessandra Maria Dias; PENNA, Maria Leticia Firpe. Estudo das regulamentações de reprodução humana assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina. *Reprodução & Climatério*, v. 29, n. 1, p. 27-31, 2014.

²¹ FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017.

²² 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, n. 50, p. 348-367, 2010.

²³ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

²⁴ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

²⁵ MEIRELLES, Jussara Leal de. *Gestação por outrem e determinação de maternidade (“mãe de aluguel”)*. Curitiba: Gênese, 1998. p. 23.

²⁶ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

Em outras palavras, a cessão temporária de útero é uma técnica de reprodução humana assistida que se originou com a necessidade das famílias, em razão de problemas de saúde, como a esterilidade, infertilidade ou qualquer outra dificuldade de procriação²⁷.

No Brasil, a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, ou seja, primeiro grau (mãe/filha), segundo grau (avó/irmã), terceiro grau (tia/sobrinha) e quarto grau (prima), sendo que as demais situações estão sujeitas à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Com as técnicas de reprodução assistida, em especial a gestação por conta de outrem, criam-se novos desdobramentos técnicos e jurídicos, alterando profundamente a forma de estabelecimento da família²⁸.

Uma verdadeira família não é determinada pela maneira como foi constituída, mas sim, pelo amor, respeito e alegria pela vinda do outro. A incapacidade de reproduzir-se naturalmente é uma das doenças que mais torturam os seres humanos, de modo que a medicina reprodutiva e a reprodução assistida foram criadas justamente para curá-la²⁹.

A criança originada nesses casos poderá ter três figuras de mãe, quais sejam: 1) a mãe encomendante ou institucional, que nutre o desejo de procriação, com a ajuda da ciência; 2) a mãe genética, que tem identidade de genes com o filho, ou seja, a doadora de gametas e; 3) a mãe biológica, hospedeira, portadora ou natural, que é a receptora de embriões, aquela que engravida e dá luz à criança³⁰.

Para Raymundo Cantuaria³¹, três mulheres distintas envolvidas no procedimento podem ser chamadas de mãe: a mãe afetiva (mãe encomendante), a mãe genética (mãe doadora de gameta) e a mãe biológica (mãe gestacional).

Há quem entenda, por outro lado, que os termos mãe genética e biológica devem ser tratados como sinônimos, pois há identidade entre ambas. Para a autora Silmara Almeida³², não há diferença entre as expressões, pois a genética é uma das partes da biologia. Ela prefere utilizar o termo mãe genética ou biológica (sinônimos) ou genetriz, quando se refere à doadora do óvulo, e mãe gestacional ou gestatriz, ao mencionar aquela que gera e dá luz à criança.

AUER Freire Júnior e Lorraine Batista³³ chamam a atenção de que, na cessão temporária do útero, jamais deve ser utilizado o material genético da receptora, ou seja, da mulher que aceita gestar a prole de terceiros, a fim de proteger a relação entre os participantes, diante da insegurança jurídica provocada pela falta de regulamentação legislativa.

Flávia Silva³⁴ destaca alguns problemas que podem ser gerados na gestação de substituição. O mais grave seria a recusa da gestadora em entregar a criança ao casal titular do projeto procriativo, descumprindo o

²⁷ FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017.

²⁸ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

²⁹ FELIX, Valter Nilton. *Gravidez de substituição: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida*. São Paulo: Fiúza, 2009.

³⁰ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v.1, n.1, p. 50-67, 2011.

³¹ CANTUARIA, Raymundo Amorim. *Reprodução assistida: filiação, controvérsias jurídicas*. 2001. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. p. 110.

³² ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Reprodução humana assistida: aspectos civis e bioéticos*. 2000. 345 p. Tese (Livre Docência) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2000.

³³ FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017. p. 7.

³⁴ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

acordo realizado. O contrário também pode acontecer, caso os pais genéticos não queiram mais receber a criança depois do parto, por moléstia ou patologia, por exemplo.

Na gestação de substituição, é essencial que haja a elaboração de documento contendo o consentimento esclarecido e informado de todos os envolvidos, historiando a relação triangular estabelecida no útero de empréstimo³⁵.

Nesse sentido, a Resolução n. 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, determina quais são os documentos e observações que deverão constar no prontuário da paciente nas clínicas de reprodução assistida, no Brasil. São eles: 1) 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; 2) Relatório Médico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3) 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; 4) Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, públicos ou privados, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério; 5) Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; 6) Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Destaca-se, nesse sentido, que a elaboração de documento contendo o consentimento esclarecido e informado é essencial, pois é ele que historiará a relação triangular estabelecida na gestação de substituição. Em sua elaboração, o profissional médico deve garantir que haja clareza no entendimento dos envolvidos quanto aos efeitos dessa forma de gestação, valendo-se da participação de outros profissionais, como psicólogos, assistentes sociais e juristas³⁶.

Nos casos de gestação de substituição, o elemento volitivo assume papel relevante quando o assunto é filiação, pois a atribuição de maternidade e paternidade é feita à mulher ou ao casal que encomendou a técnica médica e participou do processo procriativo, independentemente de identidade genética com a criança. Assim, caso a mulher precise de doação de óvulo, esperma, embrião ou mesmo precise implantar o seu embrião (com material genético seu e de seu marido ou companheiro) em terceira, à mãe encomendante deve ser atribuída a maternidade³⁷.

No que diz respeito à paternidade, é certo que a sua atribuição depende, também, da expressa concordância do marido ou do companheiro quanto à utilização de útero alheio. Admite-se a aplicação, nesse caso, da presunção de que trata o art. 1.597, III, do Código Civil, inclusive em relação ao companheiro, diante da paternidade de intenção, calcada no afeto³⁸.

Embora a gestação de substituição não seja proibida no Brasil, há uma lacuna jurídica no que diz respeito à sua regulamentação, dificultando a solução dos problemas dela decorrentes³⁹.

Já em relação ao Chile, no que se refere à gestação de substituição, há silêncio normativo não só por parte do legislador, mas também no campo administrativo da saúde e da segurança social. Por essa razão, os tribunais chilenos têm sido os principais responsáveis pela formulação de certas contribuições, particularmente

³⁵ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

³⁶ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

³⁷ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

³⁸ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

³⁹ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

a fim de determinar a maternidade de crianças nascidas, em favor da mãe encomendante, superando a regra geral de atribuição de maternidade determinadas pelo parto, contido no Art. 183 do código civil chileno.

Para contextualizar, apresentam-se dois casos conhecidos até à data, debatidos pela justiça chilena, especialmente os relativos ao Segundo Juizado de Família de Santiago, durante o ano de 2018. No primeiro dos casos, cuja sentença foi proferida em 8 de janeiro de 2018, a mãe substituta era a mãe da encomendante, ou seja, havia um parentesco de primeiro grau por consanguinidade entre as duas. No segundo caso, a sentença foi proferida em 3 de dezembro de 2018, a mãe substituta era a melhor amiga da mãe genética. Em ambos os casos, os pais responsáveis eram os contribuintes dos gametas masculino e feminino, e as gestantes já haviam sido mães biológicas antes.

Solucionaram-se ambos os julgamentos favoravelmente para as mães encomendantes, tendo por base as normas constitucionais, em especial o art. 1º da Constituição Chilena⁴⁰, além do respeito ao direito à identidade e o direito de viver como uma família, bem como ao Princípio da Dignidade Humana. O critério norteador dessas decisões constitui o interesse superior da criança, juntamente aos princípios da liberdade, igualdade e não discriminação.

No que se refere ao Brasil, atualmente, não se tem uma lei regulamentando o procedimento, mas apenas a já mencionada Resolução n. 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, que tem sua eficácia de cunho ético e moral. Porém, afirmam Auer Freire Júnior e Lorraine Batista⁴¹ que as técnicas de reprodução assistida dependem de uma normatização legislativa para trazer a devida segurança jurídica para aqueles que escolhem essa forma de concepção.

Em relação ao registro civil de nascimento da criança fruto da barriga solidária, o Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, regulamentou o registro de crianças concebidas por reprodução assistida, dispensando a necessidade de prévia autorização judicial.

Recentemente, substituiu-se o referido provimento pelo de n. 63, de 14 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça⁴², que trata, nos artigos 16 a 19, sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

Exige-se a presença de ambos os pais para realizar o registro, salvo se forem casados ou conviverem em união estável e aquele que comparecer ao ato de registro apresente certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal⁴³.

Até pouco tempo, os autores questionavam o registro civil de nascimento das crianças nascidas por meio de gestação de substituição, diante da ausência de regulamentação jurídica: “como fazer para registrar um

⁴⁰ CHILE. Decreto n. 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 22 set. 2005. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁴¹ FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017.

⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

⁴³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

filho nascido por esse método, se o documento hábil a promover o registro civil do bebê conterà como indicação de mãe a que sofreu o parto?”⁴⁴.

A questão parece dirimida pelo Provimento n. 63, do Conselho Nacional de Justiça, segundo o qual nos casos de gestação por substituição, o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, não constará do registro. Para tanto, é necessária a apresentação do termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação⁴⁵.

Em relação aos filhos de casais homoafetivos, o provimento esclarece que o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência à distinção de ascendência paterna ou materna⁴⁶.

O provimento deixa claro, ainda, que os oficiais registradores não podem recusar o registro de nascimento e a emissão da certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos do provimento, sob pena de comunicação ao juiz competente nos termos da legislação local, a fim de que as providências disciplinares cabíveis sejam adotadas⁴⁷.

Ainda assim, há situações decorrentes da gestação de substituição que carecem de regulamentação jurídica, o que desencadeia demandas no Poder Judiciário. Uma dessas situações é a concessão do benefício previdenciário denominado salário maternidade, conforme abordado na seção a seguir.

4 A quem cabe o salário maternidade nos casos de gestação de substituição?

A licença-maternidade tem por objetivo proteger tanto a mulher trabalhadora, que se encontra física e psicologicamente vulnerável durante a gravidez e no puerpério, quanto a maternidade, possibilitando o convívio entre mãe e filho nos primeiros momentos em que este elo é constituído, seja por meio do nascimento ou da adoção⁴⁸.

No Brasil, o Direito Trabalhista concretiza o amparo à empregada mãe, acima descrito, ao passo que o Direito Previdenciário rege o salário-maternidade, instituto protetivo que também resguarda a materni-

⁴⁴ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

⁴⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

⁴⁸ VIOLA, Rebeca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

dade⁴⁹. Sérgio Martins⁵⁰ esclarece que são encontradas as denominações *licença à gestante* (art. 7º, XVIII, da Constituição), *licença-maternidade* e *salário-maternidade*, para qualificar o salário-maternidade.

Para o autor, “licença à gestante” ou “licença-maternidade” se refere ao período de afastamento propriamente dito, ao passo que o “salário-maternidade” diz respeito ao pagamento efetuado pelo INSS à segurada durante o período de afastamento. Ressalta-se que a Lei n. 8.213/91 utiliza a expressão “salário-maternidade”⁵¹.

De acordo com a atual legislação, a percepção do salário-maternidade está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada. Será pago à segurada da Previdência Social pelo período de 120 (cento e vinte) dias, podendo iniciar no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste⁵².

Em caso de adoção, o benefício é garantido ao segurado ou segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, igualmente pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias. Nessa hipótese, o benefício não será concedido a mais de um segurado em decorrência do mesmo processo de adoção ou guarda, ou seja, o pagamento será feito a, apenas, um dos cônjuges ou companheiros. Por outro lado, no caso de adoção, o benefício também é devido à mãe biológica⁵³.

Nesse contexto, nas situações de gestação de substituição, qual das mulheres faria jus ao benefício salário-maternidade: a mãe genética, afetiva, que desejou a procriação ou aquela que gestou e deu à luz? E, além disso, tratando-se de casais homoafetivos, os genitores que idealizaram a procriação por meio de barriga solidária, teriam direito ao benefício?

Conforme dito anteriormente, no Brasil há uma lacuna normativa em relação à gestação de substituição, e isso inclui o benefício salário-maternidade, cabendo ao Poder Judiciário a tarefa de decidir com base nas fontes integrativas do direito: analogia, costumes e princípios gerais de direito⁵⁴.

Nesse sentido, doutrina e jurisprudência reconhecem o direito da mãe genética, afetiva, que desejou a procriação ao salário-maternidade, aplicando-se por analogia as normas relativas à adoção ou guarda para fins de adoção, em razão da similitude fática⁵⁵.

Sobre os casos de adoção, nos quais a mãe adotante não passa pela gestação e parto, assim como ocorre no caso da fertilização *in vitro* utilizada na gestação de substituição, para Vólia Cassar⁵⁶, a licença-maternidade e consequente benefício previdenciário caberá tanto à mãe biológica quanto à mãe adotiva, ressaltando-se que, se houve a adoção de mais de uma criança no mesmo momento, a empregada terá direito, apenas, a uma licença e a um benefício. Outrossim, se tiver mais de um emprego, em ambos gozará do descanso, percebendo o salário-maternidade pelos dois.

⁴⁹ VIOLA, Rebeca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

⁵⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538. Grifo do autor.

⁵¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538. Grifo do autor.

⁵² BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.

⁵³ BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.

⁵⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.

⁵⁵ VIOLA, Rebeca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

⁵⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Nos termos do art. 392-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, “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”⁵⁷, cujo dispositivo prevê o prazo de 120 dias de licença-maternidade.

Sobre o assunto nos Tribunais Superiores, constata-se que estes têm se mostrado acolhedores a temas relacionados à gravidez de substituição⁵⁸, inclusive em relação ao salário-maternidade.

A fim de exemplificar, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve sentença proferida pela 12ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco concedendo 180 dias de licença-maternidade à autora submetida à fertilização *in vitro* e gestação de substituição. No caso, a celeuma dizia respeito ao prazo do benefício, se de 180 dias (mãe gestante) ou 150 dias (mãe adotante). Na hipótese, o Tribunal entendeu que se tratava de filiação biológica, tendo a mãe que “gerou” o filho por meio de cessão de útero direito ao salário-maternidade pelo período de 180 dias⁵⁹.

A referida decisão foi proferida nos autos da Apelação Cível n. 534999, de relatoria do Juiz Francisco Cavalcanti, conferindo-se, por analogia, o tratamento dispensado à mãe gestante (e não à mãe adotante), já que não há previsão legal para a hipótese de fertilização “*in vitro*” com gestação em “barriga de aluguel”⁶⁰.

A sentença, citada no acórdão, consignou que, no tipo de concepção em análise, a mãe biológica não sofre com os procedimentos da gestação e do parto, mas é submetida a diversos outros procedimentos a fim de viabilizar a fertilização, além de sofrer consequências psicológicas típicas de uma mãe gestante pelo fato de acompanhar a gestação do seu filho em útero alheio⁶¹.

Além disso, salientou-se que a finalidade do benefício é suprir uma necessidade imediata da criança, que necessita da atenção da mãe, especialmente nos primeiros meses de vida, para um bom desenvolvimento físico e mental. “A mãe também necessita de tempo para se dedicar aos filhos, mormente quando se trata de trigêmeos, como no caso em análise”⁶².

Assim, concluiu-se que a situação da mãe genética — que opta por uma gestação de substituição — guarda mais relação com a condição de mãe gestante do que a de mãe adotante, considerando-se o laço genético havido com a criança. Portanto, considera-se a mãe que escolhe conceber um filho por meio de gestação de substituição mãe biológica tal qual uma mãe gestante⁶³.

⁵⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.

⁵⁸ VIOLA, Rebeca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

⁵⁹ PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 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: 5 dez. 2019.

⁶⁰ PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 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: 5 dez. 2019.

⁶¹ PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 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: 5 dez. 2019.

⁶² PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 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: 5 dez. 2019.

⁶³ PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 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: 5 dez. 2019.

Conferiu-se, assim, licença-maternidade pelo período de 180 dias, garantidos à mãe gestante (e não de 150 dias, direito da mãe adotante)⁶⁴.

Em que pese entendimentos contrários, como o de Sérgio Pinto Martins, segundo o qual apenas a mãe substituta teria direito ao benefício, pois foi quem passou pela gestação e parto, há entendimentos de que o salário-maternidade seria devido a ambas as mães, genética e substituta⁶⁵.

Assim, deve-se atentar para as finalidades da licença e salário-maternidade: fornecer amparo financeiro à mulher para que possa restabelecer a sua saúde no pós-parto, proporcionar tempo à mãe para dedicar-se ao filho, proporcionar ao recém-nascido a atenção e cuidados necessários nos primeiros meses de vida, aleitamento materno, adaptação da mãe e filho à nova vida, criação de laços de afeto entre a criança e sua mãe, dentre outras.

Para os casais homoafetivos que optam pela técnica da barriga solidária não é diferente, especialmente porque a própria Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe, em seu art. 71-A, que “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”⁶⁶ (grifo nosso), podendo ser aplicado por analogia à gestação de substituição.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 3ª região, por ocasião do recente julgamento da Apelação Cível 0015901-31.2014.4.03.6100, reconheceu o direito de um pai solteiro ao salário-maternidade, cuja prole foi concebida por meio de técnicas de fertilização *in vitro* e gestação de substituição⁶⁷.

Em seu voto, o Desembargador Federal Souza Ribeiro afirmou que, em que pese a ausência de previsão legal para a concessão do benefício salário-maternidade ao pai solteiro, que gerou a sua prole por meio de fertilização *in vitro* e gestação por substituição, o julgamento pode se dar por analogia, nos termos do art. 4º da LINDB⁶⁸.

⁶⁴ EMENTA: 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) 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. (Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2019).

⁶⁵ VIOLA, Rebeca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

⁶⁶ BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.

⁶⁷ SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgamento em 7 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

⁶⁸ SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgamento em 7 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

Suscitou a preocupação dos tribunais e do legislador com a proteção das diversas formas de família que se apresentam na sociedade, destacando os princípios de proteção à família e do melhor interesse da criança e do adolescente, construções modernas, com fundamentos constitucionais bem consolidados⁶⁹.

Citando o Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/16), que dispõe sobre os direitos das crianças de até 6 (seis) anos de idade, lembrou que há, cada vez mais, fartas evidências científicas de que a presença e o contato físico e emocional dos pais com seus filhos, na primeira infância, é fundamental para o desenvolvimento da criança⁷⁰.

Além de ressaltar o Princípio do Melhor Interesse da Criança, o relator pontuou que proibir a companhia dos pais solteiros aos filhos nascidos por técnicas modernas de gestação sub-rogada, durante a primeira infância, violaria os princípios da isonomia material e da vedação à proteção deficiente⁷¹.

Nesse sentido, negou-se provimento à Apelação Cível interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra sentença que julgou procedente o pedido de concessão do benefício salário-maternidade a um pai solteiro de um casal de gêmeos concebidos por meio de procedimento de fertilização *in vitro* e gestação de substituição⁷².

A despeito da lacuna normativa existente, quando o assunto é o salário-maternidade, nos casos de gestação de substituição, no Brasil, os tribunais acertadamente reconhecem o direito ao benefício previdenciário às mulheres (ou homens) que se tornam mães (ou pais) utilizando-se da técnica, também conhecida como cessão temporária do útero.

Em relação ao Chile, o tema tem sido pouco debatido no que se refere à jurisprudência do país. No entanto, é uma questão que merece atenção por estar relacionada aos objetivos perseguidos por esse tipo de benefício. Com efeito, desde as suas origens, a legislação laboral no Chile atribuiu especial atenção à proteção da mulher trabalhadora, o que se explica, em grande parte, pelo propósito de proteger a maternidade e a família⁷³.

⁶⁹ SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgamento em 7 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

⁷⁰ SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgamento em 7 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

⁷¹ SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgamento em 7 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

⁷² EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO DE EXTENSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE AO PAI SOLTEIRO CUJA PROLE FOI CONCEBIDA POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO. 1 - A inexistência de disposições legais expressas não impede que o magistrado supra lacunas por meio da analogia. 2 - Tendência do direito moderno de proteger as variadas formas de famílias e os interesses das crianças e adolescentes. Princípios com sede constitucional. Estatuto da Criança e do Adolescente. Estatuto da Primeira Infância. 3 - Ao pai solteiro, cuja prole foi concebida por meio de técnicas modernas de fertilização *in vitro* e gestação por substituição, deve ser estendido o direito ao salário-maternidade. 4 - A presença do genitor na primeira infância é essencial ao desenvolvimento do recém-nascido. Negar a este o direito da presença de seu pai neste crucial momento da vida é violar o princípio da isonomia material, tendo em vista que outras crianças, concebidas pelos meios naturais, têm-no. 5 - A finalidade dos institutos das licenças parentais é privilegiar o desenvolvimento do infante, tendo prevalente a extrapatrimonial. 6 - A jurisprudência caminha no sentido de favorecer os interesses da família e da criança ao interpretar a aplicação, na prática, dos referidos institutos. Precedentes. 7 - Atendimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia material e da vedação à proteção deficiente. 8 - Apelação improvida. (Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 05 dez. 2019).

⁷³ CAAMAÑO, Eduardo. Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 23, 2009.

Inicialmente focado na capacidade reprodutiva de mulheres trabalhadoras e no desgaste da gravidez e do parto, nas últimas décadas, o benefício previdenciário chileno abriu-se para incluir como outro de seus importantes objetivos, a preocupação com a proteção da família, os papéis de integração, educação e cuidado da criança e sua relação com a parentalidade e o trabalho⁷⁴. Nessa área, o trabalho que corresponde tanto à mãe como ao pai é de transcendência, pautado no princípio da corresponsabilidade parental, em torno do cuidado e apego na primeira infância dos filhos, o que condiciona o seu desenvolvimento físico e emocional. É importante considerar que o benefício social constitui um meio de preservar as relações especiais entre os pais e o filho durante o período posterior ao nascimento, o que no caso de crianças nascidas por meio de gestação de substituição, poderia ser apreciado ocorre de forma semelhante aos casos de adoção ou atribuição de guarda⁷⁵.

No sistema chileno, Título II do Código de Trabalho⁷⁶, há regras relativas à proteção da maternidade, paternidade e vida familiar. O Art. 195 do referido órgão legal estabelece o direito a 6 semanas de repouso pré-natal para as trabalhadoras e a 12 semanas após o parto. Contempla, também, no Art. 197 bis, o direito à licença parental pós-natal de 12 semanas após o período pós-natal, recebendo um subsídio cuja base é a mesma do subsídio de licença de maternidade. Período que pode ser aumentado para 18 semanas se a mulher, após concluir o repouso pós-natal, optar por retornar ao trabalho, cumprindo metade da jornada de trabalho, recebendo, neste caso, metade do subsídio. No caso de ambos os progenitores serem trabalhadores, a mesma regra estabelece, à escolha da mãe, a possibilidade de qualquer um deles gozar de licença parental pós-natal em condições semelhantes⁷⁷.

A legislação Chile também fornece regras de proteção em situações sobre a saúde da criança que necessitar de cuidados por causa de uma doença grave, distinguindo, se a criança é menor ou maior do que um ano.

Caso o filho tenha menos de um ano de idade, o Art. 199 da Código de Trabalho estabelece o direito de licença com subsídio a favor da mãe trabalhadora pelo período determinado pelo serviço de saúde correspondente, sendo concedida, a critério da mãe, a opção de ser o pai ou a mãe quem faz uso da licença que recebe o subsídio, caso ambos os pais sejam trabalhadores. Tem direito a essa mesma autorização e ao respectivo subsídio o trabalhador que tenha um menor de idade inferior a um ano aos seus cuidados, desde que tenha sido judicialmente concedida guarda ou cuidados pessoais como medida de proteção⁷⁸.

No âmbito de um procedimento prévio à adoção ou adoção propriamente dita, antes da emissão da sentença que constitui a filiação adotiva, o juiz pode confiar aos requerentes os cuidados pessoais da criança para fins de adoção, conforme determinado pelos artigos 19 e 24 da Lei n.º 19.620. Nesse caso, os futuros pais, caso sejam trabalhadores, gozam dos mesmos benefícios referidos acima, incluindo licença parental pós-natal nas mesmas condições⁷⁹.

Acrescente-se, ainda, que, na sua obra interpretativa, a Direção do Trabalho estabeleceu que o trabalhador que tem um menor aos seus cuidados, por ter concedido judicialmente cuidados pessoais como medida de proteção ou quando os cuidados pessoais de uma criança, no âmbito de uma adoção de procedimento,

⁷⁴ CASAS, Lidia; VALENZUELA, Ester. Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras. *Revista de derecho Valdivia*, v. 25, n. 1, p. 77–101, 2012.

⁷⁵ CASAS, Lidia; VALENZUELA, Ester. Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras. *Revista de derecho Valdivia*, v. 25, n. 1, p. 77–101, 2012.

⁷⁶ CHILE. DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 16 jan. 2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁷⁷ CHILE. DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 16 jan. 2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁷⁸ CHILE. DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 16 jan. 2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁷⁹ CHILE. Ministerio de Salud. Resolución Exenta n. 49, de 22 de enero de 2019. Modifica Resolución Exenta N.º 176 de 1999, del Ministerio de Salud, que aprueba el arancel de prestaciones de salud del libro II DEL D.F.L. N.º 01/2005 del Ministerio de Salud. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 9 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1128732&rc=6>. Acesso em: 30 jun. 2021.

há direito à licença parental pós-natal estabelecida no Art. 197 bis do Código do Trabalho. Além disso, quando a criança tem menos de 6 meses, ela tem direito a uma licença e abono de 12 semanas, que podemos estimar como equivalente ao período pós-natal⁸⁰.

Voltando a essas questões para a situação que poderia ocorrer com uma mãe encomendante que trabalha, salienta-se que, no Chile, a questão não foi tratada. No entanto, considerando-se que um dos objetivos do regulamento é a proteção da vida familiar do trabalhador, contemplando os subsídios pós-natais parentais que contribuam para o cuidado e desenvolvimento mais pleno da criança, um novo membro que se integre a uma família; como também, salvaguardando a sua saúde sobretudo em situações de gravidade, a ideia parece prevalecer, independentemente da forma como se venha a concretizar o projeto familiar, é digna de proteção. Nem as normas legais, tampouco os regulamentos administrativos e as decisões judiciais foram proferidas sobre a matéria. No entanto, face à realidade que se vive, na medida em que surjam novas situações para a decisão judicial, a jurisprudência pode continuar a dar suas contribuições enquanto se aguarda a devida regulamentação. De mãos dadas com os avanços biomédicos, a gestação de substituição adquire uma existência efetiva a que a Lei deve atender, especialmente do ponto de vista social, o que afeta a proteção da parentalidade, mas, acima de tudo, no melhor interesse da criança nascida da aplicação dessa técnica de reprodução humana assistida⁸¹.

Como mencionamos, o sistema chileno carece de regulamentação legal sobre as TRA e, portanto, é omissivo em relação à barriga de aluguel. Entretanto, nesta matéria, é relevante destacar a alteração operada pela Lei nº 21.400⁸² de 2021, em vigor desde 10 de março de 2022, que incorporou um art. 207 ter, dispõe: “Os direitos que correspondem à mãe trabalhadora a que se refere a proteção à maternidade regulada neste Título, serão aplicáveis à mãe ou à pessoa grávida, independentemente de seu sexo registrado por identidade de gênero. Por sua vez, os direitos conferidos ao pai neste Título serão também aplicáveis à genitora não grávida”. Da alusão da norma à mãe ou à pessoa grávida, pode-se deduzir que os direitos que ela indica seriam aplicáveis justamente à situação da mulher não grávida, futura mãe⁸³.

Ressalta-se que não se pode privar a companhia das mães (ou pais, solteiros ou homoafetivos) aos filhos frutos de modernas técnicas de gestação de substituição, sob pena de violação de princípios como o da proteção à família, melhor interesse da criança e do adolescente, isonomia material e da vedação à proteção deficiente.

Enquanto o texto legal é omissivo, o Direito, por meio do Poder Judiciário, deve olhar para os diferentes arranjos familiares formados atualmente, bem como para as modernas técnicas de reprodução humana, a fim de conceder o salário-maternidade às mães (e pais) que realizam do sonho da maternidade e da paternidade utilizando-se da técnica denominada gestação de substituição.

5 Considerações finais

A concessão da licença e salário maternidade ainda possui uma lacuna normativa, no que se refere à pessoa que se decide pela gestação de substituição. Vale destacar que no Chile, apesar da modificação incor-

⁸⁰ CHILE. DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 16 jan. 2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁸¹ RODRIGUEZ, Emma. La maternidad subrogada como generadora de derechos de conciliación laboral. *Revista del trabajo y seguridad social*, n. 415, 2017. p. 93.

⁸² CHILE, Ley n. 21400 *Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo*. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1169572>. Acesso em 28 jun 2023.

⁸³ CORRAL, Hernán. “Técnicas de reproducción asistida y filiación: la curiosa historia del art. 182 del Código Civil”. 2021. Disponível em: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2021/12/19/tecnicas-de-reproduccion-asistida-y-filiacion-la-curiosa-historia-del-art-182-del-codigo-civil/>. Acesso em 28 jun 2023.

porada na legislação trabalhista, a situação não é totalmente clara. Por essa razão, o Direito deve estar atento a essas situações. É necessário acompanhar as constantes evoluções da sociedade.

A discussão do tema se relaciona especialmente a quem deve ser concedida a licença e salário maternidade. Nesse sentido, a situação da gestação de substituição gera duas figuras distintas: a mulher ou o homem que desejou a procriação, que ficará com o bebê após o nascimento e a mulher que gestou e deu à luz. No entanto, entende-se que a não concessão desse benefício previdenciário à pessoa que idealizou a gravidez e que permanecerá com a criança gerará prejuízos. Isso porque os primeiros meses de vida são de grande importância para o desenvolvimento do bebê e para a criação dos laços de afeto.

Considerando-se a grande importância desse período, a doutrina e jurisprudência brasileira reconhece o direito da pessoa encomendante à licença e salário-maternidade, situação que não chegou ao conhecimento dos tribunais chilenos. Ressaltando que em ambos os sistemas, conforme demonstrado neste texto, há ausência ou insuficiência de regulamentação legislativa sobre o tema.

Apesar das recentes decisões dos tribunais brasileiro, que trazem o entendimento de que as pessoas encomendantes têm direito à percepção de licença e salário maternidade, é necessário que haja, de fato, uma regulamentação. Tal regulamentação deve considerar os princípios da proteção à família, do melhor interesse da criança e do adolescente, da isonomia material e da vedação à proteção deficiente.

Portanto, à guisa de conclusão, entende-se que, no contexto da gestação de substituição, é necessário analisar a situação da pretendida mãe, caso seja trabalhadora, em relação aos benefícios trabalhistas e sociais. Ressalta-se, ainda, que a proteção da família, a integração da criança, seu interesse superior e o desenvolvimento dos laços parentais, devem ser atendidos independentemente da forma de construção dos empreendimentos familiares.

Referências

- ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Reprodução humana assistida: aspectos civis e bioéticos*. 2000. 345 p. Tese (Livre Docência) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2000.
- ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.
- BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.
- CAAMAÑO, Eduardo. Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 23, 2009.
- CANTUARIA, Raymundo Amorim. *Reprodução assistida: filiação, controvérsias jurídicas*. 2001. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

CASAS, Lidia; VALENZUELA, Ester. Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras. *Revista de derecho Valdivia*, v. 25, n. 1, p. 77–101, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CHILE. Decreto n. 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 22 set. 2005. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CHILE. DFL 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N.º 4.808 sobre Registro Civil, de la Ley N.º 17.344 que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N.º 16.618 de Menores, de la Ley N.º 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N.º 16.271 de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 30 maio 2000. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CHILE. DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 16 jan. 2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CHILE. Ley n. 19620. Dicta normas sobre adopción de menores. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 5 ago. 1999. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=140084>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CHILE. Ley n. 21400. Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 10 dez. 2021. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1169572>. Acesso em 28 jun 2023.

CHILE. Ministerio de Salud. Resolución Exenta n. 49, de 22 de enero de 2019. Modifica Resolución Exenta n° 176 de 1999, del Ministerio de Salud, que aprueba el arancel de prestaciones de salud del libro II DEL D.F.L. n° 01/2005 del Ministerio de Salud. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 9 fev. 2019. Disponível em: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1128732&r_c=6. Acesso em: 30 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.320, de 20 de setembro de 2022*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 15 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

CORLETA, H.; FRAJNDLICH, R. Técnicas de reprodução assistida: bebê de proveta. *ABC da Saúde*, 2007. Disponível em: <https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>. Acesso em: 3 dez. 2019.

CORRAL, Hernán. Técnicas de reproducción asistida y filiación: la curiosa historia del art. 182 del Código Civil. 2021. Disponível em <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2021/12/19/tecnicas-de-reproduccion-asistida-y-filiacion-la-curiosa-historia-del-art-182-del-codigo-civil/>. Acesso em 28 jun. 2023.

CORREA, Marilena C. D. V; LOYOLA, Maria Andrea. Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 753-777, set. 2015.

COXIR, Sarah Abreu; LOPES, Ana Cristina dos Santos; SILVA, Alessandra Maria Dias; PENNA, Maria Leticia Firpe. Estudo das regulamentações de reprodução humana assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina. *Reprodução & Climatério*, v. 29, n. 1, p. 27-31, 2014.

FELIX, Valter Nilton. *Gravidez de substituição: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida*. São Paulo: Fiúza, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017.

MARTÍNEZ, Carolina. La protección de la aternidade en el derecho del trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable. In: NUÑEZ, María Isabel; JIMENEZ, Pilar. *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. derechos de los menores y gestación por sustitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 361–389.

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

MEIRELLES, Jussara Leal de. *Gestação por outrem e determinação de maternidade (“mãe de aluguel”)*. Curitiba: Gênese, 1998.

PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 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: 5 dez. 2019.

RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. *Infertilidade e reprodução assistida: desejando filhos na família contemporânea*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

RODRIGUEZ, Emma. La maternidad subrogada como generadora de derechos de conciliación laboral. *Revista del trabajo y seguridad social*, n. 415, 2017.

SANTIAGO. *Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-4907-2018*. Disponível em: <http://static.elmercuro.com/Documentos/Legal/2019/01/03/20190103203913.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SANTIAGO. *Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-7246-2017*. Disponível em: <http://static.elmercuro.com/Documentos/Legal/2018/05/07/20180507172951.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. São Paulo, 07 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

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, n. 50, p. 348-367, 2010.

VIOLA, Rebaca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.