



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO PAULO CASTRO DE MACÊDO

**“A (IM)POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA LICENÇA
MATERNIDADE EM CASOS DE GESTAÇÃO
SUBSTITUTIVA”**

Salvador
2016

JOÃO PAULO CASTRO DE MACEDO

**“A (IM)POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA LICENÇA
MATERNIDADE EM CASOS DE GESTAÇÃO
SUBSTITUTIVA”**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a. Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO PAULO CASTRO DE MACEDO

**“A (IM)POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA LICENÇA
MATERNIDADE EM CASOS DE GESTAÇÃO
SUBSTITUTIVA”**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Aos meus pais Paulo e Iriane, por todo o incentivo nas horas de cansaço, amor e carinho.

À minha irmã, minhas avós, minha namorada e meus amigos, pela contribuição valiosa.

À minha orientadora, Adriana Wyzykowski, por toda a paciência, cuidado e atenção, imprescindíveis para a conclusão deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado saúde e força para superar todas as dificuldades que se apresentaram ao longo da graduação.

Aos meus pais, pela confiança, pelos incentivos nas horas de cansaço e investimentos em minha educação, não medindo esforços para que eu chegasse até aqui. A presença de vocês me dá a certeza de que não estou sozinho nessa caminhada. Não tenho palavras para agradecer pela formação acadêmica e pessoal que me proporcionaram.

À minha irmã e minhas avós, por todo o carinho e torcida para o meu sucesso profissional.

À minha namorada, pelo companheirismo e auxílio na compreensão dos conceitos ligados à medicina do presente trabalho.

Aos meus amigos, pelo apoio, destacando aqui Eduardo, por toda ajuda ao longo da graduação.

Ao Pessoa e Pessoa Advogados Associados, escritório com destaque nacional em advocacia trabalhista, pela oportunidade de crescimento pessoal e profissional que me foi concedida, oferecendo sempre soluções jurídicas de maneira ética e qualificada, na busca de um advocacia objetiva e de qualidade.

Agradeço, ainda, à minha orientadora, Adriana Wyzykowski, por quem tenho enorme admiração, por toda a paciência, atenção e conselhos preciosos. Sempre disponível para ajudar e compreensiva nos momentos de dificuldade. Sua dedicação à docência e, em especial, aos seus orientandos, é cativante. Muito obrigado!

“A desigualdade dos direitos é a primeira condição para que haja direitos”.

Friedrich Wilhelm Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo verificar a (im)possibilidade da concessão de licença maternidade para casos que envolvam a gestação substitutiva, analisando-se, para tanto, a natureza jurídica e social do referido benefício. O intuito é o de buscar a melhor interpretação possível para o preenchimento da lacuna presente no ordenamento jurídico quanto à concessão de licença maternidade nesses casos, de maneira a oferecer resposta aos anseios sociais que surgem atualmente em razão da recente disseminação das técnicas de reprodução humana assistida, dando real aplicabilidade ao Direito. Para alcançar as respostas, este trabalho realiza uma abordagem sobre perspectiva histórica do trabalho da mulher, demonstrando a sua gradativa evolução. Adentra ainda nas questões relacionadas à gestação substitutiva, realizando, para isso, a análise das técnicas e formas de reprodução humana assistida, apresentando conceitos necessários para que se firmem premissas que amparem a conclusão quanto a forma de preencher essa lacuna apresentada. Após analisar a história do direito do trabalho da mulher e a gestação substitutiva pormenorizadamente, parte-se para o tema problema do presente trabalho, qual seja, a interpretação que se deve fornecer em razão da ausência de disposições normativas sobre os casos que envolvam a gestação substitutiva, onde existem duas mães envolvidas, sendo elas a mãe hospedeira, que é a gestante, e a mãe institucional, que é a que solicita a barriga de aluguel e será a mãe para fins de registro. Por fim, elaboram-se argumentos para demonstrar que o método de integração adotado é o correto, resultando na possibilidade de concessão da licença maternidade para ambas as mães envolvidas.

Palavras-chave: direito do trabalho da mulher; licença maternidade; gestação substitutiva; lacuna normativa; proteção à maternidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Transitórias
art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Nº	Número
PEA	População economicamente ativa
Séc	Século
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TRHA	Técnicas de Reprodução Humana Assistida

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O TRATAMENTO JURÍDICO-LABORAL DA MULHER NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	13
2.1 A EXPLORAÇÃO DA MULHER NO SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO	14
2.1.1 Antecedentes históricos ao desenvolvimento do direito do trabalho e a exploração da mulher	16
2.1.2 A revolução industrial e o labor feminino	19
2.2 A LUTA PELOS DIREITOS FEMININOS TRABALHISTAS	20
2.2.1 Primeiras conquistas em âmbito mundial e âmbito interno	20
2.2.2 O movimento feminista e a luta por melhores condições laborais	22
2.3. TRATAMENTO ATUAL DO TRABALHO DA MULHER	26
2.3.1 Convenções internacionais sobre o tema	28
2.3.2 A Constituição Federal de 1988 como consagradora de direitos trabalhistas ligados à mulher	32
2.3.3 Tratamento dado pela legislação ordinária trabalhista	35
2.3.3.1 Evolução nas relações e o Estatuto da Mulher Casada	36
2.3.3.2 A Consolidação das leis trabalhistas e suas mudanças	38
3 GESTAÇÃO SUBSTITUTIVA	40
3.1. ASPECTOS GERAIS	41
3.1.1 Conceito	41
3.1.2 Natureza Jurídica	43
3.1.3 A atecnia do termo “barriga de aluguel”	46
3.2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	48
3.2.1 O direito fundamental à reprodução humana assistida	48

3.2.2 Técnicas de Reprodução Humana Assistida	51
3.2.2.1 Inseminação artificial	53
3.2.2.2 Fertilização <i>In Vitro</i>	54
3.2.3 Formas de Reprodução	55
3.2.4 Regulamentação legal	56
3.2.5 Pessoas autorizadas	58
3.2.6 Princípio da “<i>Mater Semper Certa Est</i>”	60
3.3. O TRATAMENTO FORNECIDO PELAS RESOLUÇÕES DO CFM	61
4 A (IM)POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA LICENÇA MATERNIDADE EM CASOS DE GESTAÇÃO SUBSTITUTIVA	66
4.1 ASPECTOS GERAIS	66
4.2 FUNDAMENTOS DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA LICENÇA MATERNIDADE	69
4.2.1 Natureza Jurídica	70
4.2.2 Natureza social	72
4.3 REFLEXOS DA CONCESSÃO DE LICENÇA MATERNIDADE NA GESTAÇÃO SUBSTITUTIVA	77
4.3.1 A concessão da licença maternidade diante da lacuna normativa	77
4.3.2 Reflexos no salário maternidade e na estabilidade gestante	82
4.3.2.1 Salário maternidade	82
4.3.2.2 Estabilidade Gestante	85
4.3.3 Relação: Reflexos da concessão da licença maternidade na gestação substitutiva x Discriminação contra a mulher	89
5 CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	96

1 INTRODUÇÃO

A licença maternidade consiste em um benefício previdenciário instituído para proteger a maternidade, de maneira a fornecer tempo suficiente para adaptação do bebê ao seio familiar, bem como para a gestante se recuperar do estado gravídico, sem prejuízo do emprego ou salário. Possui expressa previsão na Constituição Federal de 1988, encontrando ainda, espaço na CLT. Ocorre, entretanto, que pela literalidade dos dispositivos, a licença maternidade somente será concedida para gestantes, o que, atualmente, já não parece o suficiente.

Dessa forma, em razão da constante evolução nas relações humanas, verifica-se a impossibilidade do Direito abarcar todas as situações do dia a dia, demonstrando a sua incompletude.

As lacunas presentes no ordenamento jurídico permitem diferentes interpretações acerca da mesma temática. Assim, o presente trabalho monográfico tem como núcleo temático o enfrentamento da lacuna existente no ordenamento no tocante à concessão de licença maternidade para casos que envolvam a gestação substitutiva, apresentando razões para a concessão (ou não) da licença maternidade para ambas as mulheres envolvidas na gestação substitutiva, eis que, nesses casos, tem-se a presença de duas “mães”, denominadas “mãe hospedeira” e a “mãe institucional”.

O benefício da licença maternidade deverá ser analisado a partir da sua natureza. Em termos genéricos, percebemos no ordenamento trabalhista uma maior tendência a proteger a mãe biológica (a gestante). Contudo, é extremamente importante observar o caráter social do benefício, qual seja, permitir uma aproximação dos pais com o bebê, fornecendo, em seus primeiros dias de vida, um ambiente familiar de aconchego.

Para tanto, analisa-se a evolução histórica acerca do direito do trabalho da mulher, verificando o seu tratamento no ordenamento jurídico pátrio, atentando-se para a natureza do referido benefício, bem como as consequências jurídicas do posicionamento tomado.

Destacam-se as gradativas alterações que já foram realizadas para adequar o Direito do Trabalho com as novas ambições sociais da população, como por

exemplo, a lei 10.421/2002, que versa sobre o salário maternidade para as mães adotivas.

Ressalta-se a importância da temática sob enfoque, tendo em vista que é papel do operador do direito criar soluções para as lacunas normativas que se apresentem, adequando o direito à demanda social.

As evoluções no campo da medicina propiciaram o surgimento de situações antes inimagináveis, impossíveis de prever, como no caso, a gestação substitutiva. Por isso, necessário o avanço do direito no sentido de tutelar juridicamente a condição das mães envolvidas na maternidade por substituição, na medida em que, em sentido amplo, está-se diante de um assunto que envolve o direito a proteção à maternidade e em última análise, interfere na instituição familiar, ambos direitos resguardados pela Carta Magna brasileira.

Quanto à metodologia utilizada por esse trabalho monográfico, adotou-se a espécie exploratória, eis que se descreve o problema no bojo do seu conteúdo para, ao final, analisá-lo criticamente.

De mais a mais, o presente trabalho se divide em cinco capítulos. O 2º capítulo, tem por objetivo analisar todo o contexto laboral da mulher e a sua evolução ao passar do tempo. Analisa-se, no capítulo, a situação na sua perspectiva mundial e sob a ótica brasileira, observando desde as convenções internacionais até a legislação interna mais específica sobre o trabalho da mulher. A Constituição Federal de 1988 possui grande importância histórica, na medida em que consagra muitos dos direitos trabalhistas femininos. Em tempo, pontua-se a significativa contribuição do feminismo, que através da permanente luta das mulheres, buscou maiores direitos para o gênero, destacando-se aqui as suas consequências no âmbito trabalhista.

O 3º capítulo, por sua vez, tem como intuito fornecer amplo tratamento quanto ao direito fundamental à reprodução humana, consagrado pelos métodos de reprodução humana assistida. Aborda-se ainda o tratamento normativo disposto à regular a realização das técnicas de reprodução humana assistida. Explica-se detalhadamente a gestação substitutiva e as suas consequências jurídicas, em especial as consequências relacionadas à concessão da licença maternidade.

Por derradeiro, o 4º capítulo reflete o cerne do presente trabalho monográfico. Após a construção de premissas básicas para a interpretação do tema, quais sejam, a

evolução histórica do tratamento fornecido a mulher ao longo da história do direito do trabalho, bem como noções acerca dos métodos de reprodução humana assistida e a sua interferência no tocante à determinação da maternidade, necessária a conclusão acerca da (im)possibilidade da concessão da licença maternidade em casos de gestação substitutiva.

Nesse sentido, ao longo desse capítulo é realizada uma análise quanto a natureza do benefício da licença maternidade, tanto a jurídica quanto a social, de maneira a entender a finalidade a que se destina. Desenvolve-se ainda o raciocínio para melhor preenchimento da lacuna normativa existente quanto à concessão da licença maternidade, onde deverão ser utilizados os métodos de integração do sistema jurídico, para então ser possível explorar os reflexos gerados pela concessão da licença maternidade para ambas as mães da gestação substitutiva, tanto a que cedeu o útero, como a que solicitou.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO-LABORAL DA MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O desenvolvimento deste capítulo tem por objetivo discorrer acerca da gradativa evolução do tratamento ao trabalho feminino no Brasil, através de uma análise histórica e social.

Não há como não realizar uma abordagem histórica e social, uma vez que direito do trabalho da mulher, na forma que se apresenta hoje, é resultado de uma intensa luta pregressa.

Dessa forma, como bem asseverado por Léa Silingowschi Calil: “Os fatos passados devem nortear os caminhos a serem trilhados pelo legislador, pelo doutrinador e pelo aplicador da lei”¹.

O abismo que antes separava homens de mulheres vem sendo diminuído na medida em que há superação de pré-conceitos incrustados na sociedade, onde a própria realidade fática vem tratando de evidenciar a irracionalidade de certas posições².

Assim, importante demonstrar a peculiaridade no tratamento fornecido à mulher ao longo dos anos, demonstrando que a história do direito do trabalho não se desenvolveu de maneira uniforme entre homens e mulheres.

Aliás, até a atualidade, muito embora se verifique a gradativa diminuição das discriminações de gênero, ainda é forte a diferença de tratamento para homens e mulheres.

Por fim, deve-se observar ainda, que o Direito do Trabalho da Mulher interessa a todos os seres humanos, e não apenas às mulheres que enfrentam diariamente atividades laborais, mas também aos homens que com elas se relacionam³, justificando, mais uma vez, a necessidade de uma abordagem histórica que será feita no decorrer deste capítulo.

¹ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.11.

² BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995. p.5.

³ *Ibidem, loc cit.*

2.1 A EXPLORAÇÃO DA MULHER NO SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho, como mencionado por Maurício Godinho, é um produto do capitalismo e está intrinsecamente ligado ao seu desenvolvimento na história. Isso porque, surgiu com a finalidade de estabelecer limites às distorções econômico sociais, bem como promover a regulamentação da relação de poder entre “empregado x empregador”⁴.

Nesse ínterim, a obra “O manifesto comunista” de Karl Marx e Friedrich Engels de 1848, período da Revolução Francesa, representou um grande marco no sentido de disseminar ideias para proteger os trabalhadores da exploração dos empregadores, donos das grandes fábricas, bem como da condição de miserabilidade a que estavam expostos⁵.

As condições à época e a falta de garantias de direitos já representavam um grande prejuízo para os homens. Contudo, a que se pensar aqui que a situação das mulheres era potencialmente agravada pelo fato de serem submissas aos homens, em um período onde o patriarcalismo era socialmente aceito.

Assim, as mulheres eram vítimas de um duplo preconceito: o biológico, pela existência de diferenças corporais existentes entre os sexos, em especial a maternidade; e o preconceito social, em razão da pouca aceitação que tinha o trabalho feminino quando em comparação com o labor masculino⁶.

Nesse contexto é que se vê que o trabalho da mulher é fruto de uma série de lutas e reivindicações em todo o mundo.

Passando a tratar, especificamente, sobre o desenvolvimento do trabalho da mulher sob a perspectiva do Brasil, tem-se a diferenciação do processo histórico em fases, sendo elas as fases da exclusão, proteção e igualdade⁷.

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14. ed. São Paulo: LTR, 2015. p. 87.

⁵ MARX, Karl. ENGELS; Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Tradução de Maria Lucia Como. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

⁶ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher: ontem e hoje**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1765>

Acesso em: 05 nov 2016

⁷ *Idem*. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.9 *et seq.*

No período da exclusão, compreendido entre 1888 até meados de 1937⁸, tinha-se ideia de fragilidade do sexo feminino, onde o Estado seria responsável por protegê-las, excluindo-as do mercado de trabalho, preservando a integridade física das mulheres.

Não existia disposição legal apta a tutelar o trabalho do sexo feminino, que, à época, tinha o dever cívico de prezar pelo bom desenvolvimento familiar e outras atividades cotidianas do lar, não devendo extrapolar esses limites.

Nas palavras de Léa Silingowschi:

Outra tarefa desta revisão histórica é retirar das mulheres a pecha de *mocinhas frágeis e desprotegidas*, que necessitavam de um Estado protetor para lhes defender. Essas mulheres anônimas eram mais do que trabalhadoras, eram lutadoras. Lutaram por sua vida, sua sobrevivência ao lado dos seus maridos e de seus companheiros e, na ausência destes, sozinhas pela sobrevivência da sua prole, muitas vezes aceitando empregos que estavam à margem de qualquer legislação protetiva. Lutaram, também, pelos seus direitos. Fizeram greves, protestaram. E, portanto, fizeram jus aos direitos que conquistaram, muito deles, tardiamente.

Em decorrência da gradativa evolução das relações na sociedade, como bem asseverado no trecho destacado acima, as mulheres, por necessidade, passaram a buscar empregos, enfrentando resistência familiar e social.

Assim, em razão da existência de lacuna normativa, não possuíam a proteção devida do ordenamento jurídico, o que, por via de consequência, gerava uma crescente exploração dessa mão de obra.

A situação era assombrosa: mulheres trabalhando em locais insalubres, sem qualquer restrição, ou mesmo equipamento de proteção; sendo assediadas no ambiente de trabalho; situações que estão em completa dissonância da ideia de igualdade consagrada no âmbito interno e internacional atualmente.

Em virtude dos excessos cometidos no período em que não havia legislação apta a tutelar o trabalho da mulher, compreendido no período entre 1888 até 1937, surge um novo período para o direito do trabalho da mulher, denominado como “época da proteção”, compreendido no Brasil entre o período de 1943 (com a vigência da CLT)

⁸ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.9 *et seq.*

até 1985, quando se iniciaram os trabalhos do constituinte, que resultaria na Constituição de 1988⁹.

A ideia de fragilidade do sexo feminino continua. A mudança se refere apenas à forma de proteção da mulher. Se antes a exclusão das mulheres do mercado de trabalho era a decisão adequada, a partir desse momento a mulher estaria apta ao trabalho, todavia, uma legislação extremamente protetiva estaria a sua disposição.

A CLT, embora tenha representado um grande avanço no tocante à normatização das condições para o labor, em seu conteúdo, em razão da necessidade em proteger o sexo feminino da exploração dos empregadores, acabou por cometer alguns excessos protetivos, de maneira a realizar discriminações que colocaria a contratação de mulheres em um segundo plano, ficando sempre com os piores cargos, em razão do seu custo maior.

Nesse ínterim, importante destacar a peculiaridade do tratamento legal fornecido à mulher, em especial, ao Direito do Trabalho da Mulher, tendo em vista que, as evoluções em suas tratativas não se deram da mesma forma, nem na mesma velocidade, que o direito do trabalho dos homens, demonstrando a importância de uma análise histórica e, em certo ponto, comparativa sobre o tema.

2.1.1 Antecedentes históricos ao desenvolvimento do direito do trabalho e a exploração da mulher

Historicamente, reservou-se a mulher o papel de subordinação perante o homem. Existia uma espécie de coisificação da mulher, onde era tratada como se objeto fosse.

Desde a Grécia Antiga já era perceptível a subordinação a qual a mulher estava submetida. A religião era fonte inesgotável de regimentos que sobrepunham o homem diante da mulher. Para exemplificar, as mulheres casadas não possuíam liberdade religiosa, bem como eram obrigadas a seguir a religião escolhida pelo seu marido.

⁹ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.39 *et seq.*

Na Roma antiga a situação não era diferente. A organização familiar romana se distinguia entre as pessoas *sui iuris* e as *alieni iuris*. Seriam *sui iuris* aquelas pessoas que fossem independentes do pátrio poder (*paterfamilias*) e, diametralmente oposto a essas, estariam as pessoas *alieni iuris*, que estariam subordinadas ao poder do *paterfamilias* e, assim, seriam consideradas incapazes para realização de quaisquer atos da vida privada, necessitando de autorização do *sui iuris*¹⁰.

O *paterfamilias* por sua vez, consistia na figura do homem, como chefe de família, exercendo a autoridade absoluta sobre a mulher (quando do casamento *cum manu*¹¹) e o(s) filho(s).

Mais a frente, durante a idade média, o papel da mulher continuava restrito à submissão em relação ao homem, o senhor feudal. Isso porque a influência exercida pela Igreja católica era grande, e o trabalho não era visto com bons olhos por ela.

Em todos esses períodos, imperava a sociedade patriarcal, que estabelecia como premissa a submissão da mulher perante o homem, definindo as respectivas condutas sociais que cada um deveria adotar. Essa organização da sociedade vinculava a mulher à realização de atividades domésticas, restringindo-se ao “bom desempenho do governo doméstico e à assistência moral à família, fortalecendo seus laços^{12”}.

Ademais, a semelhança entre o regime adotado na Grécia, em Roma e durante a idade média é de que o trabalho não era algo bom, muito pelo contrário, trazia a ideia de penalidade, muito em razão de historicamente o trabalho estar ligado à escravidão.

A visão em relação ao trabalho começou a mudar durante a Revolução Protestante, disseminando o lema “quem trabalha ganha uma vaga no céu”. Passou-se a trabalhar com o ideal de que o trabalho dignifica o homem, rompendo por completo com a associação, antes recorrente, do trabalho como penalidade. Esse período

¹⁰ MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 58. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/curso-elementar-de-direito-romano-thomas-markypdf.html>. Acesso em: 29 out. 2016.

¹¹ Thoma Marky em sua obra “Curso Elementar de Direito Romano” traz duas diferentes formas de casamento quanto à mulher: o casamento *cum manu* e o *sine manu*. No primeiro, a mulher ficava sujeita ao poder do marido, sendo então considerada *alieni iuris*. Na forma *sine manu* a mulher conservava sua independência com relação ao marido.

¹² SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 1983, p.59.

marca o início do desenvolvimento da ideia de trabalho com o justo pagamento, jornadas que não sejam extenuantes ao trabalhador, além de buscar um local de trabalho adequado, marcadamente através da promulgação, pelo papa Leão XIII, da *Rerum novarum*¹³.

Contudo, o grande marco para o direito do trabalho é a Revolução Industrial (séc. XIX). Nesse contexto histórico é que se começa a falar em direito grevista e formação dos sindicatos.

Em razão da evolução histórica do pensamento acerca do trabalho, dissociando este da ideia de penalidade, embora não tenha sido amplamente aceito na sociedade, as mulheres começavam a adentrar ao mercado de trabalho. Na época, porém, por ser embrião do que viria a ser o direito do trabalho, não existiam normas que limitassem o poder do empregador. A jornada era de 16 horas, crianças, idosas, grávidas trabalhavam.

Ressalte-se que nesse período as condições de trabalho eram péssimas tanto para os homens, quanto para as mulheres. Todavia, os homens eram mais valorizados por serem considerados uma mão de obra mais produtiva, muito em razão da mulher ter que se dedicar à maternidade/família.

Refletindo esse pensamento, algum tempo depois, adveio o Código Civil de 1916 no Brasil. A mulher sendo tratada meramente como objeto e, não bastasse isso, encontrava-se ainda taxada no rol dos “relativamente incapaz”, eis que necessária era a ratificação do marido (então chefe da sociedade conjugal) para que seus atos repercutissem na esfera civil, sob pena de invalidade. Até mesmo para laborar, a mulher casada precisava de autorização.

Um grande marco histórico mundial foi a Convenção número 3 (posteriormente ampliada pela Convenção n. 103) da OIT (Organização Internacional do Trabalho), ratificado pelo Brasil em 1934, que versava acerca da proteção à maternidade para mulheres que laborassem. Foi a responsável por iniciar as tratativas do direito à proteção da maternidade, ampliando o direito das mulheres no âmbito trabalhista,

¹³ “A encíclica *rerum novarum*, de 15 de maio de 1891, constituiu o fruto das reflexões sociais, sobretudo na segunda metade do século XIX. Ficou marcada por reconhecer os direitos dos operários: de salários justos, e associações para defesa de seus direitos”. (LIRA. Bruno Dias de. e ANDRADE. Emanuel Anchieta Lacerda de. **Fundamento da doutrina social da Igreja com base na encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII**. Disponível em: <<http://diocajazeiras.com.br/fundamento-da-doutrina-social-da-igreja-com-base-na-enciclica-rerum-novarum-de-leao-xiii/>> Acesso em: 05 nov 2016

preocupando-se com a sua situação no estado pré e pós-parto e serão mais bem explicadas no decorrer deste capítulo.

2.1.2 A Revolução industrial e o labor feminino

No período da Revolução Industrial, principalmente no século XIX, o ambiente e as condições de trabalho eram péssimos para todos os trabalhadores, em especial para mulheres.

Nesta época, com o capitalismo em ebulição, a mão de obra feminina demonstrava-se mais barata, vez que recebiam salários inferiores ao dos homens e, justamente por isso, foi aproveitada em larga escala.

Esse aproveitamento está muito ligado à posição adotada pelos Estados à época, onde se mantinham inertes ante a exploração desenfreada da mão de obra feminina, através da política de não intervenção nas relações jurídicas de trabalho.

Essa omissão estatal possui relação direta com a exploração do trabalho feminino, eis que não estabelecia limites na jornada de trabalho, fiscalização das condições do trabalho, ou mesmo um tratamento isonômico, seja ele material (observando as desigualdades inerentes ao sexo, como por exemplo, a maternidade para mulheres) ou formal (oferecendo salário semelhante para funções semelhantes exercidas por homens e mulheres) entre homens e mulheres¹⁴.

Além das péssimas condições do ambiente de trabalho, cabia às mulheres ainda a responsabilidade em realizar as atividades de índole domésticas, gerando graves consequências à própria saúde, tendo em vista que “a indústria tirou a mulher do lar por 14,15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas”¹⁵.

Não bastasse a inobservância quanto às condições de trabalho, afetando diretamente a sua saúde e a desvalorização do seu trabalho, a mulher, mesmo assim, era vítima de um duplo preconceito. Afirma-se isso observando que, pela

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.726.

¹⁵ *Ibidem, loc cit.*

cultura social, em sentido geral, mulheres não deveriam trabalhar, e, se por um acaso trabalhassem, deveriam ser remuneradas a menor, configurando-se um duplo preconceito¹⁶.

Nesse sentido, o trabalho da mulher carecia de maior normatização, uma maior presença do Estado, de forma a proteger não só a saúde da trabalhadora, como também a manutenção do ambiente familiar agradável, ora deixado à margem pela Revolução Industrial.

2.2 LUTA PELOS DIREITOS FEMININOS TRABALHISTAS

O desenvolvimento deste capítulo tem o objetivo de demonstrar a gradativa evolução nos direitos femininos trabalhistas, analisando as suas conquistas e, em linhas gerais, demonstrar a importância do movimento feminista para história de lutas pelos direitos das mulheres.

2.2.1 Primeiras conquistas em âmbito mundial e interno

Face as terríveis consequências geradas pela exploração desmedida do trabalho da mulher, fez-se necessário o desenvolvimento de normas de proteção, de forma a melhor regulamentar o trabalho feminino. Nesse sentido, afirma Léa Silingowschi:

É a revolução industrial que pressionara pela necessidade de legislações que amparem o trabalho. Notamos isso ao analisar o surgimento das diversas leis de proteção ao trabalho nos diferentes países, que aparecem como uma resposta aos conflitos existentes entre empregados e empregadores. Cada país terá a sua legislação trabalhista aparecendo na exata medida em que surge a necessidade de normatizar as relações de trabalho advindas da industrialização¹⁷.

No âmbito internacional verifica-se uma mudança de postura em relação ao trabalho da mulher a partir da elaboração de normas protecionistas ao labor feminino. Destacam-se, nesse sentido, o “Coal Mining Act”, da Inglaterra, em 1842, que proibiu o trabalho da mulher em locais subterrâneos, o “Factory Act” que limitou a

¹⁶ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.26.

¹⁷ *Ibidem*, p.22.

jornada de trabalho da mulher a 12 horas de labor, proibindo o trabalho noturno e ainda, o “Factory and Workshop Act”, que proibiu o trabalho da mulher em locais insalubres e perigosos. França e Alemanha adotaram medidas similares¹⁸

Em âmbito nacional, tem-se o registro que a primeira lei com o cunho protecionista à mulher, foi elaborada em São Paulo, no âmbito estadual. Foi a lei 1.596 de 1917, que estabeleceu a proibição do trabalho feminino em estabelecimentos industriais no último mês de gravidez¹⁹, observando aqui, o que se entende por isonomia material.

Em âmbito federal, o grande marco refere-se ao decreto publicado no ano de 1923 (16.300/23), conhecido como o Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública, que estabelecia a faculdade às mulheres, também empregadas de estabelecimentos industriais, de descanso trinta dias antes e outros trinta após o parto, bem como o direito às empregadas a amamentarem os seus filhos, entretanto, neste caso, não estabelecia limitação temporal. Por esse decreto, para que a obreira possuísse direito ao descanso deveria ser observado o seguinte procedimento: o médico particular da obreira deveria fornecer atestado médico, comunicando ao empregador, a data provável do parto. Este, por sua vez, remeteria um memorando à Inspeção de Higiene Infantil do Departamento Nacional de Saúde Pública que deveria comunicar o seu recebimento, lançando em livro especial a notificação relativa ao descanso da gestante²⁰.

No tocante à amamentação, o decreto previa a criação de espaços de amamentação próximos ao local de trabalho, bem como um auxílio financeiro as mães consideradas pobres.

Poderia este, ser considerado o embrião do que hoje viria a ser a licença maternidade, todavia, no que tange o aspecto da eficácia, o seu cumprimento ficou a desejar²¹.

Em tempo, outra importante normatização é datada de 17 de maio de 1932, através do Decreto n. 21.417-A, onde se regulamentou o trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais. Preocupou-se com a gestante, fornecendo descanso de quatro semanas antes e quatro semanas após o parto, bem

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 670.

¹⁹ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.30.

²⁰ *Ibidem, loc cit.*

²¹ *Ibidem, loc cit.*

como, mesmo em caso de aborto não criminoso, a obreira faria jus ao descanso remunerado de duas semanas. Para qualquer hipótese de solicitação da licença remunerada, era necessária a notificação, com antecedência, ao empregador, sob pena de perder o direito. Caso houvesse impugnação da notificação, pelo empregador, era necessária a apresentação de atestado médico²².

Em casos de amamentação, reservou-se o período de dois intervalos diários de trinta minutos cada um, nos primeiros seis meses da criança, em local apropriado²³. Nesse sentido, em seu artigo 13, proibiu-se a dispensa da mulher grávida²⁴. Cumpre ressaltar que, esse decreto influenciou notadamente na elaboração da CLT, refletindo nos artigos 391, 392, §§ 1º e 2º, 393, 394, 395 e 396.

2.2.2 O movimento feminista e a luta por melhores condições laborais

O movimento feminista mundial tem o seu grande marco no período compreendido entre as últimas décadas do séc. XIX, onde a instabilidade política vivida na Europa, em especial na França, encorajou mulheres a se manifestarem contra os abusos a que eram submetidas, sejam eles políticos, econômicos, sociais, familiares.

Aqui, vale ressaltar que, existiam manifestações esparsas de mulheres reivindicando direitos antes desse período²⁵. Entretanto, somente no período da Revolução Francesa é que o movimento adquire as características de uma prática de ação política organizada²⁶.

No Brasil, por exemplo, o marco inicial do feminismo é, por muitos, considerado o livro “Direito das Mulheres e Injustiça dos Homens”, lançado em 1832, com autoria

²² BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995. p.414.

²³ Decreto 21.417-A de 1932, art. 12: Os estabelecimentos em que trabalharem, pelo menos, trinta mulheres com mais de 16 anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos em período de amamentação.

²⁴ Decreto 21.417-A de 1932, art. 13. Aos empregadores não é permitido despedir a mulher grávida pelo simples fato da gravidez e sem outro motivo que justifique a dispensa.

²⁵ A título de curiosidade, em 1792 no Reino Unido, Mary Wollstonecraft, publicou reivindicações do direito das mulheres, pleiteando oportunidades na política, educacional e trabalhista, como tinham os homens.

²⁶ ALVES, Branca Moreira e PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo, Abril Cultural, 1985. p. 32

de Nísia Floresta Brasileira Augusta²⁷. Nessa época, o Brasil se encontrava na fase de império, regido pela Constituição Monárquica de 1824, com a mão de obra escrava muito requisitada.

A Constituição Monárquica, bem verdade, escanteou o gênero feminino, de modo que, impossibilitava o direito ao voto das mulheres, bem como outros direitos básicos, como a possibilidade de ocuparem cargos públicos; de assegurarem dignamente sua própria sobrevivência, ou mesmo ter acesso ao ensino superior²⁸.

Era comum, à época, a compreensão de que mulheres deveriam cuidar de atividades domésticas, dificultando o exercício de atividades em espaços públicos. Léa Elisa Silingowschi Calil atribui ao analfabetismo, como grande fator de contribuição para manutenção da dominação na relação entre homens e mulheres, sendo responsável por manter as mulheres em situação de ignorância²⁹.

Nesse ínterim, imperioso se faz observar a explanação de Miridan Knox Falci:

As mulheres de classe mais abastadas não tinham muitas atividades fora do lar. Eram treinadas para desempenhar o papel de mãe e as chamadas “prendas domésticas” – orientar os filhos, fazer ou mandar fazer a cozinha, costurar, bordar. Outras, menos afortunadas, viúvas ou de uma elite empobrecida, faziam doces por encomenda, arranjos de flores, bordados a crivo, davam aulas de piano e solfejo, e assim, puderam ajudar no sustento e educação da numerosa prole. Entretanto, essas atividades, além de não serem muito valorizadas, não eram muito bem – vistas socialmente. Tornavam-se facilmente alvo de maledicência por parte de homens e mulheres que acusavam a incapacidade do homem da casa, ou observavam sua decadência econômica. Por isso, muitas vendiam o produto de suas atividades através de outras pessoas por não querer aparecer. Na época, era voz comum que a mulher não precisava, e não deveria, ganhar dinheiro³⁰.

Mundialmente, porém, o desenvolvimento histórico do movimento feminista, didaticamente, é dividido em ondas. A primeira onda coincide com o período de início do movimento feminista, as *sufragetes*, como ficaram conhecidas as mulheres

²⁷ AUGUSTA, Nísia Floresta Brasileira *apud* Léa Elisa Silingowschi Calil em nota de rodapé do seu livro **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos e sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.17, é o pseudônimo adotado por Dionísia de Faria Rocha, seu livro é tradução livre de *Vindication of the Rights of Woman*, de Mary Wollstonecraft (livro editado em Londres em 1792) e, além da edição de Recife, em 1832, há outras três: em Porto Alegre, em 1833; no Rio de Janeiro, em 1839, e em São Paulo, em 1989.

²⁸ TELLES, Norma. Escritoras, **Escritas e Escrituras (in História das Mulheres no Brasil)**. 8 ed, São Paulo: Contexto, 2006, p.408.

²⁹ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.18.

³⁰ FALCI, Miridan Britto Knox. **Mulheres do sertão nordestino (in História das Mulheres no Brasil)**. ed. 8, São Paulo: Contexto, p. 249 *et seq.*

que se manifestavam politicamente³¹, lutaram pela aquisição do direito ao voto para as mulheres, melhores condições de trabalho.

Frise-se que a função social do trabalho da mulher tem papel fundamental na libertação do gênero feminino das amarras impostas pela sociedade patriarcal. Através do trabalho, a mulher consegue sua independência financeira e, consecutivamente, aumenta o seu poder de influência dentro da sociedade.

Não à toa, se posicionou Simone de Beauvoir ao defender que “Foi pelo trabalho que a mulher cobriu em grande parte a distância que a separava do homem; só o trabalho pode assegurar-lhe uma liberdade concreta³²”.

Com o aumento da utilização da mão de obra feminina em indústrias, em condições insalubres e perigosas, as mulheres passaram a se organizar na luta pelos seus direitos, haja vista a exploração exacerbada, sem a conseqüente contraprestação adequada.

Paulatinamente, com exploração do trabalho feminino em outros âmbitos que não o doméstico, houve a superação da necessária relação entre “Mulher x Atividades domésticas”, antes recorrente, podendo ser considerada como a semente do feminismo em âmbito global³³.

Após a gradativa evolução, o movimento feminista perdeu força entre a partir de 1930, só reaparecendo, com relevância, no início da década de 60. Isso porque, nesse período as reivindicações das mulheres haviam sido formalmente atendidas, nesse contexto é que adquiriram direito ao voto, direito de ingressar em instituições escolares, participar do mercado de trabalho³⁴.

Embora tenha sido uma época de pouco avanço no movimento feminista, apuram-se acontecimentos relevantes. É que, nesse período, como uma voz isolada neste momento de transição, Simone de Beauvoir, em 1949 publicou pela primeira vez o livro denominado de “O segundo sexo”, que mais tarde, já nos anos 60, serviria de

³¹ PINTO, Céli Regina Jardim. **Feminismo, história e poder**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>> Acesso em: 05 nov. 2016.

³² BEAUVOIR, S. **O Segundo Sexo Vol. 2: A Experiência Vivida, Difusão Européia do Livro, 1967**, p.449.

³³ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.17

³⁴ ALVES, Branca Moreira e PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo, Abril Cultural, 1985. p. 49.

inspiração para o início da segunda onda do feminismo, estabelecendo como máxima que “não se nasce mulher, se torna mulher”.

Essa segunda onda se utiliza das análises realizadas por Simone de Beauvoir em conjunto com o pensamento de Betty Friedan, autora da obra denominada de “A mística feminina”. Neste trabalho, a autora questiona o papel tradicional da mulher, detectando para tanto o que chamou de “o mal que não tem nome”³⁵ ³⁶.

Portanto, a década de 60 tem papel importantíssimo no movimento feminista, eis que, a partir de então o feminismo ganha novas frentes de luta. Além das reivindicações voltadas para a desigualdade dos direitos políticos, civis e trabalhistas, questiona ainda o tratamento cultural, as raízes dessas desigualdades³⁷.

Atualmente, a luta pelos direitos femininos continua forte, demonstrando-se progressiva, na medida em que a equiparação almejada vem sendo conquistada ao longo do tempo, através de muita luta.

Corroborando com isso, pode-se perceber através de pesquisas o aumento da PEA – População economicamente ativa feminina.

Dos anos 90 até a atual década a porcentagem de mulheres que buscaram o mercado de trabalho praticamente dobrou³⁸. Enquanto em 1993 a PEA feminina estava calculada em 28 milhões, hoje em dia supera as 45 milhões de mulheres, de forma que aumentaram a sua participação econômica e, conseqüentemente, a sua notoriedade na sociedade.

Dessa forma, o movimento feminista ganha maior notoriedade, galgando mais espaço na sociedade, com maior representatividade, em especial no âmbito trabalhista.

³⁵ A autora utiliza a expressão “o mal que não tem nome” para refletir a frustração constante e indefinida da mulher. Afinal, como a Betty Friedan bem pontua, por qual motivo se queixavam as mulheres, em suas cozinhas modernas, com carro na garagem, filhos saudáveis e segurança econômica? Como encaixar a autorealização que, teoricamente deveriam sentir?

³⁶ ALVES, Branca Moreira e PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo, Abril Cultural, 1985. p. 53.

³⁷ *Ibidem*. p. 60.

³⁸ BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. **Trabalho e gênero no Brasil nos últimos dez anos**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742007000300003>. Acesso em 05 nov 2016.

2.3 TRATAMENTO ATUAL DO TRABALHO DA MULHER

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 não fazia qualquer referência à igualdade entre os sexos, tampouco era inobservado qualquer tratamento para o trabalho da mulher.

Nesse sentido assevera Alice Monteiro de Barros:

Embora sustentasse, em seu art. 178, XII, que a lei seria igual para todos, preteriu a mulher na sucessão ao Império, caso estivesse no mesmo grau de um elemento do sexo masculino (art. 117). Além disso, o art. 120 dessa Constituição exigia que o casamento da herdeira da coroa fosse submetido à aprovação do Imperador ou, inexistindo este, da Assembléia Geral³⁹.

A Constituição de 1891, por sua vez, consagrou o princípio da igualdade, entretanto, novamente foi omissa quanto ao direito do trabalho para mulheres⁴⁰.

Superada a fase do Brasil Imperial, uma nova Constituição foi elaborada para o período Republicano: a Carta de 1934. Essa carta buscou inspiração no modelo da Constituição da República de Weimar e na OIT, criada anos antes, em 1919, tendo em seu bojo, apresentado grandes avanços pela cristalização dos direitos trabalhistas. Não só assegurava a igualdade de salário entre homens e mulheres, mas também passou a observar as peculiaridades do sexo feminino, como por exemplo, assegurava a assistência médica e sanitária à gestante, garantindo descanso antes e após o parto⁴¹. É notável a preocupação e tutela do legislador com as mulheres, mais especificamente a gestante e a maternidade.

Ainda nesta carta, a título de curiosidade, cumpre observar, que “as normas de proteção ao trabalhador, pela primeira vez na história das Constituições do Brasil, vinham reunidas em um capítulo referente à ordem social e econômica⁴²”, bem como era proibido o trabalho das mulheres em locais insalubres⁴³.

³⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995, p.409.

⁴⁰ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p. 26.

⁴¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Op cit*, p.410.

⁴² CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Op cit*, p.26.

⁴³ Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;

O avanço alcançado com a primeira Constituição da República não durou muito, uma vez que, três anos após a sua vigência, foi substituída pela Constituição de 1937. Conforme bem observado por Léa Silingowschi Calil:

As constituições federais de 1934 e 1937 foram produzidas enquanto o Brasil era governado pelo mesmo homem – Getúlio Vargas – e apenas 3 anos as separam. Mas cessam aí as coincidências entre as duas. Na verdade um abismo enorme as separa: a forma de promulgação, o escopo social, e o regime adotado para governar o país⁴⁴.

A Constituição de 1937, no tocante aos direitos femininos, pode-se dizer, foi frustrante.

Essa carta foi instituída através de um golpe de Estado, por Getúlio Vargas – então presidente do Brasil – instituindo o Estado Novo. Ficou conhecida como “Polaca”, devido a proximidade com a Constituição polonesa, que também possuía dispositivos ditatoriais.

Embora mantivesse em seu texto o dispositivo consagrando a igualdade formal entre homens e mulheres, retrocedeu ao excluir o artigo que proibia a diferença salarial por motivo de sexo. Nesse ínterim, assevera Alice Monteiro de Barros:

E, diante dessa omissão, publicou-se o Decreto-Lei 2.548, de agosto de 1940, que estabeleceu a possibilidade de as mulheres perceberem salários inferiores aos dos homens, autorizando uma redução de 10% em prejuízo daquelas⁴⁵.

Na Carta Magna seguinte, de 1946, foi retomada a ideia de proibição de diferença salarial para um mesmo trabalho, por motivo de sexo. A vedação do trabalho das mulheres em condições insalubres foi mantida, bem como o direito da empregada gestante em descansar antes e após o parto e, assistência médica/sanitária em casos de maternidade.

Já em 1967, a então nova Carta Constitucional, estabeleceu que ficaria proibida a diferença de critérios de admissão por motivos de sexo, cor, estado civil, e ainda assegurou a aposentadoria para mulher aos trinta anos⁴⁶, representando um significativo avanço na luta pela efetividade do princípio da igualdade entre os gêneros.

⁴⁴ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000. p.33 et seq.

⁴⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995, p.411.

⁴⁶ *Ibidem, loc cit.*

2.3.1 Convenções internacionais sobre o tema

A gradativa incorporação da mulher no mercado de trabalho e a modificação da sua imagem perante a sociedade contribuíram para que fosse alterado também o comportamento no seu emprego ou profissão⁴⁷.

As lutas em busca da igualdade formal surtiram efeito ao longo do tempo, onde se fez imperioso a adoção de medidas para tutelar a mulher no âmbito internacional.

Como já asseverado anteriormente, cumpre ressaltar que existem peculiaridades ao sexo feminino, que possibilitam um tratamento diferenciado, que podemos chamar de discriminação legítima, o principal deles é a maternidade, alvo de extrema preocupação internacional. Nas palavras de Alice Monteiro de Barros:

Entretanto, se o papel da mulher na sociedade modificou-se, a sua função fisiológica de procriação não se alterou, apesar das técnicas de vanguarda sobre inseminação artificial, justificando as medidas de tutela e seu aperfeiçoamento⁴⁸.

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) teve papel imprescindível na tutela do direito das mulheres no ambiente de trabalho. Criada em 1919, através do Tratado de Versalhes, representou um grande avanço no direito das mulheres, que passou a ter normatização internacional.

Nesse sentido, cumpre observar a importância das Convenções de número 3 e 4, ambas do ano de 1919 e versam sobre a mulher trabalhadora.

A primeira (e marcante) medida, a Convenção nº3 da OIT, entrou em vigor em 1921⁴⁹, trazia, em seu bojo, uma série de garantias: licença remuneratória de 6 semanas antes e depois do parto; dois intervalos de 30 minutos, durante a jornada de trabalho, para amamentação; assegurava ainda que, quando do afastamento, a mãe recebesse dos cofres públicos uma remuneração; considerava ilegal a dispensa da empregada no período da gravidez ou da licença compulsória⁵⁰.

Em 1921, a OIT emitiu uma recomendação (Recomendação nº 12), na qual aconselhava a extensão da licença compulsória às empregadas agrícolas,

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995, p.39.

⁴⁸ *Ibidem, loc cit.*

⁴⁹ Os efeitos somente foram sentidos no Brasil após a ratificação da Convenção nº 3, que se deu em 1935, através do Decreto 423.

⁵⁰ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p. 31.

ressaltando que a contribuição correspondente seria responsabilidade dos cofres públicos ou um sistema de seguros⁵¹.

Com a adoção dessas medidas, fica clara a intenção do legislador de proteger a maternidade e não à toa:

A preocupação em proteger a maternidade tem sua razão de ser, pois é através e da devida proteção à criança que se garante a perpetuação da espécie. Há também o lado obscuro de semelhante norma, que é garantia de um grande contingente para servir como mão-de-obra nos anos futuros⁵².

A Convenção nº 3 foi revista em 1951 pela Convenção nº 103 da OIT. Essa substituição se deu pela busca em ampliar a aplicação das normas de tutela à maternidade, estendendo-as às empregadas de setores não industriais, às empregadas agrícolas, domésticas e às que trabalham em domicílio, bem como, definiu que, parte da licença concedida à gestante (não podendo ser inferior a seis semanas. O período deveria ser definido por legislação nacional), obrigatoriamente, deveria ser gozada após o parto⁵³.

Pela Convenção nº 103, foi garantido ainda, licença médica antes, durante e após o parto, licença integral na hipótese de parto prematuro e prorrogação da licença, em caso de doença⁵⁴.

Em que pese os avanços trazidos por essa Convenção, foi ratificada pelo Brasil com ressalvas no que diz respeito à extensão das suas normas à empregada rural e doméstica.

Outra convenção com importante papel é a Convenção nº 4 da OIT, de 1919. Através dessa Convenção, ficou determinada a proibição do trabalho noturno⁵⁵ da mulher nas indústrias. Ressalvou-se apenas a situação em que a mulher obreira realizasse seus trabalhos em estabelecimento onde só labutavam membros da

⁵¹ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.41.

⁵² *Ibidem*, p. 31.

⁵³ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995, p.44.

⁵⁴ *Ibidem*, *loc cit.*

⁵⁵ Por trabalho noturno compreende-se o período de onze horas consecutivas, compreendido entre o horário de 22:00 até às 5:00 do dia seguinte. Pode esse período ser diminuído em 1 hora durante sessenta dias no ano.

mesma família⁵⁶, tampouco a circunstâncias de força maior ou a atividades relacionadas com matérias primas sujeitas à perda⁵⁷.

Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil apenas em 1934, sendo foi substituída pouco tempo depois pela Convenção de nº 41 da OIT, através do Decreto 1.396/37, quando foi denunciada tacitamente.

Essa convenção, assim como a sua imediatamente anterior, manteve a restrição ao trabalho noturno das mulheres em indústrias, recebendo inúmeras críticas por criar um novo critério de discriminação entre o trabalho de homens e mulheres. Assim, não demorou muito e, em 1948, acabou ocorrendo uma nova revisão, agora da Convenção nº 41, o que deu lugar à Convenção nº 89, sendo ratificada pelo Brasil em 1957.

Essa sim foi uma Convenção que apresentou maior flexibilidade do que as anteriores. Embora continue proibindo o trabalho noturno da mulher em indústrias públicas e privadas, retirou dessa proibição as trabalhadoras de estabelecimento que sirvam exclusivamente pessoas da mesma família, ou as mulheres que exercessem cargos de direção⁵⁸.

Embora apresentasse alguns avanços, o conteúdo dessa Convenção continuou gerando uma série de controvérsias acerca do seu teor, gerando o questionamento se possuía caráter proibitivo ou protetivo.

Sobre a possibilidade de a obreira realizar trabalho noturno, autores favoráveis à proibição indicam:

Justas são as restrições que a legislação faz ao trabalho noturno da mulher. Não só em face de suas condições físicas como por causa da alta função social que a mulher tem, como mãe e esposa, como 'senhora do lar operário', na feliz expressão de Marcondes Filho, deve o Estado preservá-la de trabalhar em condições e horários que prejudiquem sua saúde e o exercício daqueles sagrados deveres. Não se trata de um excesso sentimentalista do legislador brasileiro, mas do cumprimento de compromissos que assumimos como signatários da Convenção Internacional do Trabalho a esse respeito e mesmo porque, como acentua Maria Bulcão Viana, 'o esgotamento nelas chega mais rápido e atinge mais rapidamente o estado em geral'⁵⁹.

⁵⁶ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.32.

⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995, p.44.

⁵⁸ *Ibidem*, loc cit..

⁵⁹ VIANNA, J. Senegadas, SUSSEKIND, Arnaldo Lopes, MARANHÃO, Délio. **Instituições de direito do trabalho**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1974, v. 2, p.673.

A lei intervém para limitar em alguns casos o trabalho noturno por razões intuitivas impostas pela necessidade de proteger em tais casos a integridade física e moral (este último de modo especial a respeito das mulheres) dos trabalhadores⁶⁰.

Por outro lado, devem-se pontuar os argumentos contrários à proibição, como por exemplo, a possível redução das perspectivas de emprego e oportunidades das mulheres de ganharem o mesmo salário dos colegas de sexo masculino acaso não realizassem o trabalho noturno⁶¹.

Neste diapasão, impende registrar, a força dos argumentos contrários à proibição, tendo em vista o surgimento de clara discriminação por motivo do sexo, dificultando a entrada da mulher no mercado de trabalho.

Em tempo, devemos observar a colocação de Léa Silingowschi:

Pois, se o verdadeiro e indiscutível propósito dessas normas internacionais era defender a mulher contra abusos, na verdade terminavam por condená-la a aceitar empregos que violassem essas e outras leis protecionistas. Para as mulheres pobres que necessitavam trabalhar para o seu sustento fala mais alto a lógica da sobrevivência⁶².

Em razão das críticas pelo caráter “protetivo-proibitivo” da Convenção nº 89 da OIT, gerando uma nítida discriminação ilegítima, foi que, em 1990 essa Convenção foi revisada pelo Protocolo de 1990.

Esse protocolo favoreceu a busca pela igualdade entre homens e mulheres na medida em que autoriza a legislação nacional daqueles países que ratificaram as convenções anteriores a permitir o trabalho noturno das mulheres, compatibilizando a busca pela proteção das mulheres com os critérios de igualdade, oportunidade e competitividade⁶³.

Correta foi a revisão realizada pelo Protocolo 1990, uma vez que, o trabalho noturno se mostra igualmente prejudicial tanto para homens quanto para mulheres. A CLT refletiu também esse mesmo entendimento, verificando-se no seu art. 73, que a restrição envolvida em trabalhos noturnos, não se refere ao gênero da pessoa, mas tão somente aos horários do labor.

⁶⁰ BARRETO, Amaro *apud* BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995, p.97.

⁶¹ *Ibidem, loc cit.*

⁶² CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000. p.32.

⁶³ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995. p.98.

Ademais, resta cristalina a proteção que, no decorrer do tempo, vem sendo dispensada à mulher. Normas de âmbito interno e internacional se preocupando não só com mulher em si, mas também como todo o papel social inerente a ela, em especial a maternidade, que será alvo de maior aprofundamento nos próximos capítulos.

2.3.2 A Constituição Federal como consagradora de direitos trabalhistas ligados à mulher

A Constituição Federal de 1988 primou por assegurar a igualdade entre homens e mulheres, diferenciando-os apenas no que fosse legítimo, como os casos de maternidade.

A grande mudança ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, que, logo em seu artigo 3º, IV, definiu que um dos objetivos da República Federativa Brasileira seria o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁶⁴”.

Além do objetivo geral definido por esse dispositivo, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, tratou de especificar a relação entre homens e mulheres, reafirmando que, também estes, serão iguais em direitos e obrigações⁶⁵.

Nesse sentido, é preciso perceber que o alcance do princípio daí extraído, ou seja, o princípio da igualdade, não será restrito ao nivelamento dos cidadãos diante da norma geral posta, indo ele além, vez que dita que a lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia⁶⁶.

Contudo, acerca dessa isonomia proposta pela Constituição Federal, merecem ser feitas observações, uma vez que, “apesar de juridicamente iguais, homens e

⁶⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶⁵ Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.9.

mulheres são fisiológica e psicologicamente dessemelhantes, sendo essa uma constatação inelutável⁶⁷.

Logo, a igualdade proposta pela Carta Magna brasileira relaciona-se ao âmbito formal, de forma que, serão plenamente admitidos tratamentos desiguais nas relações que envolvam homens e mulheres, uma vez que, o que se busca, é a equivalência formal entre eles. Nesse sentido entende Luciano Martinez:

Por serem apenas formalmente iguais, homens e mulheres, nos estritos termos da Constituição, podem ser tratados de modo desigual, sem que isso implique, segundo a vontade do constituinte originário, uma violência à isonomia, mas sim um tratamento desigual com o foco corretivo da desigualdade⁶⁸.

Portanto, é compreensível (e admissível) que existam discriminações no ordenamento jurídico, contudo, devem ser legítimas, visando a diminuição das desigualdades.

Consoante assevera Manoel Jorge, “nem toda discriminação é reprovada pelo sistema constitucional”⁶⁹. O autor define a discriminação legítima como aquela que seria “consumada em razão de uma situação de fato que a determina”, por outro lado, quando não houver essa correspondência entre o que ele chama de fator de desequiparação utilizado e uma circunstância de fato, será uma discriminação ilegítima⁷⁰.

No âmbito trabalhista, a discriminação será ilegítima quando “se negar à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”⁷¹.

Esse entendimento explica o tratamento diferenciado dispensado às mulheres em questões relativas à maternidade, onde é observada a peculiaridade do sexo feminino, a sua situação concreta, fornecendo o amparo suficiente para que discriminações injustas não aconteçam.

Nesse sentido, Maurício Godinho entende que a Constituição não proíbe a distinção no tratamento em relação à mulher, muito pelo contrário, autoriza condutas e

⁶⁷ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.677.

⁶⁸ *Ibidem, loc cit.*

⁶⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 690.

⁷⁰ *Ibidem, loc cit.*

⁷¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTR, p.718.

vantagens superiores ao padrão deferido ao homem quando estiver se tratando de maternidade⁷².

Alice Monteiro de Barros, por sua vez, defende que a existência de uma função social da maternidade em razão de decorrer dela a renovação das gerações, de maneira que possíveis medidas destinadas a proteger mulheres em razão da gravidez ou parto, não constituiriam discriminação, eis que possuem como fundamento a necessidade de salvaguardar a saúde da mulher e das gerações futuras⁷³.

Mulheres gestantes, na sociedade como um todo, fazem jus ao tratamento diferenciado em decorrência do seu estado gravídico por si só, não sendo diferente quando se trata do âmbito trabalhista.

É bem verdade que nem sempre foi assim. A evolução no tocante a proteção à maternidade foi bastante relevante. Nos primórdios do desenvolvimento do Direito do Trabalho, a proteção da mulher, como demonstrado, não era adequada. Atualmente, com o advento da Constituição Federal de 1988 a proteção é bem maior, conforme será demonstrado.

A Constituição Federal busca consagrar o princípio da isonomia, ao mesmo tempo em que faz questão de observar as diferenças inerentes ao gênero. Dessa forma, constata-se na nossa Carta Magna, dispositivos que protegem a mulher e a sua maternidade, como também, dispositivos que tem por finalidade o incentivo das contratações de mulheres, protegendo-o o seu mercado de trabalho.

Nesse sentido, importante observar que, com a Carta Magna de 1988 houve ampliação de direitos já previstos, como por exemplo, o aumento verificado no artigo 7º da Constituição Federal, inciso XXXIII⁷⁴, no tocante à licença maternidade, que aumentou de doze semanas para 120 dias o período de descanso nos casos de maternidade.

Ainda na análise do artigo 7º, percebemos expressamente a intenção da carta magna, em seu inciso XX, quando diz que são direitos dos trabalhadores urbanos e

⁷² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTR, p.726.

⁷³ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995. p.39.

⁷⁴ 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.

rurais a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”⁷⁵.

Dessa forma, aduz Sérgio Pinto Martins:

Um dos incentivos já existentes é de que o pagamento do salário-maternidade é feito pela Previdência Social e não pelo empregador, o que já se verifica desde a Lei n. 6.136, de 7 de novembro de 1974, além do que o Brasil ratificou as Convenções ns. 3 e 103 da OIT que dispõem sobre o fato de que o encargo do pagamento do salário da gestante não deve ficar a cargo do empregador⁷⁶

É certo que essa medida não é o suficiente para colocar a mulher em situação de paridade no âmbito do trabalho, uma vez que existe “um abismo profundo que separa as situações de ingresso e permanência de homens e mulheres no mercado de trabalho”⁷⁷.

Contudo, é imprescindível fazer o alerta de que muito além da legislação imediata a regulamentar a inclusão do direito da mulher no mercado de trabalho, espera-se uma evolução interpretativa dos operadores de direito e jurisprudência no trato de questões que envolvam essa temática.

O que está em jogo nesses casos é a observância ao princípio da dignidade, da valorização do trabalho, que tem por objetivo atenuar os problemas relativos à inclusão da mulher no mercado de trabalho, até o adequado amadurecimento da estrutura social de apoio que o momento impõe⁷⁸. E, assim sendo, não pode o operador do direito furtar-se de fornecer à norma a interpretação necessária para atender os anseios sociais.

2.3.3 Tratamento dado pela legislação ordinária brasileira-trabalhista.

No plano infraconstitucional, destacam-se legislações como o Estatuto da Mulher Casada e a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas).

⁷⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XX- proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

⁷⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Práticas discriminatórias Contra a Mulher e Outros Estudos**. São Paulo: LTR, 1994, p.64.

⁷⁷ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p.62.

⁷⁸ DIAS, Élcio Pablo Ferreira. **A inclusão da Mulher Brasileira no Mercado de Trabalho: Breve Abordagem Social e Constitucional**. São Paulo: Unisal, 2003, p.236.

O Estatuto da Mulher casada ficou marcado por devolver a capacidade plena para mulher, enquanto que a CLT representou um grande avanço para as mulheres, na medida em que, forneceu, através de capítulo exclusivo (Capítulo III, título III⁷⁹), o tratamento jurídico ao trabalho da mulher.

2.3.3.1 Evolução nas relações e o Estatuto da Mulher Casada

Entre o fim do século XIX e início do século XX, o papel das mulheres estava, basicamente, voltado à esfera privada. Cabia às mulheres a realização de atividades domésticas, responsável por cuidar dos filhos e outras atividades cotidianas do lar⁸⁰.

Nesse período, estava vigendo no Brasil o Código Civil de 1916, caracterizado por extremo conservadorismo e patriarcalismo, que preconizava a ideia de superioridade dos homens, perante as mulheres.

O Código Civil de 1916 era um retrato da sociedade à época. Através de um extremo conservadorismo e patriarcalismo, o homem era colocado em uma espécie de pedestal, utilizando-se de sua força física como um verdadeiro poder pessoal, sendo titular do poder diretivo no ambiente familiar⁸¹.

Apenas a título de exemplificação, o casamento era indissolúvel, apenas existia o desquite – que, pela etimologia da palavra, significa não quite, ou seja, encontrava-se em “débito com a sociedade” – apenas rompia a sociedade conjugal, mas não o casamento.

⁷⁹ Título III da CLT: Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho.

⁸⁰ SERAFINI, Stella Vicente. **As relações de Gênero nos Códigos Civis de 1916 e de 2002**. p.2. Disponível em: <http://www.metrocamp.com.br/Portal/Principal/Arquivos/Artigos/Upload/As_rela%C3%A7%C3%B5es_de_G%C3%AAnero_nos_C%C3%B3digos_Civis_de_1916%20e_de_2002.pdf>. Acesso 20 maio 2016.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. p.1. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%C3%B3digo_civil.pdf>. Acesso em: 03 abril 2016.

Vínculos extramatrimoniais não só não eram reconhecidos, mas constituíam crime de adultério. O concubinato era punido, mas na verdade, quem suportava as piores consequências eram as mulheres⁸².

A visão patriarcal era algo tão incrustado na sociedade que, até mesmo dispositivos que tinham por finalidade a proteção da mulher, eram frágeis. Veja-se:

Mesmo os dispositivos que aparentemente teriam o intuito de proteger a mulher, acabavam por mostrarem-se frágeis nesse intento. Veja-se, a respeito, o art. 235 que determinava que para a concessão de garantias reais ou fidejussórias o marido deveria ter a outorga uxória. À primeira vista, coloca a mulher em pé de igualdade com os homens. Entretanto, a igualdade era apenas aparente, já que, na sequência, o art. 237, em regra aberta incomum para o diploma legislativo até então vigente, concedia ao juiz o poder de suprir a negativa dada “sem justo motivo”. O “justo motivo” seria analisado sob a ótica machista e a proteção dada à mulher acabava caindo por terra⁸³.

Nesse contexto é que o Estatuto da Mulher Casada deve ser considerado um grande marco na evolução dos direitos das mulheres, eis que devolveu a capacidade plena para o sexo feminino.

Para Maria Berenice Dias:

O chamado Estatuto da Mulher Casada devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal. Mesmo tendo sido deixado para a mulher a guarda dos filhos menores, sua posição ainda era subalterna. Foi dispensada a necessidade da autorização marital para o trabalho e instituído o que se chamou de bens reservados, que se constituía do patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família⁸⁴.

Portanto, a partir da edição da lei 6.121/62, popularmente conhecida como Estatuto da Mulher Casada, houve a revogação de alguns artigos do então Código Civil vigente, completamente patriarcal, fornecendo uma ampliação do direito das mulheres, onde, por exemplo, passavam a ter direito sobre os seus filhos; poderiam tornar-se economicamente ativas, sem necessária autorização do marido, inaugurou-se uma nova era para as mulheres.

⁸²DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. p.1. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 03 abril 2016.

⁸³SERAFINI, Stella Vicente. **As relações de Gênero nos Códigos Civis de 1916 e de 2002**. p.2. Disponível em: <http://www.metrocamp.com.br/Portal/Principal/Arquivos/Artigos/Upload/As_rela%C3%A7%C3%B5es_de_G%C3%AAnero_nos_C%C3%B3digos_Civis_de_1916%20e_de_2002.pdf>. Acesso em 20 maio 2016.

⁸⁴DIAS, Maria Berenice. **Op cit**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 03 abril 2016.

2.3.3.2 A Consolidação das leis trabalhistas e suas mudanças

Primeiramente, incumbe salientar, no tocante ao conteúdo legislativo, em regra, não houve qualquer alteração das leis já postas, até por isso a denominação da codificação de CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas.

Vale observar o que aduz Amauri Mascaro:

Não seria, no entanto, a CLT o instrumento de cristalização dos direitos trabalhistas que se esperava. A mutabilidade e a dinâmica da ordem trabalhista exigiam constantes modificações legais, como fica certo pelo número de decretos, decretos-leis, e leis que depois foram elaborados, alterando-a⁸⁵.

Nesse sentido, apenas à título de exemplificação cumpre pontuar a mudança trazida pelo Decreto - lei 229⁸⁶ de 1967, alterando o art. 374, que passou a permitir a compensação de jornada de trabalho para a mulher, desde que fosse realizada a negociação por acordo coletivo.

Ademais, como bem lembrado por Gustavo Filipe Barbosa Garcia, merece destaque a Lei 7855 de 1989, uma vez que revogou os artigos 379 e 380 da CLT que estabeleciam a proibição do trabalho noturno para mulher, estabelecendo, agora, uma série de especificações⁸⁷.

A grande diferença advinda junto à CLT está nas entrelinhas, onde podemos verificar a preocupação do compilador celetista com a proteção à mulher no tocante à saúde e capacidade reprodutiva⁸⁸.

Quanto ao aspecto da proteção à saúde, tinha-se a proibição de realização de horas extraordinárias pela mulher se não houvesse atestado médico para tanto, de

⁸⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR 1998, p.54.

⁸⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n. 229 de 28 de fevereiro de 1967**. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10229.htm> Acesso em: 20 maio 2016.

⁸⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1056.

⁸⁸ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p. 41.

submeter à mulher ao trabalho que necessitasse força muscular acima de 20 quilos habitualmente, ou 25 quilos para trabalho ocasional⁸⁹.

No tocante à capacidade reprodutiva, surgem com o intuito de proteger a mulher, dando-lhe tratamento especial, diante a inerência da maternidade ao sexo feminino. Proteger a mulher nos períodos pré, durante e após o parto é garantir a continuidade da raça humana⁹⁰.

Contudo, vale salientar que essas normas, no início da sua vigência, apresentavam-se como ônus ao empregador, gerando manifesta discriminação para inserção das mulheres no mercado de trabalho⁹¹.

No mais, a Consolidação das Leis do Trabalho pode ser considerada a responsável por fechar um ciclo de conquistas. Esse ciclo começaria com a falta de proteção das normas de direito do trabalho, a denominada “era da Exclusão”. Em um segundo momento, adveio a “era da Proteção” que, com intuito de promover a proteção do trabalho da mulher, passou a excluí-la, de forma indireta, do mercado de trabalho, uma vez que passou a estabelecer normas proibitivas, de forma a discriminá-las perante os homens. Hoje, com a CLT, vivencia-se a “era da Igualdade”, que busca colocar homem e mulher em um mesmo patamar, respeitando as suas diferenças, como deve ser⁹².

Ademais, resta cristalina a proteção que, no decorrer do tempo, vem sendo dispensada à mulher. Normas de âmbito interno e internacional se preocupando não só com mulher em si, mas também como todo o papel social inerente a ela, em especial a maternidade, que será alvo de maior aprofundamento nos próximos capítulos.

⁸⁹ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTR, 2000, p. 41.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 42.

⁹¹ *ibidem*, p. 42.

⁹² *Ibidem*, p. 39.

3 GESTAÇÃO SUBSTITUTIVA

Apresentado um breve esboço histórico acerca da evolução do direito do trabalho feminino, cumpre agora, estabelecer algumas premissas para a melhor assimilação do conteúdo exposto.

Primeiramente, ao se falar em proteção à maternidade e, conseqüentemente proteção à gestação, deve-se ter em mente conceitos básicos para o aprofundamento do tema.

Nesse sentido, entende-se por período gestacional aquele compreendido entre o início e o fim do parto. Geralmente, tem-se como limitação temporal o período de quarenta semanas, sendo possível que o parto aconteça antes.

Nestas hipóteses, por algum infortúnio, há o abortamento do processo natural de reprodução humana que, gera como consequência, o parto de forma prematura⁹³.

Deve-se ainda ter em mente a importância da tutela prevista no ordenamento jurídico para mulheres que se encontrem nessa fase da vida, onde estão passando por intensas mudanças em seu corpo (sejam elas hormonais, fisiológicas ou mesmo motoras), alterando o seu “*status quo*”, o que, reflete em uma maior fragilidade na relação de emprego.

Estabelecida essas premissas, autoriza-se o aprofundamento no conteúdo, ressaltando que não caberá aqui examinar, pormenorizadamente, as questões que envolvam discussões bioéticas, mas apenas a exposição das diferentes formas de reprodução assistida, com especial enfoque à gestação substitutiva.

Assim, o presente capítulo tem por finalidade viabilizar o entendimento do que é a gestação substitutiva e a reprodução humana assistida, e qual a consequência que a utilização desses recursos podem gerar no âmbito do Direito do Trabalho, principalmente no que tange a concessão da licença maternidade para a trabalhadora.

⁹³ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.683.

3.1 ASPECTOS GERAIS

Com a evolução da medicina, em especial dos estudos genéticos e técnicas de reprodução humana assistida, atualmente, é perfeitamente admissível a possibilidade de uma mulher gestar um filho que não seja biologicamente seu.

Antigamente, quando não existiam tantos recursos médicos, a infertilidade se configurava um óbice intransponível, impedindo inúmeros casais de realizarem o sonho de ter biologicamente um filho. Não à toa, apenas a título de curiosidade, “em tempos passados, era muito comum recorrer ao adultério consentido, à caridade ou ao útero escravo”⁹⁴.

Contudo, a partir da evolução nas técnicas de reprodução humana assistida, um número inimaginável de possibilidades se abriu, de forma que, incumbe ao ordenamento jurídico regular essas relações, trazendo maior segurança aos envolvidos, estabelecendo condições, direitos e deveres aos que recorram a esses métodos.

Adiante, será elucidado, de forma pormenorizada, as principais formas de reprodução humana assistida, e a conseqüente existência (ou não) de proteção jurídica dessas novas formas de relação humana, sempre com especial atenção para os casos que envolvam a gestação substitutiva.

3.1.1 Conceito

A gestação substitutiva ocorre quando uma mulher se disponibiliza a gestar um bebê, comprometendo-se a entregá-lo àqueles que concederam o óvulo e o sêmen ou aos que, não necessariamente tenham cedido o material genético, mas apenas acordaram pela gestação substitutiva⁹⁵.

Nesse sentido assevera José Roberto Goldim que “a maternidade substitutiva ocorre quando uma mulher concorda em ser inseminada artificialmente, ou receber

⁹⁴ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 103.

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.647.

embriões transferidos, com a compreensão de que a criança que irá gestar, ao nascer, será criada pelas pessoas que propuseram esse procedimento”⁹⁶.

Essa cessão de útero pode se dar de duas maneiras, a mãe substituta pode ou não ceder seu material genético. Quando houver parte do material genético da mãe substituta será a chamada inseminação heteróloga, que é quando há participação genética de alguma outra pessoa que não seja apenas o(s) solicitante(s). Por outro lado, a reprodução poderá ser homóloga, quando tiver apenas material genético dos solicitantes, na medida em que há realmente apenas uma cessão do útero, sem qualquer participação genética da mãe substituta⁹⁷.

Assim, o empréstimo do útero abarca duas distintas situações, quais sejam: quando a terceira envolvida apenas cede o útero, hipótese onde será denominada de mãe portadora; ou ainda, poderá haver hipóteses em que, além de ceder o útero, fornece ainda os seus óvulos, sendo denominada, nesse caso, de mãe de substituição⁹⁸.

Em outras palavras, realiza-se um acordo com a mulher fértil, que se compromete a entregar o bebê, quando do seu nascimento, ao casal solicitante.

Essa forma de reprodução está estritamente ligada às técnicas de reprodução humana assistida, que consistem em dissociar o ato sexual da fecundação, permitindo que o embrião concebido fora do útero seja implantado em uma mulher que não a que forneceu o material biológico⁹⁹.

Importante salientar ainda que a gestação por substituição não é uma técnica de reprodução assistida. Na verdade ela é uma consequência da utilização de uma técnica.

Essa forma de reprodução assistida poderá ocorrer por meio da inseminação artificial, ou mesmo da fertilização “*in vitro*”, que serão devidamente observadas ao longo do presente capítulo.

⁹⁶ GOLDIM, José Roberto. **Maternidade Substitutiva**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/matersub.htm>> Acesso em: 01 nov 2016.

⁹⁷ MONTEIRO, Caroline Soares. **Reprodução humana assistida “Barriga de aluguel” sob a luz da bioética**. p. 31. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/369/3/20682615.pdf>> . Acesso em 08 nov. 2016.

⁹⁸ SOUSA, Janice Bonfiglio Santos. **A Reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessão**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/janice.pdf> Acesso em: 01 nov 2016.

⁹⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Mãe de Aluguel: controvérsias sob um tema pontual em uma cultura confundida. **A família na contemporaneidade**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 15.

3.1.2 Natureza Jurídica

É, ainda, de suma importância a análise da natureza jurídica do contrato que envolve a realização da gestação substitutiva.

O marco jurídico que deu início à discussão acerca da natureza do contrato de maternidade substituta se refere ao caso do bebê M, ocorrido nos Estados Unidos, ao final da década de 80. Em breve síntese, o casal Stern, em decorrência da contra indicação de gravidez para a Sra. Stern, contratou uma mulher, Mary Beth, para gestar o seu bebê. Para tanto, o Sr. Stern forneceu o seu material genético. Ficou definido que o “pai natural”, Sr. Stern assumiria a paternidade enquanto sua esposa deveria entrar com o processo de adoção em relação à criança¹⁰⁰.

Ocorre que, quando do nascimento da criança, Mary Beth, mãe genética e gestacional, recusou-se a realizar a entrega da criança conforme previamente acertado. Assim, foi necessária a judicialização da questão.

Em primeira instância, ficou definido o cumprimento do contrato nos seus exatos termos. Na segunda instância, a Corte Suprema de Nova Jérsei, cancelou o processo de adoção, fornecendo, contudo, a guarda ao casal Stern, concedendo direito de visitação à mãe biológica.

A partir disso, surge na doutrina uma discussão se seria um contrato próprio, denominado de Contrato de Gestação, ou se seria uma espécie de contrato assemelhado à Doação.

Assim, maior parte da doutrina, em especial Marcelo Truzzi Otero¹⁰¹, caminha no sentido de que seria um contrato próprio de gestação. Esse entendimento, embora prevalecente, recebe críticas por versar sobre interesse de uma pessoa (o bebê),

¹⁰⁰ LUNA, Naara. **Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332002000200010&lang=pt. Acesso em: 29 out. 2016.

¹⁰¹ OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança.** Disponível em: http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf> Acesso em: 27 nov 2016.

constituindo ameaça à dignidade da criança, que, por ter personalidade jurídica, deve ter seus direitos respeitados¹⁰².

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A gestação por substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a “mãe de aluguel” obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode ser objeto de contrato, a avença seria nula, por ilicitude de seu objeto (CC 104 II)¹⁰³.

A outra corrente defende que a maternidade de substituição, em verdade, seria um instituto comparado à adoção¹⁰⁴. A única diferença é que, diferentemente desta, onde prevalece o interesse da criança, em casos de maternidade de substituição o interesse envolvido é o dos futuros pais, ou do casal infértil.

Fato é que, o contrato que tem por objeto a realização da gestação substitutiva deve estar em consonância com os mesmo requisitos de validade exigidos em outros negócios jurídicos, quais sejam: a forma, capacidade das partes, consentimento qualificado e interesse legítimo.

Quanto à forma, não havendo previsão expressa em lei, pode se dar de forma verbal ou escrita. No entanto, a fim de melhor comprovar as intenções, aconselha-se a realização do contrato pela forma escrita¹⁰⁵.

Em relação à capacidade das partes ela é de suma importância. As partes devem ser plenamente capazes e, nem mesmo autorização judicial poderá suprir a ausência da capacidade, na medida em que é exigível consentimento personalíssimo e qualificado, sendo absolutamente necessária a plena capacidade dos contratantes.

¹⁰² MARTINS, Flávio Alves; ROCHA, Juliana Carvalho Brasil da.; CARVALHO, Beatriz Santos; MONTEIRO, Bernardo Antonio Gonçalves; SANTOS, Luis Felipe Freind dos; MARTINS, Marina Rodrigues; QUEIROZ, Nathalia Martins Barbosa de. **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6>. Acesso em: 01 out. 2016.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 404.

¹⁰⁴ MARTINS, Flávio Alves; ROCHA, Juliana Carvalho Brasil da.; CARVALHO, Beatriz Santos; MONTEIRO, Bernardo Antonio Gonçalves; SANTOS, Luis Felipe Freind dos; MARTINS, Marina Rodrigues; QUEIROZ, Nathalia Martins Barbosa de. *Op cit*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6>. Acesso em: 01 out. 2016

¹⁰⁵ OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação da Barriga de Aluguel Gratuita e Onerosa: Legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22425104/contratacao-da-barriga-de-aluguel-gratuita-e-onerosa/1>>. Acesso em 01 out. 2016.

No tocante ao expresse consentimento, este deve ir além da mera declaração de anuência, o consentimento deve ser “pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente e informado”¹⁰⁶. Nas palavras de Marcelo Truzzi Otero:

No contrato de gestação por outrem, portanto, interessa a vontade interna da gestante no momento da execução do método e que esta vontade interna tenha sido exteriorizada de forma expressa, espontânea e consciente, após receber todas as informações sobre as consequências éticas, médicas e jurídicas envolvendo a gestação substituta, podendo ser desdita ou recolhida, sem maiores consequências, até o momento do implante do óvulo no útero da gestante. Feito o implante, ocorrida a nidação, não cabe mais arrependimento e tampouco conflitos sobre a maternidade, afinal, o ato já está consumado¹⁰⁷.

Em que pese ser elucidativo, faz-se necessária uma crítica ao posicionamento exposto acima. Isso porque, *data maxima venia*, diferentemente do que entende o autor supracitado, deve-se entender que a relação que está sendo tratada no presente trabalho monográfico não é o típico caso de subsunção de fato à norma, mas sim a análise casuística da situação. Desse modo, não há como crer que “Feito o implante, ocorrida a nidação, não cabe mais arrependimento e tampouco conflitos sobre a maternidade”, razão pela qual necessária essa ressalva.

Por derradeiro, em relação ao interesse legítimo. Também é um requisito importante, porque a realização de uma gestação por substituição envolve questões jurídicas, éticas, morais e religiosas. Dessa forma, merece especial atenção esse requisito, na medida em que se fala em projeto parental.

Por exemplo, será considerado um legítimo interesse, a solicitação de gestação por outrem quando um casal tiver um projeto parental, onde seja contraindicada a procriação através da relação sexual natural entre homem e mulher, ou mesmo a mulher seja infértil. Por outro lado, não será legítimo quando a solicitação de gestação por substituição constituir-se em mero luxo, onde a mulher, por motivos estéticos, por exemplo, recusa-se à gestar o bebê, solicitando uma gestação por substituição.

Assim, a grande problemática trazida pela forma de contratação se refere ao binômio “dignidade da criança x direito de procriação dos pais”, sendo amplamente admissível o favorecimento ao direito de procriar, previsto constitucionalmente.

¹⁰⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 215.

¹⁰⁷ *Ibidem*, loc cit.

Dessa forma, em razão da força que tem o direito à procriação, há que se entender que, os casos que envolvam a gestação substitutiva deverão ser considerados, sob a perspectiva contratual, como um contrato de adoção *sui generis*. Explica-se.

Será um contrato de adoção *sui generis* justamente porque, ao contrário do típico contrato de adoção, não será considerado, aqui, o interesse da criança, mas tão somente o direito dos pais a terem um filho que, após o nascimento, será devidamente “adotado” pelos pais solicitantes.

Corroborando com esse entendimento, verifica-se ainda que o filho somente será filiado à mãe institucional após a realização do seu registro por esta. Enquanto não se verificar o registro, o filho será filiado à mãe cedente, que foi quem realizou a gestação do bebê, em consonância com o princípio do “*Mater semper certa est*”. Dessa maneira, não há como realizar disposição contratual no sentido de que o filho, a partir do nascimento, independente do registro, será da mãe solicitante, constatando-se assim, a necessidade de uma “adoção”, justificando o enquadramento contratual como contrato de adoção *sui generis*.

.

3.1.3 A atecnia do termo “barriga de aluguel”

Nesse contexto, é importante salientar a atecnia quando da utilização do termo “barriga de aluguel”.

Isso porque, no Brasil, a Constituição Federal, através da interpretação do seu artigo 199, § 4º, é vedado o caráter comercial em ações que disponham do corpo da pessoa¹⁰⁸.

Corroborando com a vedação ao caráter comercial, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 2.121/2015, seção VII, dispôs que “2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 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 de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

¹⁰⁹ Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.121 de 2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

Dessa forma, o contrato que tenha por objeto a gestação substitutiva, deve, necessariamente, ter caráter exclusivamente gratuito. A gestante por substituição não poderá cobrar para exercer essa função.

Muito embora haja disposição normativa no sentido de proibir o caráter lucrativo ou comercial da gestação substitutiva, Fernando David de Melo Gonçalves pontua que existe uma suspeita de que “a maior parte das gestações pro substituição, ocorridas até o momento, tenha se dado de forma onerosa, ignorando-se por completo as graves implicações da natureza jurídica, moral, psicológica e social que podem advir dessa prática”¹¹⁰.

Embora a natureza onerosa do contrato seja juridicamente reprovável, sendo causa de nulidade do contrato, o autor pondera a situação de miserabilidade de muitos brasileiros que, exatamente por isso, teriam maior propensão a aceitar a proposta de dar um filho a outrem, em troca de favores¹¹¹.

Em âmbito internacional, importante destacar a Resolução de 16 de março de 1989 do Parlamento Europeu que se posicionou contrariamente às fecundações *in vitro* heterólogas, sob argumento de que seria benéfico para a criança a existência de concomitância entre a paternidade biológica, afetiva e legal.

Em razão desta orientação, alguns países europeus, como por exemplo, a França, Portugal, Espanha e Itália proibiram, de maneira expressa, a contratação da gestação por substituição, seja gratuita ou onerosa. Reino Unido, Canadá e Grécia, por sua vez, admitem a gestação por substituição desde que seja em caráter gratuito¹¹².

Nos Estados Unidos é que se encontra a posição mais liberal. Em alguns estados americanos, como o Arkansas e Nevada, admite-se a possibilidade da gestação por outrem nas modalidades gratuitas ou onerosas. Na Índia, a locação do ventre também é amplamente permitida.¹¹³

¹¹⁰ GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XIII, nº 291, 28 de fevereiro de 2009, p. 27.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 24.

¹¹² OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação da Barriga de Aluguel Gratuita e Onerosa: Legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22425104/contratacao-da-barriga-de-aluguel-gratuita-e-onerosa/1>>. Acesso em 01 out. 2016.

¹¹³ *Ibidem*.

Assim resta demonstrada a equivocada utilização do termo “barriga de aluguel”, eis que vedada qualquer forma de remuneração para ceder o útero, embora, como explicado, existam pessoas que assim façam.

Por essa razão, o procedimento aqui referido, ao longo do trabalho será tratado pela denominação “gestação substitutiva”.

3.2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A gestação substitutiva explanada alhures, somente é possível de ser concretizada através dos métodos de reprodução humana assistida.

A Reprodução Humana Assistida consiste em um termo médico que indica “a intervenção no processo reprodutivo para tentar solucionar os problemas de infertilidade, quando a concepção não ocorre de forma espontânea¹¹⁴”.

De forma mais técnica, tem-se a definição trazida pela Resolução nº 2.121/2015, através do item I, estabelece que “as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”¹¹⁵.

As técnicas de reprodução humana, por sua vez, surgem e rompem o conceito de família patriarcal, de origem romana, onde a consanguinidade era a única forma de determinar a filiação.

É cada vez mais comum recorrer aos procedimentos referidos, com finalidade de realizar o sonho de ter um filho, por mais que não seja da forma convencional.

Assim, no bojo desse capítulo, caberá a abordagem do tema relacionado à reprodução humana assistida, analisando todas as nuances pertinentes para construção da conclusão do presente trabalho.

¹¹⁴ FIGUEIREDO, Antônio Borges de; OLIVEIRA, Marcela Gallo de. **Salário Maternidade no RGPS**. São Paulo: LTr, 2007, p. 109.

¹¹⁵ Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.121 de 2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

3.2.1 O direito fundamental à reprodução humana assistida

A Constituição Federal Brasileira de 1988, não prevê explicitamente o direito de ter filhos, contudo, contempla o direito ao planejamento familiar, que inclui as situações de concepção e contracepção, respeitando a autonomia do casal.

Nesse sentido, pontua-se a lei 9.263/96, que regulamentou a aplicação do disposto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal de 1988, previu o planejamento familiar como direito de todo cidadão, definindo-o, em seu art. 2º, da seguinte maneira:

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.¹¹⁶

A despeito da referida lei não ter previsto expressamente, como direito fundamental, a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, em seu artigo 9º¹¹⁷, existe previsão implícita, de forma que, por raciocínio lógico, chega-se a esta conclusão, como bem asseverado por Ednara Pontes de Avelar Didier Uchôa¹¹⁸, veja-se:

Destarte, nota-se que o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida está implícito no sistema normativo pátrio. Não se pode discriminar a reprodução assistida frente à natural. Assim, estando o direito à procriação juridicamente tutelado, nele estão as duas modalidades de reprodução. Urge ainda destacar a força que tem esse direito, pois sendo fundamental, não se admite reforma constitucional tendente a suprimi-lo (art.60 §4º da CF)¹¹⁹.

Assim, acontece que a CF/88 equiparou ao princípio da dignidade humana, o direito ao planejamento familiar que, pela carta Magna, deveria ser assegurado pelo Estado.

Construindo esse raciocínio, em observância ao conceito de planejamento familiar previsto no art. 2 da lei 9.263/96, tem-se que seria do Estado o dever de assegurar meios eficazes para proporcionar a fecundidade na família. Dessa forma foi que o acesso às técnicas de reprodução humana assistida ganhou *status* de direito fundamental do ser humano pela Constituição Federal. Explica-se.

¹¹⁶ BRASIL. Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

¹¹⁷ Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

¹¹⁸ UCHÔA, Ednara Pontes de Avelar Didier. Do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p 121, jul/dez 2012, p. 121.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 122.

A expressão “fundamental” indica que se trata, à priori, de um direito imprescindível aos seres humanos e suas interrelações. Nesse sentido é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo¹²⁰

Esse direito fundamental está englobado na 3ª dimensão, na medida em que se configura um direito trans-individual (difuso). Isso quer dizer que o Estado, a partir da instituição desse direito, visa não somente proteger um grupo determinado de pessoas, mas sim todos os indivíduos e, nesse caso, todos os indivíduos estariam representados pelo fortalecimento da instituição familiar.

Corroborando com o raciocínio construído, importante ressaltar que, além das razões já expostas, a Constituição Federal consagra ainda o direito à saúde, em seu art. 6º. Desse modo, uma vez considerando a esterilidade é um problema de saúde, deve ser fornecido o seu tratamento, eis que a medicina fornece uma solução para isto.

Nesse íterim, Tycho Brahe Fernandes, ressalta a ideia de que todo cidadão terá o direito de exigir do Estado que lhe promova a saúde e, que nesse caso, existe tratamento eficaz para o problema¹²¹.

No mais, o direito de ter filhos é um desejo relevante e merecedor de tutela, não à toa o Direito criou o instituto jurídico da doação para casos em que haja impossibilidade natural de procriar¹²².

Assim, não há que se falar em ausência de previsão constitucional acerca do direito fundamental à reprodução, eis que a CF/88, através do seu art. 5º, §2º, ao dispor

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.

¹²¹ FERNANDES, Tycho Brahe. **A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito: Aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma legal, 2000. p. 138

¹²² MENDES, Christine Keler Lima Mendes. **Mães substitutas e a determinação da maternidade. Implicações da Reprodução Mediamente Assistida na Fertilização *in vitro* heteróloga**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 06 nov 2016.

que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”¹²³, deixa transparecer o entendimento do constituinte de não restringir os direitos fundamentais àqueles taxativamente previstos.

Neste ponto, deve-se atentar que além de um conceito formal para definição de direitos fundamentais, “há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado não constando no catálogo”¹²⁴. Destarte, importante diferenciar que enquanto o direito fundamental formal se relaciona ao direito constitucional positivo, o direito fundamental material diz respeito à matéria tratada sob análise.

Assim, face à interpretação construída, verifica-se a possibilidade de exprimir o caráter fundamental do direito ora discutido, de maneira que, em consonância com o disposto no art. 5º, §2º, conclui-se que o direito à reprodução humana pertence ao rol de direitos fundamentais.

3.2.2 Técnicas de Reprodução Humana Assistida

No início dos anos 90, eram cinco as técnicas de Reprodução Humana Assistida, sendo elas: a) a inseminação artificial; b) a fertilização ou fecundação *in vitro*; c) transferência intratubária de gametas; d) a transferência peritoneal de gametas; e) a transferência intratubária de embriões¹²⁵.

Contudo, como as pesquisas não param de avançar, atualmente já podemos falar de novas técnicas, dentre elas a troca de citoplasma, criação artificial de óvulos,

¹²³ Dispõe o art. 5º, § 2º: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78-79.

¹²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.96.

transplante de núcleo, congelamento de tecido ovariano, congelamento de óvulos e, ainda, a clonagem humana¹²⁶.

Assim, muito embora se ateste a existência das mencionadas técnicas de Reprodução Humana Assistida, como bem pontua Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹²⁷, caberá aqui discorrer sobre as principais, quais sejam inseminação artificial e a fertilização in vitro.

Essas formas de fertilização decorrentes da reprodução humana assistida devem ser analisadas detidamente por trazerem modificações às inúmeras relações travadas entre os seres humanos, proporcionando, por exemplo, que casais homoafetivos possam vir a ter filhos e, realizar sonhos de construir a sua própria família.

De mais a mais, faz-se uma observação em relação aos conflitos éticos existentes na abordagem desse tema. São inúmeras questões éticas estão envolvidas, de maneira que, não caberá aqui o seu aprofundamento, mas tão somente a exposição de fatos relevantes ao deslinde do raciocínio.

Através das técnicas que serão expostas adiante é que se terá efetivamente o cumprimento do direito fundamental à reprodução humana.

Em tempo, pontua-se que, quando da realização de qualquer procedimento de que auxilie na reprodução humana, devem ser, obrigatoriamente observados os quatro princípios regentes da bioética, quais sejam: o princípio da autonomia ou consentimento livre esclarecido¹²⁸; beneficência¹²⁹; não maleficência¹³⁰ e justiça¹³¹¹³².

¹²⁶ FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49-50.

¹²⁷ O autor pontua em seu livro "A nova filiação: O biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.96." que: "De acordo a medicina, até o início dos anos 90, eram cinco os métodos para a reprodução assistida: a) a inseminação artificial; b) a fertilização ou fecundação in vitro; c) a transferência intratubária de gametas; d) a transferência peritoneal de gametas; e) a transferência intratubária de embriões, sendo que os dois primeiros são os mais frequentes".

¹²⁸ Refere-se a "capacidade de uma pessoa para decidir fazer ou buscar aquilo que ela julga ser o melhor para si mesma. Para que ela possa exercer essa autodeterminação são necessárias condições fundamentais: a) capacidade para agir intencionalmente, o que pressupõe compreensão, razão e deliberação para decidir coerentemente entre as alternativas que lhe são apresentadas; b) liberdade, no sentido de estar livre de qualquer influência controladora para esta tomada de posição". LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética**. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>> Acesso em: 01 nov 2016.

¹²⁹ "O princípio da Beneficência obriga o profissional de saúde a ir além da Não Maleficência (não causar danos intencionalmente) e exige que ele contribua para o bem estar dos pacientes". LOCH,

3.2.2.1 Inseminação artificial

Essa é técnica consiste na introdução do esperma na vagina, por meio de uma cânula¹³³ ou por outros meios que não a cópula. É considerada, ainda, uma técnica complexa em razão de necessitar de um “cálculo exato da ovulação, pois o material germinativo masculino é introduzido no útero, devendo se desenvolver naturalmente durante a gestação¹³⁴”. Assim, afere-se que a fecundação deve ocorrer dentro do corpo da mulher, sendo portanto, classificada como um método intracorpóreo¹³⁵.

Foi a primeira técnica a ser praticada pela medicina. É requisitada, geralmente, quando existem dificuldades como a impotência masculina, incompatibilidade sexual entre os cônjuges, ou ainda, problemas de qualidade do esperma¹³⁶.

Em breve análise, pode-se considerar que a inseminação artificial é apenas um auxílio ao processo natural de fecundação humana. Isso porque, da mesma forma em que acontece na reprodução natural, não existe certeza quanto à fecundação do óvulo, podendo ela acontecer ou não¹³⁷.

Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética**. Disponível em: <
<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>> Acesso em: 01 nov 2016

¹³⁰ De acordo com esse princípio, “o profissional de saúde tem o dever de, intencionalmente, não causar mal e/ou danos a seu paciente”. LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética**. Disponível em: < <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>> Acesso em: 01 nov 2016

¹³¹ “O conceito de justiça deve fundamentar-se na premissa que as pessoas tem direito a um mínimo decente de cuidados com a sua saúde”. LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética**. Disponível em: < <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>> Acesso em: 01 nov 2016

¹³² RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. **Maternidade de substituição: aspectos éticos e jurídicos**. p. 400.

¹³³ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro:Lumen Iuris, 2008, p. 89.

¹³⁴ FERRAZ, Ana Cláudia de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. p. 40. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3830/arquivo2380_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 out 2016.

¹³⁵ SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição de Maternidade e da Paternidade. **Bioética**. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 50, 2010, p.350. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf. Acesso em: 30 out 2016.

¹³⁶ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *Op cit, loc cit*.

¹³⁷ *Ibidem, loc cit*.

Apenas a título de contribuição histórica, cabe colacionar passagem do livro “Famílias”, de Paulo Lobo:

A primeira tentativa conhecida de inseminação artificial heteróloga aconteceu na França em 1886, com animais. Em 1963 registrou-se a primeira inseminação com sêmen humano congelado, tendo havido sucesso em 1978, com o nascimento do primeiro “bebê de proveta” (Luise Brown) na Inglaterra. No Brasil, o primeiro “bebê de proveta” nasceu em 1984, no Paraná¹³⁸.

Ademais, esse tipo de reprodução humana assistida pode se dar através de duas diferentes maneiras: de forma homóloga ou heteróloga, que serão explicadas adiante.

3.2.2.2 Fertilização In Vitro

A técnica da fertilização *In Vitro* “consiste em retirar, normalmente por laparoscopia, um ou vários óvulos de uma mulher - sua produção é, geralmente, provocada por estimulação hormonal – e colocá-los em meio nutritivo”¹³⁹.

Em outras palavras “um óvulo maduro é extraído do ovário feminino e misturado na proveta, ao sêmen do marido, companheiro ou doador, a fim de que se processe a fecundação¹⁴⁰”.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (*ZibotIntraFallopianTransfer*), que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (*Gameta IntraFallopianTransfer*), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião.¹⁴¹

¹³⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 224.

¹³⁹ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *Op. cit.*, 2008, p. 91.

¹⁴⁰ FERRAZ, Ana Claudia de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.** p. 42. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3830/arquivo2380_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 out 2016

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.610.

Essa técnica é indicada para casos onde a mulher possua endometriose, esterilidade (tubária bilateral ou sem causa aparente) ou ainda, em razão da hipofertilidade masculina¹⁴².

O seu primeiro êxito é datado de 1978, e somente foi possível a partir da utilização da técnica de congelamento de embriões, que funcionou como mola de propulsão na disseminação desta técnica de reprodução.

Na época, causou espanto na sociedade em razão da ideia de que a vida humana pudesse ser ministrada em laboratório, gerando uma série de problemas éticos, que até hoje podem ser discutidos¹⁴³.

3.2.3 Formas de Reprodução

São duas as diferentes formas da reprodução humana assistida se efetivar. Tem-se a forma homóloga e a heteróloga.

Será homóloga quando “os gametas utilizados são os dos próprios interessados na procriação, ou seja, do casal e, desse modo, a criança a nascer terá informação genética de ambos¹⁴⁴”.

Por outro lado, será heterólogo quando “são utilizados gametas de terceiros – tanto na doação de espermatozoides, quanto na doação de óvulos -, diante da impossibilidade do homem e/ou mulher fornecerem os seus próprios gametas¹⁴⁵”.

Por óbvio, a reprodução heteróloga causa maiores problemas no âmbito jurídico, e isso tem um motivo de ser. Podem existir situações em que nenhuma parte do material genético do filho seja dos pais requerentes da reprodução assistida.

Aqui, pode-se pontuar o conflito entre o direito à intimidade e privacidade do doador de material genético e o direito da criança de conhecer a sua origem biológica. Esse

¹⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e odireito: aspectos médicos, religiosos, psicológico, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.41.

¹⁴³ FERRAZ, Ana Claudia de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. p. 44. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3830/arquivo2380_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 out 2016

¹⁴⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.724.

¹⁴⁵ *Ibidem, loc. cit.*

problema acaba gerando consequências ainda no ramo do direito das sucessões, na medida em que o filho será biologicamente de um pai, ao tempo que será presumidamente filho de quem o registra e se propõe a cria-lo.

Verifica-se, pois, que os conflitos bioéticos decorrentes dos métodos de reprodução humana assistida, em especial as formas heterólogas, eis que a terceira estará biologicamente ligada ao filho, cedendo para ele o seu material genético, enquanto a mãe solicitante/institucional pode, inclusive, não ter qualquer coincidência genética com o seu filho.

Dessa forma discute-se até que ponto a mãe hospedeira estará ligada ao filho, se poderá abdicar de entrega-lo à mãe solicitante após o seu nascimento. Para responder essa pergunta, necessário retornar ao tópico que tratou sobre a natureza jurídica da gestação substitutiva, para analisar o vínculo jurídico que ligam os solicitantes à mãe hospedeira.

Em seu livro, Maria Helena Diniz enumera alguns outros problemas decorrentes da reprodução heteróloga, a saber: desequilíbrio da estrutura básica do matrimônio, por contrariá-la no que atina ao pressuposto biológico da concepção; falsa inscrição no registro civil, ante a previsão contida no art. 1.597 CC¹⁴⁶; introdução numa família de pessoa sem patrimônio genético correspondente ao do marido; arrependimento posterior de ambas as partes, podendo ensejar motivos para prática de aborto¹⁴⁷.

3.2.4 Regulamentação legal

No tocante às leis regulamentadoras da reprodução humana assistida, incumbe dizer que o Brasil enfrenta um “vazio normativo”, ante a ausência de norma que regule de forma minuciosa esse tipo de relação jurídica.

A única lei vigente que trata, mesmo que superficialmente, das formas de reprodução humana assistida é o Código Civil de 2002 quando, em seu artigo 1.597,

¹⁴⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

¹⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 619 *et seq.*

V, versa acerca da presunção de filiação dos filhos concebidos pela utilização desta técnica. Veja-se:

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.¹⁴⁸

Ademais, cabe salientar apenas algumas tentativas frustradas de regulamentação legislativa, através dos projetos de lei 3.638-93 de autoria do Deputado Luiz Moreira e do projeto de lei 2855/97 do Deputado Confúncio Moura que, em seu bojo buscavam a transcrição da resolução 1.358/92 do CFM, sem acrescentarem conteúdo em relação aos efeitos jurídicos das TRHA¹⁴⁹.

Posto isto, é fácil perceber que não existe regulamentação legislativa acerca da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, sendo o ordenamento jurídico lacunoso nesse aspecto.

Frise-se que a existência de lacuna normativa em nada se relaciona com a relevância do assunto sob comento, tendo em vista que, torna-se cada vez mais comum recorrer aos procedimentos de reprodução assistida no Brasil.

A título de informação, o 9º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), elaborado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), informou que existem no Brasil 141 clínicas de reprodução assistida, que realizaram ao todo 73.472 transferências de embriões em pacientes submetidas a técnicas de fertilização *in vitro*, apenas no ano de 2015¹⁵⁰.

Em razão disso, as relações decorrentes das formas de reprodução assistida não possuem regulamentação legislativa própria, de maneira que o judiciário vem se

¹⁴⁸ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 01 out 2016.

¹⁴⁹ FERRAZ, Ana Cláudia de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da personalização.** p. 56. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3830/arquivo2380_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 out 2016.

¹⁵⁰ Dados disponíveis em: <<http://www.fertilcare.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Relatorio-SisEmbrio.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2016.

utilizando das resoluções do Conselho Federal de Medicina, em especial as Resoluções 1.358/92, 1957/2010, 2013/2013 e 2.121/2015, uma vez que elas, ao menos minimamente, regulamentam os procedimentos para reprodução humana assistida.

Dessa maneira, dar-se-á nesse capítulo grande importância para o conteúdo das Resoluções, eis que é onde o tema encontra regulamentação.

3.2.5 Pessoas autorizadas

O direito de reprodução, por certo, deve ser analisado com sua devida importância, justamente porque criar um filho, nas palavras de Maria Helena Diniz, “não é uma questão de laboratório, mas obra do amor humano”. E continua: “O ideal seria que se evitasse rebaixar o mistério da concepção, divorciando-o de um ato de amor, convertendo-o em um experimento de laboratório, o que pode trazer futuramente graves consequências para o casal e para o filho¹⁵¹”.

Não à toa, o Conselho Federal de Medicina regulamentou, através da resolução nº 2.121/2015 alguns aspectos sobre a gestação substitutiva:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3- Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

¹⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.613.

- 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;
- 3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- 3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- 3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.¹⁵²

Essa resolução veda expressamente o caráter comercial da cessão do útero, conforme se observa do item 2, algo já tratado com maior profundidade no tópico 3.1.3 do presente trabalho monográfico.

De mais a mais, tem-se ainda a importante e limitadora estipulação das pessoas previamente autorizadas à realização da gestação por substituição. A resolução determina, em seu item 1, que poderão realizar a cessão do útero àquelas pessoas que guardem um nível de parentesco com os pais institucionais do bebê em até 4º grau (mãe, irmã, primas e tia).

No Brasil, o caso precursor envolvendo a gestação substitutiva ocorreu em Pernambuco. Em 2007, a Sra. Rozinete Almeida Serrão, de 51 anos, deu luz à dois gêmeos, após emprestar o útero para a sua filha que tinha o útero atrofiado, impossibilitando que tivesse qualquer filho. Foram considerados os primeiros gêmeos advindos de uma gestação substitutiva¹⁵³.

Antigamente, quando da vigência da Resolução 1957/2010, as doadoras temporárias do útero deveriam pertencer à família da doadora genética, num parentesco de até 2º grau. Contudo, buscando maior adequação à realidade fática, o grau de filiação foi expandido para parentesco de até 4º grau pela Resolução 2013/2013, mantendo-se da mesma forma pela Resolução 2.121/2015.

¹⁵² Conselho Federal de Medicina. Resolução **CFM nº 2.121 de 2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

¹⁵³ FERRAZ, Ana Cláudia de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da personalização**. p. 49. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3830/arquivo2380_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 out 2016

Não quer dizer que não se possa estender essa permissão para pessoas que não preenchem esse requisito. Nesses casos, a autorização não é prévia, devendo o caso se submeter à análise do Conselho Federal de Medicina, que deliberará sobre a possibilidade ou não, da sua realização.

Essa limitação relativa guardando relação com os pais institucionais do bebê é importante. Explica-se. Essa restrição tem por objetivo evitar que as pessoas recorram ao procedimento por outra razão que não seja buscar a efetividade do direito fundamental à reprodução humana, seja por questões estéticas, por questões pessoais.

Da mesma forma que a restrição é importante, a sua relatividade também é. Isso porque, poderão existir casos em que não seja possível enquadrar qualquer pessoa neste grau de parentesco. Dessa maneira não poderia a família ter o seu direito fundamental cerceado, demonstrando então a importância da análise do caso concreto para concessão ou não da autorização para realização do procedimento.

Existe ainda, consoante dispõe a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015, Seção IV, n. 8¹⁵⁴, prévia vedação em relação ao médico responsável pela clínica ou pela realização da reprodução assistida, bem como qualquer dos integrantes da sua equipe, que estão legalmente impedidos de ser doador, no que diz respeito a forma de reprodução heteróloga.

3.2.6 Princípio da “*Mater Semper Certa Est*”

No Brasil, para o direito, prevalecia a ideia de que havia uma segurança na identificação da mãe do nascituro, restando dúvidas somente quanto a figura paterna. Isso porque, seria considerada mãe aquela que concebeu e gestou determinada criança¹⁵⁵.

¹⁵⁴ 8- Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

¹⁵⁵ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “*in vitro*” da bioética ao biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro:Lumen Iuris, 2008, p. 99.

Esse princípio preceitua que, em tradução literal, “a mãe sempre será certa” devida à convicção humana quanto à certeza da maternidade diante da coincidência entre a verdade biológica e a verdade jurídica verificada através da gravidez e do parto.

Ocorre que, em razão da gradativa evolução nas técnicas de reprodução humana assistida, esse princípio começou a ser colocado em xeque, uma vez que surgiram questionamentos em caso de gestação substitutiva, quem será a mãe? A que cedeu o óvulo, a que gestou a criança ou a que encomendou e se propõe a educá-la? ¹⁵⁶

Essa “incerteza” quanto a quem será a mãe da criança gera consequências no ordenamento jurídico, de forma influenciar diretamente na concessão ou não de algum benefício.

Nesse sentido, parte da doutrina apresentou uma solução, apresentando definições distintas para a figura da mãe. Seriam as mães biológicas e as mães sociais, sendo, respectivamente, àquelas que realizaram a gestação do bebê e àquelas que criam e educam o bebê ¹⁵⁷.

Assim, tem-se que é perfeitamente possível a diferenciação das mães, não implicando necessariamente em critério de exclusão, concedendo apenas a uma ou outra determinado direito.

3.3 O TRATAMENTO FORNECIDO PELAS RESOLUÇÕES DO CFM

No Brasil não existe uma lei específica para regulamentar a fertilização assistida. Nesse contexto, buscando uniformizar o uso das técnicas de reprodução assistida, coube ao Conselho Federal de Medicina elaborar a Resolução 1.358/92, a fim de estabelecer as normas para utilização das técnicas de reprodução assistida ¹⁵⁸.

Essa resolução foi a primeira a tratar sobre o tema. Proibia a utilização de técnicas para selecionar o sexo ou qualquer outra característica do filho, bem como não

¹⁵⁶ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro:Lumen Iuris, 2008, p. 100.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 102.

¹⁵⁸ HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda, LEITE, Tatiana Henriques. Resolução CFM 1.957/10: principais mudanças na prática da reprodução humana assistida. **Revista Bioética**, v. 20, n. 3, 2012, p.2. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/760/813>. Acesso em: 01 out. 2016.

estabelecia limites de idade para a pessoa se submeter ao procedimento. Além disso, autorizava a transferência de até quatro embriões por procedimento.

Após 18 anos em vigor, essa resolução foi completamente revogada pela resolução 1.957/10 do CFM.

A nova resolução ascendeu consagrando os mesmos aspectos, apenas fornecendo tratamento mais adequado à atualidade, introduzindo quatro diferentes modificações: permite a utilização de reprodução humana assistida por todas as pessoas que desejaram o tratamento; limitava o número de embriões transferidos de acordo com a idade do paciente; regularizava a reprodução *post mortem*; e, por fim, prevê a possibilidade de criopreservar apenas embriões saudáveis¹⁵⁹.

Foram mudanças substanciais. Isso porque, ao autorizar a utilização das técnicas de reprodução humana assistida para qualquer pessoa, autorizava-se, inclusive, casais homoafetivos¹⁶⁰, o que antes não era possível¹⁶¹.

A limitação quanto ao número de embriões transferidos a depender da idade da paciente seguia a orientação mundial, a fim de se buscar a redução das complicações no período gestacional¹⁶². Nesse sentido, dispunha a resolução:

I – PRINCÍPIOS GERAIS:

(...)

6 - O número máximo de óocitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões¹⁶³.

¹⁵⁹ HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda, LEITE, Tatiana Henriques. Resolução CFM 1.957/10: principais mudanças na prática da reprodução humana assistida. **Revista Bioética**, v. 20, n. 3, 2012, p.2 Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/760/813 Acesso em: 01 out 2016.

¹⁶⁰ Neste ponto importante ser observado que, em se tratando de casais homoafetivos femininos o acesso às referidas técnicas já era facilitado, haja vista que a própria mulher receberia o embrião para realizar a gestação. Contudo, como bem elucidado no artigo ora referenciado, na maioria das vezes, uma das mulheres representante do casal homoafetivo se fazia passar por solteira, para não ter que suportar os preconceitos que atingem essas pessoas.

¹⁶¹ HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda, LEITE, Tatiana Henriques. *Op cit.*

¹⁶² *Ibidem.*

¹⁶³ Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.957, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em: 01 out 2016.

Quanto à possibilidade de criopreservar somente embriões saudáveis, abre-se espaço para destruição dos embriões excedentes, de forma a inviabilizar a sua utilização para outros fins que não àqueles previamente autorizados¹⁶⁴.

Por derradeiro, a regularização da utilização *post mortem* é considerada, por muitos, a maior novidade. Isso porque, exigia-se do cônjuge do de cujus um termo previamente assinado por este, autorizando a utilização do seu material genético mesmo após a sua morte¹⁶⁵. Veja-se:

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológicocriopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Não obstante, embora tenha avançado na contextualização com os novos acontecimentos, imperiosa se fez a atualização da Resolução CFM 1.957/10¹⁶⁶. Explica-se.

A resolução que antecedeu a de nº 1.957/10 esteve em vigência durante longos 18 anos, época em que não foram observadas as evoluções científicas, tornando-a obsoleta.

Assim, para não acontecer o mesmo equívoco, em 2013, o CFM publicou uma nova resolução, buscando maior adequação à realidade então vivenciada.

Como inovação trouxe uma limitação etária visando estabelecer uma segurança na realização dos procedimentos de reprodução assistida. Forneceu a idade máxima para mulheres receberem o óvulo (até 50 anos), a idade máxima para doação de espermatozoides (até 50 anos) e a idade máxima para doação de óvulos (35 anos)¹⁶⁷.

¹⁶⁴ HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda, LEITE, Tatiana Henriques. Resolução CFM 1.957/10: principais mudanças na prática da reprodução humana assistida. **Revista Bioética**, v. 20, n. 3, 2012, p.2 Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/760/813 Acesso em: 01 out 2016.

¹⁶⁵ Conselho Federal de Medicina. *Op. cit.* Acesso em: 01 out 2016.

¹⁶⁶ LEITE, Tatiana Henriques; HENRIQUES, Rodrigo de Arruda de Holanda. Resolução CFM 1.957/10: principais mudanças na prática da reprodução humana assistida. **Revista Bioética**, v. 20, n. 3, 2012, p.2 Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/760/813 Acesso em: 01 out. 2016.

¹⁶⁷ As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que se observe o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: a existência de probabilidade efetiva de sucesso; que não represente risco

O critério etário como requisito limitador para definir quem estaria, ou não, apta a realizar a reprodução humana assistida é bastante criticado por Ednara Pontes Avelar Didier Uchôa. Isso porque, não há como aplicar uma regra para todas as mulheres, sendo a melhor escolha definir de acordo com o caso concreto a (im)possibilidade de se submeter aos referidos procedimentos¹⁶⁸.

Além do mais, a resolução 2013/2013 do CFM, estabeleceu limite para doação de gametas, bem como permitia a utilização da “tipagem genética¹⁶⁹”, desde que fosse utilizada com intuito de evitar doenças hereditárias.

Nesse sentido, buscando o aperfeiçoamento das práticas de reprodução assistida, bem como fornecendo maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, adveio a resolução 2.121/2015 do CFM alterou alguns dos requisitos criticados na resolução anterior.

A idade máxima para recebimento de óvulos, antes estipulada nos 50 anos, agora não possui mais limite etário. Explica-se.

Antes, pela Resolução 2013/2013 do CFM, a mulher, maior de 50 anos, não poderia se sujeitar à realização dos procedimentos de reprodução humana assistida, por expressa vedação da resolução vigente. Contudo, com o advento da Resolução 2.121/2015, relativiza-se essa limitação, bastando para tanto, que assuma os riscos, junto com o seu médico, de uma gravidez tardia¹⁷⁰.

grave de saúde para a paciente ou o possível descendente e, por fim, respeite a idade máxima autorizada à gestação de RA é de 50 anos.

¹⁶⁸ Ednara Pontes de Avelar Didier Uchôa, em seu artigo “Do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida” pontua: “Parece que o melhor entendimento é o que vem sendo defendido ao longo do presente estudo, qual seja: o de que apenas diante do caso concreto seria possível analisar de forma mais precisa a existência ou não do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, devendo tal direito ser sopesado frente aos direitos e princípios que norteiam a questão.

¹⁶⁹ Em nota de rodapé do seu artigo “Do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida”, Ednara Uchôa pontua: “É chamada a tipagem HLA, que consiste na identificação laboratorial dos genes que codificam o HLA do indivíduo, e tem como finalidade, dentre outras: determinar o grau de histocompatibilidade entre doador e receptor. Nesses casos serviria para doação entre um filho pré-existente e outro que ainda será gerado.

¹⁷⁰ Em reportagem disponível no portal do Conselho Federal de Medicina, o coordenador da Câmara Técnica de Ginecologia e Obstetrícia do CFM, José Hiran Gallo, esclarece: “Pela saúde da mulher e da criança, continuamos defendendo o limite máximo de 50 anos, mas caso ela, após esclarecimento de seu médico, decida pela gravidez e assuma os riscos junto com ele, entendemos ser possível o uso das técnicas de reprodução”. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25753:2015-09-22-15-52-49&catid=3> Acesso em: 01 out 2016.

O grande problema é que, sendo uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, tem o condão de, tão somente, orientar os médicos, quanto ao posicionamento ético na realização de seu trabalho, sendo normas de caráter deontológico¹⁷¹.

Ocorre que, em razão do vazio em relação às normas jurídicas, a Resolução que, *a priori*, tinha como finalidade orientar os médicos quanto ao exercício da profissão, passam a serem utilizadas no campo jurídico, orientando os magistrados no julgamento das causas.

Transmuda-se, portanto, o caráter meramente deontológico da Resolução do Conselho Federal de Medicina, eis que o poder judiciário vem fornecendo a coercibilidade, inerente às normas jurídicas, para a Resolução.

Em suma, em que pese a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico, as Resoluções não demonstram ser suficientes para abarcar as mais diversas situações, de forma que é necessário a elaboração de uma norma jurídica específica para tratar sobre o tema, evitando assim a aplicabilidade da Resolução que, no momento da sua criação, não tinha essa finalidade.

Assim, por ser a única norma que estabelece parâmetros para utilização de técnicas de reprodução assistida, cobra-se maior constância em suas atualizações, de forma a viabilizar sua aplicação em outros ramos, e não só o da medicina.

¹⁷¹ UCHÔA, Ednara Pontes de Avelar Didier. Do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p 121, jul/dez 2012, p. 129.

4 A (IM)POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA LICENÇA MATERNIDADE EM CASOS DE GESTAÇÃO SUBSTITUTIVA

Após firmar as premissas necessárias para o desenvolvimento de uma conclusão, através de um breve esboço histórico acerca da gradativa evolução do trabalho da mulher, além da abordagem completa acerca da gestação substitutiva e suas consequências, encaminha-se o desfecho do presente trabalho monográfico.

Neste capítulo, será analisada a (im)possibilidade da concessão da licença maternidade para casos que envolvam maternidade por substituição, observando os direitos fornecidos à mulher em decorrência da maternidade em nosso ordenamento jurídico e quais os requisitos necessários para faz jus à esses direitos.

Será feita uma abordagem da licença maternidade, desde a estabilidade provisória gestante, até a concessão do salário maternidade, analisando a possibilidade de extensão dos direitos à mãe institucional e não apenas à mãe que cedeu o útero.

4.1 ASPECTOS GERAIS

A licença maternidade consiste no período em que a mulher fica, provisoriamente, afastada do trabalho em decorrência da gravidez, sem, contudo, ter o seu salário afetado por isso.

Possui previsão expressa na Constituição Federal, em seu art. 7º, XVIII e, atualmente alcançou, jurisprudencialmente, o status de um direito fundamental das trabalhadoras¹⁷². Além disso, verifica-se o reflexo da norma constitucional na CLT,

¹⁷² LICENÇA-MATERNIDADE. DIREITO FUNDAMENTAL. SERVIDORA PÚBLICA. PRORROGAÇÃO PREVISTA EM LEI MUNICIPAL. DEVIDA. A licença-maternidade constitui direito fundamental, cujo objetivo é tutelar o vínculo afetivo entre mãe e filho. A proteção à infância é o bem maior a ser preservado por ser essencial à formação de um cidadão sadio física e psicologicamente. Deste modo, a interpretação da lei municipal, que instituiu a prorrogação da licença-maternidade pelo prazo de 60 dias, deve se pautar pela diretriz (TRT-15 - RO: 58096 SP 058096/2012, Relator: TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI, Data de Publicação: 27/07/2012) Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSO&pIdProc=1839468&pDbLink=>>>. Acesso em 01 nov 2016.

onde, através do art. 131¹⁷³, ficou determinado que não será considerada como ausência do empregado o período em que estiver em gozo de licença.

São sujeitos ativos do mencionado benefício qualquer trabalhadora rural ou urbana que contribua com a Previdência Social. As mulheres que não possuam trabalho remunerado também farão jus à licença maternidade, devendo observar, entretanto, a carência prevista de dez meses de contribuição previdenciária.

Essa carência, assim como todas as carências estipuladas pelo direito previdenciário, deve observar o princípio da solidariedade, norteador do sistema da previdência social, pelo qual deve se ter em vista “não a proteção de indivíduos isolados, mas de toda a coletividade”¹⁷⁴. Assim, não é permitida a sua contribuição em uma só vez, devendo ser contabilizados os dez meses de filiação ao sistema com a efetiva contribuição, eis que, em verdade o contribuinte não contribui para si, mas para o outro.

Para que seja viabilizada a sua concessão, a empregada deverá notificar o seu empregador, mediante atestado médico, quando pretende iniciar o seu afastamento no emprego.

O período de concessão/gozo do benefício deve respeitar a previsão contida no artigo 392, §1 da CLT¹⁷⁵, onde está estabelecido que o afastamento pode ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e a ocorrência deste. E a sua duração poderá variar entre 4 a 6 meses (ou 120 a 180 dias). O §2º do mesmo artigo, determina ainda que poderão ser aumentados em mais duas semanas cada um dos períodos de afastamento, mediante atestado médico fornecido pelo SUS – Sistema Único de Saúde, valendo para situações excepcionais.

¹⁷³ Art. 131 – Não será considerada falta ao serviço para os efeitos do artigo anterior, a ausência do empregado: (...) II – durante o licenciamento compulsório da empregada por motivo de maternidade ou aborto, observados os requisitos para percepção do salário-maternidade custeado pela Previdência Social.

¹⁷⁴ KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de Direito Previdenciário**. 9 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 56.

¹⁷⁵ Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 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.

Os 180 dias de licença maternidade somente serão possíveis desde que seja observado o disposto pela Lei 11.770/08¹⁷⁶, criadora do Programa Empresa Cidadã, que tem por finalidade garantir mais 60 (sessenta) dias de licença maternidade à gestante, sendo necessária, entretanto, a observância de duas condições, quais sejam: que a empregada gestante solicite a prorrogação que faz jus até o final do primeiro mês após o parto; e, seja concedida realmente como uma extensão aos 120 dias, com fruição imediatamente após o término dos 120 dias.

São autorizados a instituírem o programa a administração pública, direta, indireta e fundacional¹⁷⁷, ou a pessoa jurídica tributada com base no lucro real¹⁷⁸, de maneira que apenas quem trabalhe nessas condições é que fará jus à prorrogação.

Importante salientar ainda que, existe expressa disposição normativa no sentido de que é vedado à empregada que estiver em gozo da prorrogação da licença maternidade prevista pela Lei 11.770/08, exercer qualquer atividade remunerada ou mesmo deixar a criança em creche ou organização semelhante¹⁷⁹.

De mais a mais, tem-se que a evolução histórica do benefício se diferencia em duas diferentes fases, que utilizam como referência a convenção nº 103 da OIT, de 1952.

A 1ª fase é a anterior a promulgação, através do Decreto 58.820/66, onde, muito embora subscritor da referida convenção, o Brasil “não conferia efetiva eficácia social ao critério jurídico acobertado pelo diploma internacional¹⁸⁰”. Mauricio Godinho pontua ainda que, até a década de 1970, apesar de existir disposição legal em contrário, determinando expressa vedação do referido dispositivo, a ordem jurídica à época definia que era de competência do empregador arcar com os custos de todas

¹⁷⁶ BRASIL. **Lei 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm> Acesso em: 01 out. 2016.

¹⁷⁷ Está previsto no art. 2º da Lei 11.770/08 essa possibilidade: “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”.

¹⁷⁸ Possui previsão no art. 5º da Lei 11.770/08: Art. 5º A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada e do empregado pago nos dias de prorrogação de sua licença-maternidade e de sua licença-paternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

¹⁷⁹ Dessa maneira dispõe o art. 4º da Lei 11.770/08: Art. 4º No período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade de que trata esta Lei, a empregada e o empregado não poderão exercer nenhuma atividade remunerada, e a criança deverá ser mantida sob seus cuidados.

¹⁸⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTR, 2015, p.1165.

as parcelas de natureza trabalhistas durante o período de afastamento da empregada¹⁸¹.

Posteriormente, essa responsabilidade foi transferida para Previdência Social, conforme determinado pela Lei nº 6.136/1974¹⁸², passando desde então a ser um benefício de natureza trabalhista, arcado pela previdência social.

Essa foi uma importante medida tomada para concretização da isonomia no ambiente de trabalho, facilitando a concorrência entre homens e mulheres. Isso porque acabou por retirar dos empregadores os custos pela maternidade de suas empregadas, o que, no pensamento empresarialista, era um grande fator de desvantagem para mulheres quando comparado com o trabalho masculino.

Uma vez explicada a forma de funcionamento geral para concessão do benefício, aprofunda-se um pouco mais o tema para que se discuta os fundamentos para existência deste benefício.

4.2 FUNDAMENTOS DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA LICENÇA MATERNIDADE

Como pode ser visto no bojo deste trabalho, foi dispensado à mulher um tratamento diferenciado ao longo da história do direito do trabalho, tratamento diferenciado este que não implica, necessariamente, em um tratamento melhor.

Muito pelo contrário. A evolução dos direitos trabalhistas para mulheres funcionou de forma muito mais lenta e gradativa quando em comparação aos homens. Não obstante as normas gerais regulamentadoras do trabalho da mulher, importante agora focar no tratamento à maternidade feminina.

A situação da maternidade, por refletir uma consequência da nítida distinção biológica entre homens e mulheres, foi tratada com maior atenção pelo legislador. Aliás, isso era necessário. Era preciso resguardar o mercado de trabalho da mulher quando esta se encontrava grávida ou ainda no período pós parto, que, por óbvio,

¹⁸¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTR, 2015, p.1165.

¹⁸² BRASIL. **Lei n.º 6.136**, de 07 de novembro de 1974. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm>. Acesso em: 30 out 2016.

são situações em que precisava de maior cuidado, seja para cuidar de si, ou para prestar maior assistência ao seu filho, em prol do bom desenvolvimento familiar.

Nesse contexto advém a licença maternidade e, para ser mais bem compreendida, caberá aqui analisar a sua natureza jurídica e a sua natureza social.

4.2.1 Natureza Jurídica

Quando se está tratando da Licença Maternidade é de suma importância realizar uma análise do instituto e conceituá-lo quanto à sua natureza jurídica.

Nesse sentido, surge o questionamento acerca dos efeitos gerados pela concessão do referido benefício. Assim, tem-se que são duas as formas de esterilizar os efeitos das cláusulas, que são as modalidades de interrupção ou suspensão contratual.

Nas palavras de Maurício Godinho, a suspensão contratual é “a sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho no tocante às partes, em virtude de um fato juridicamente relevante, sem ruptura, contudo, do vínculo contratual”¹⁸³.

Ou seja, no período que engloba a suspensão contratual, os principais deveres inerentes à relação de emprego, quais sejam a prestação pecuniária por parte do empregador e o dispêndio de energia do empregado, são temporariamente relevados, em razão de algum fato juridicamente relevante. Isso significa que, o empregado não trabalha e, por isso, não recebe a contraprestação a que teria direito. Os direitos estão suspensos, mas não há cancelamento do vínculo contratual.

O período de interrupção contratual, por sua vez, fica caracterizado pelo recebimento do salário pelo empregado, mesmo sem haver a contraprestação, o dispêndio da força de trabalho.

Para Maurício Godinho a interrupção resta caracterizada pela “sustação temporária da principal obrigação do empregado no contrato de trabalho (prestação de trabalho

¹⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTR, 2015, p.1145.

e disponibilidade perante o empregador), em virtude de um fato juridicamente relevante, mantidas em vigor de todas as demais cláusulas contratuais”¹⁸⁴.

Em casos onde há concessão da Licença Maternidade, não há consenso na doutrina quanto aos efeitos aplicáveis. Octavio Bueno Magano¹⁸⁵, por exemplo, entende ser hipótese de suspensão contratual, justificando para tanto que, em razão da Previdência Social arcar com o salário da trabalhadora, não haveria dever do empregador em remunerar, configurando-se a suspensão contratual. Veja-se:

Assegura-se a licença de 120 dias na hipótese de parto antecipado e duas semanas em caso de aborto não criminoso. Situamos essas hipóteses como de suspensão do contrato de trabalho, porque não há salário. A retribuição, conforme salientado, é paga pelo órgão previdenciário.¹⁸⁶

Todavia, maior parte da doutrina, em destaque Sérgio Pinto Martins¹⁸⁷, entende ser clara a ocorrência de uma interrupção contratual, na medida em que, embora a Previdência que tenha responsabilidade em remunerar a trabalhadora, o tempo de serviço continua a ser contado normalmente, é nítida a ocorrência de uma interrupção contratual.

Adota-se aqui o entendimento majoritário, eis que através da análise do quanto disposto no art. 7º, XVIII¹⁸⁸, tem-se a previsão de que a licença gestante deverá ser concedida sem prejuízo do emprego e do salário¹⁸⁹.

Assim, o dispositivo mencionado apenas corrobora com todo o exposto, ao determinar que, mesmo quando do gozo da licença maternidade, a empregada não deixará, sequer, de receber o seu salário.

Nesse íterim, é relevante notar que tanto a suspensão quanto a interrupção não se confundem com as alterações objetivas do contrato e garantias. Aqui, não existe mudança no objeto do contrato, os termos contratados continuam idênticos, mas apenas há uma modificação quanto aos seus efeitos, enquanto as alterações

¹⁸⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTR, 2015, p.1145.

¹⁸⁵ MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. v.II., São Paulo: LTr, 1993. p. 316.

¹⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTR, 2016. p.573.

¹⁸⁷ “O salário maternidade é um pagamento feito pelo INSS à empregada durante os 120 dias de licença maternidade. O tempo de serviço é contado normalmente durante p afastamento, tratando-se assim, de hipótese de interrupção do contrato de trabalho”. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 395

¹⁸⁸ 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;

¹⁸⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.219.

objetivas significam mudança no próprio objeto do contrato, quando há uma mudança de função, por exemplo.

Por fim, mas não menos importante, há que se pontuar ainda que as normas de proteção à maternidade como um todo, possuem natureza de normas imperativas e insusceptíveis de disponibilidade¹⁹⁰ e, assim sendo, são normas que independentemente do consentimento da empregada gestante devem ser respeitadas, não podendo o empregador exigir o labor da sua empregada quando estiver em período de gozo da licença maternidade, sob pena de ter que arcar com os salários decorrentes da prestação de serviços, além da penalidade administrativa prevista art. 401 da CLT¹⁹¹.

Ou seja, o período temporal reservado à mulher pela licença maternidade deve ser atendido e respeitado em sua integralidade, não havendo relativização nesse aspecto.

Analisada e concluída a natureza de uma interrupção contratual da licença maternidade, deve-se agora adentrar na análise social do benefício.

4.2.2 Natureza social

Quanto a natureza social da licença maternidade, tem-se que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 6º, como um direito social, “a proteção à maternidade e à infância¹⁹²”.

Partindo do quanto disposto no art. 6º da CF/88, percebem-se dois diferentes direcionamentos, onde a Carta Magna revela preocupação não apenas com o infante, mas também com a mãe da criança.

Depreende-se então a licença maternidade como forma de auxiliar na adaptação do bebê em seio familiar, ao mesmo tempo em que, ao se falar em proteção à

¹⁹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTR, 2016. p. 711.

¹⁹¹ Determina a CLT que Art. 401 - Pela infração de qualquer dispositivo deste Capítulo, será imposta ao empregador a multa de cem a mil cruzeiros, aplicada, nesta Capital, pela autoridade competente de 1ª instância do Departamento Nacional do Trabalho, e, nos Estados e Território do Acre, pelas autoridades competentes do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio ou por aquelas que exerçam funções delegadas.

¹⁹² A Constituição Federal dispõe que: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

maternidade, fica fácil a compreensão de que está se referindo ao auxílio na recuperação da gestante em razão do período de gravidez.

Primeiramente, quanto à proteção fornecida ao infante, é importante pontuar que a Carta Magna brasileira atribui, em seu conteúdo, grande importância à instituição familiar, de modo que termina por consagrar o direito ao planejamento familiar.

Assim, a concessão da licença remunerada para a mãe e para o pai, tem, como uma de suas funções, dar efetividade à previsão constitucional, garantindo maior presença dos pais quando do nascimento do bebê.

Em razão da previsão expressa acerca da existência de um direito ao planejamento familiar é que se consegue, através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, verificar a existência de alguns princípios que servem como suporte para interpretação desta previsão constitucional.

Nesse plano estão os princípios da afetividade, da solidariedade familiar, da proteção integral à criança, além do princípio do melhor interesse da criança, que merecerão maior atenção no decorrer deste tópico.

O princípio da afetividade encontra previsão no art. 226, §4¹⁹³, e no art. 227¹⁹⁴, *caput*, §6. Esse princípio pode ser considerado o norteador da organização familiar, uma vez que, consoante se extrai da interpretação da Constituição Federal, esse princípio deve reger qualquer relação familiar, compreendendo por família não apenas a filiação biológica, mas também a filiação sócioafetiva¹⁹⁵. Ou seja, independe de existir uma figura de pai e mãe biológicos, ou, por exemplo, ser filho de um casal homossexual. À luz desse princípio os laços sanguíneos embora considerados, não são mais absolutos, devendo prevalecer os laços de afeto, em qualquer tipo de família.

¹⁹³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁹⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁹⁵ SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400. Acesso em 02 nov 2016.

O princípio da solidariedade familiar, por sua vez, surge através da interpretação do art. 3º, I, da CF/88, que prevê a solidariedade social. Para Paulo Lobo o princípio jurídico da solidariedade é resultado da “superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais”¹⁹⁶.

Existem dois aspectos a serem observados nesse princípio, quais sejam, o interno e o externo. Da perspectiva externa, tem-se que cabe ao poder público executar políticas de promoção que garantam o atendimento às necessidades familiares dos mais pobres. Da ótica interna, verifica-se que cada membro de determinada família deve, obrigatoriamente, colaborar com o desenvolvimento mínimo dos outros familiares¹⁹⁷.

Já o princípio da proteção integral à criança está concretizado no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 3º¹⁹⁸. Desenvolveu-se no Brasil com base, essencialmente, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹⁹⁹. Esse princípio visa fornecer uma especial atenção às crianças em razão de serem pessoas ainda em desenvolvimento. Nesse sentido, entende-se que não é possível tratar a criança da mesma forma que um adulto, sendo necessário prestar todo o amparo para o seu melhor desenvolvimento.

Por fim, mas não menos importante, tem-se o princípio do melhor interesse da criança, previsto no art. 4º do ECA²⁰⁰. Esse princípio define que a criança “deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito”²⁰¹. Isso

¹⁹⁶ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.64.

¹⁹⁷ SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400. Acesso em 02 nov 2016.

¹⁹⁸ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

¹⁹⁹ DUPRET, Cristiane. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Abordagem dos aspectos cíveis e criminais, da normativa nacional e internacional. Jurisprudência dos Tribunais Superiores e questões dos concursos com gabarito**. 3 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2015. p. 41.

²⁰⁰ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

²⁰¹ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.75.

porque, a condição de criança como sujeito de direito e não mais como “mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular”²⁰² atrai, necessariamente, um tratamento especial do ordenamento jurídico.

Em tempo, vale salientar a modificação de posicionamento em relação às famílias. Ora, se antes, vigência do código civil de 1916, havia forte influência do patriarcalismo, hoje os cuidados com a criança e o seu desenvolvimento assumem um papel de maior importância nas relações familiares. Fica fácil a compreensão a partir do exemplo trazido por Paulo Lobo²⁰³ quando afirma que quando existir conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva, deve-se apurar qual delas está em consonância com o melhor interesse dos filhos.

Após analisar todos os princípios acima, considerados como direitos fundamentais da criança, conclui-se pela extrema proteção fornecida à instituição familiar, de modo que a concessão da licença maternidade apenas corrobora para efetivação das garantias constitucionais previstas. A partir da licença maternidade é que se tem o tempo necessário para fornecer maior atenção ao bebê, de modo que favorece a melhor adaptação à sua família.

Contudo, como visto a partir da leitura do art. 6º da Constituição Federal, são garantidos como direitos sociais “a proteção à maternidade e à infância”, havendo que se falar ainda na proteção à maternidade, em especial, a proteção fornecida à parturiente, em razão do seu estado gravídico.

Assim, além de servir para facilitar a adaptação da criança com a sua família, a licença maternidade possui outra característica marcante: fornecer o tempo suficiente para que a gestante se recupere dos efeitos do período da gravidez.

Nessa esteira de intelecção, importante destacar o papel da lei 8213/91 que, embora tenha elegido o parto como marco para que a gestante fizesse jus ao salário maternidade²⁰⁴, ainda em seu bojo, implicitamente, que mesmo em caso de morte da criança, após o parto, o benefício da licença maternidade e a garantia estabilitária, não poderiam ser cessados em razão deste acontecimento²⁰⁵.

²⁰² LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.75.

²⁰³ *Ibidem*. p.76.

²⁰⁴ Sobre salário maternidade verificar o tópico 4.3.1 do presente trabalho monográfico.

²⁰⁵ TRIGUEIROS, Ricardo Arthur Costa e. Morte de bebê não tira direito à estabilidade da licença-maternidade. **Revista Consultor Jurídico**. Out./2006. Disponível em:

Nesse sentido é a jurisprudência:

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 idéia 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 conseqüentes. (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)²⁰⁶

Dessa maneira, se a morte da criança após o parto não é suficiente para gerar o cancelamento do benefício, existe uma clara intenção da norma em proteger não apenas a criança, mas também a mãe gestante, em decorrência da fragilidade a que seu corpo foi exposto, em razão de mudanças hormonais e psicológicas.

Estabelecidas essas premissas, demonstrada a relevância de uma visão macro do assunto, abre-se o caminho para maior aprofundamento no assunto, para então concluir sobre a possibilidade da concessão da licença maternidade em casos que envolvam a gestação substitutiva.

<http://www.conjur.com.br/2006-out-11/ca_reintegrar_trabalhadora_perdeu_bebe>. Acesso em: 07 nov. 2016.

²⁰⁶

Disponível

em:

<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/searchview.html?template=TRTSP_ACORDAO&collection=colet_a002#q> Acesso em: 29 out 2016.

4.3 REFLEXOS DA CONCESSÃO DE LICENÇA MATERNIDADE NA GESTAÇÃO SUBSTITUTIVA

Consoante demonstrado no tópico imediatamente anterior, a licença maternidade é um benefício envolto de grande carga social. Não existe qualquer possibilidade de deixar os anseios populares à margem quando da análise sobre a sua concessão.

Primeiramente, antes de começar a análise propriamente dita, mister se faz clarificar a situação, explicando como ela vem sendo tratada ultimamente.

O ordenamento jurídico é claro ao fornecer tratamento específico para empregada gestante, sendo assim considerada aquela que desenvolve o embrião em seu útero até a data do nascimento do bebê²⁰⁷, independentemente, até então, de ter sido realizado através dos métodos modernos de inseminação artificial ou não.

Por óbvio, então, é indiscutível que a mãe substitutiva, no caso que envolva a cessação de útero, será a beneficiária da licença maternidade. Todavia, qualquer análise superficial percebe a falta de adequação social do referido benefício, na medida em que, nesse caso, a mãe institucional ficará desamparada, eis que não será ela quem irá gestar o bebê.

Ora, como visto linhas acima, a proteção à maternidade não está somente ligada com a recuperação da parturiente, mas também há uma estrita ligação com o fornecimento do prazo para adaptação do infante.

Não por outro motivo, é que se defende que as mães institucionais também fariam jus a gozar da licença maternidade, naqueles mesmos moldes estabelecidos para as mães institucionais, para tanto, deve-se operar a extensão da licença maternidade em relação aos moldes em que hoje é ordinariamente concedida.

Para construção e fundamentação deste raciocínio, será necessário recorrer aos métodos de interpretação e integração do ordenamento jurídico, na medida em que o direito brasileiro, no tocante à problemática que ora se levantará, é lacunoso, de maneira que apenas através das diferentes formas de interpretação será possível chegar a solução jurídica desejada.

²⁰⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995. p.434.

4.3.1 A concessão da licença maternidade diante da lacuna normativa

Quando do início do Estado de Direito, em especial a escola da Exegese, disseminava-se a ideia de completude do direito. Por esse posicionamento, o ordenamento jurídico não possuía lacuna, era completo em si mesmo, prevendo em seu conteúdo a regulação de todas as relações jurídicas humanas existentes.

A grande característica desse período Exegeta, como bem assevera Norberto Bobbio, é a confiança cega nas leis, tendo no Código Napoleônico, o seu grande exemplo. O autor denomina essa característica como “fetichismo a lei”, denominação que ironiza esse apego ao texto legal²⁰⁸.

Essa ideia foi se tornando obsoleta, na medida em que, com maior demanda, o direito passou a verificar hipóteses de ausência normativa, ante a infinidade de possibilidades das relações humanas e, não poderia o juiz, abster-se em julgar o caso concreto. Assim, surge a escola do Direito Livre, que forneceu ao juiz maior liberdade em suas decisões, rompendo com a ideia, antes atribuída ao magistrado, de ser mero “boca da lei”, podendo utilizar a criatividade para resolver o conflito²⁰⁹.

Ocorre que a discricionariedade fornecida ao magistrado, proposta pela Escola do Direito Livre, também não pareceu ser uma solução ideal. Isso porque a completude defendida pela Exegese, embora utópica, oferecia uma segurança jurídica à população.

Nesse sentido assevera Norberto Bobbio: “A completude não era um mito, mas uma exigência de justiça; não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a certeza”²¹⁰.

Assim, a virtude está no meio. É utópico pensar em uma completude no ordenamento jurídico, uma vez as inúmeras possibilidades de relações jurídicas humanas que não tem como serem previstas. Da mesma forma, não se pode

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.121.

²⁰⁹ COSTA, Wellington Soares da. **A incompletude do ordenamento jurídico**. Disponível em: <www.urutagua.uem.br/03costa.htm>. Acesso em 08 nov 2016.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p.128.

oferecer demasiada discricionariedade ao magistrado, sob pena de causar extrema insegurança jurídica no ordenamento.

Ou seja, invariavelmente, existirão no direito, casos concretos que não encontram qualquer amparo no ordenamento jurídico trabalhista.

Outrossim, verificada a lacuna no ordenamento jurídico, conclui-se pela necessidade da utilização de métodos de integração, de maneira que seja possibilitado o saneamento das lacunas legais, utilizando para tanto além dos costumes, os princípios gerais do direito²¹¹.

Quando se está falando de integração do ordenamento, associa-se, naturalmente à analogia, costumes, equidade, princípios gerais do direito e muitos outros²¹².

Sobre isso, ensina Norberto Bobbio que, em regra, são duas as formas de integração: a heterointegração e a autointegração²¹³.

A autointegração consiste na busca, dentro do ordenamento jurídico interno, através dos métodos supramencionados, para uma solução do caso concreto. A heterointegração, por sua vez, recorre aos ordenamentos estrangeiros para solucionar o conflito.

No Brasil, na prática, há uma maior valoração para os métodos de autointegração do ordenamento, de forma que só deverá ser utilizada a heterointegração caso a primeira forma de integração tenha sido fracassada em seu objetivo²¹⁴. Esse é o posicionamento adotado pelo ordenamento jurídico ao definir que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”²¹⁵, consoante disposto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

²¹¹ ALVARENGA, Rúbi Zanotelli de. **A concessão do salário maternidade na gestação substitutiva.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7910>. Acesso em: 03 nov 2016.

²¹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 276.

²¹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.146.

²¹⁴ LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário.** 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.73.

²¹⁵ BRASIL. **Decreto-lei 4.657 de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 08 nov 2016.

Desse modo, o argumento utilizado pelos que são contrários à extensão dos direitos oferecidos à gestante para a mãe institucional, é de que se estaria diante ausência de disposição legal sobre o tema, de maneira que seria inviável a sua concessão.

Todavia, qualquer estudo raso verifica a fragilidade desse argumento.

Isso porque a mera ausência de norma sobre o tema não autoriza o magistrado a realizar o *non liquet* e, por consequência, deixar as mães institucionais desamparadas.

Diante da incompletude do ordenamento jurídico, deve o magistrado recorrer aos meios de integrativos, com intuito de sanar a lacuna apresentada, fornecendo uma resposta ao caso concreto.

Frise-se, a utilização de meios integrativos está devidamente prevista em lei, conforme foi demonstrado linhas acima.

Assim, o poder judiciário precisa oferecer uma solução ao caso concreto, devendo ter a sensibilidade que o caso requer, na medida em que a concessão do salário maternidade somente para a mãe hospedeira se demonstra injusto. Inclusive, já possui meios jurídicos para tanto.

O posicionamento em defender a extensão do direito à licença maternidade para a mãe institucional do bebê não incorre em qualquer vício de constitucionalidade. Muito embora o art. 7º XVIII da CF/88 garanta o direito somente à gestante, não veda, em nenhum dispositivo que lei ordinária estenda-o para a mãe institucional²¹⁶.

Já existe lei infraconstitucional nesse sentido, bastando para tanto, apenas se utilizar da interpretação analógica da situação que envolve a adoção de crianças. Explica-se.

A lei 10.421/02 acrescentou ao art. 392-A da CLT a possibilidade de concessão da licença maternidade para mãe adotiva.

Essa lei representa um importante marco protetista, na medida em que rompe com a ideia defendida de que somente a gestante faria jus ao benefício, concedendo-o para a mãe adotiva. No mesmo sentido importante destacar 12.873/13, que inovou

²¹⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 1077.

ao assegurar a manutenção da licença maternidade ao cônjuge ou companheiro em caso de falecimento da gestante.

Não obstante o aspecto legal não ser um problema, tem-se ainda que se pontuar o aspecto social da concessão para as duas mães. O conteúdo social implícito que estas leis, as quais se propõe uma interpretação extensiva, trazem é deveras esclarecedor, na medida em que transparecem a intenção do legislador em não só fornecer o devido tratamento à gestante, mas também fornecer todos os meios para criança se adaptar e se desenvolver perto dos pais, pelos menos no início de sua vida.

Dessa forma se posicionou Gustavo Filipe Barbosa Garcia, veja-se:

Mesmo sendo a empregada a titular do direito à licença maternidade, e não a criança propriamente, não se pode negar que esta também é diretamente beneficiada pela possibilidade de gozar da presença constante da mãe durante o período de afastamento, favorecendo a adaptação no seio familiar e possibilitando os diversos cuidados necessários²¹⁷.

Saliente-se que, após o nascimento do bebê, a mãe institucional registrará a criança, fazendo jus à proteção legal assim como qualquer outra mãe.

A não concessão do benefício para a mãe institucional fere, inclusive, as finalidades para as quais a Previdência Social foi instituída.

Afirma-se isso tendo em vista que a Constituição Federal, através de seu artigo 194, I, consagra o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento. Por esse princípio, tem-se que “a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite”, enquanto a universalidade do atendimento significa a entrega, prestação e serviços de seguridade social para todos que deles necessitem²¹⁸.

Por fim, deve-se atentar para o aspecto financeiro da extensão dos direitos. Nesse caso, assim como acontece em casos que envolvem a adoção, a Previdência Social deve ser a responsável por arcar com esses custos, na medida em que, qualquer posição contrária a esta, geraria nítida discriminação em desfavor da mão de obra feminina, como amplamente abordado no segundo capítulo do presente trabalho.

²¹⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 1077.

²¹⁸ LAZZARI, João Batista; CASTRO Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p 90 *et seq.*

Com isso, verifica-se a possibilidade legal em estender à mãe institucional do bebê o direito à licença maternidade, sendo demonstrada a sua viabilidade não apenas jurídica, como social e financeira.

4.3.2 Reflexos no salário maternidade e na estabilidade gestante

Construído o raciocínio, deve-se agora analisar os seus reflexos na concessão de outras garantias previstas no ordenamento jurídico para proteção da trabalhadora gestante, sendo algumas no âmbito trabalhista, outras no âmbito previdenciário.

Nesse sentido, importantíssima a abordagem, de forma sucinta é verdade, de alguns reflexos imediatos decorrentes da licença maternidade, a saber, o salário maternidade e a estabilidade gestante no âmbito da relação que envolva a gestação substitutiva.

Aqui, será discutido quem será sujeito ativo para percepção da licença maternidade, salário maternidade e da estabilidade gestante, além da importante abordagem acerca de quem deverá arcar com os custos provenientes da concessão do referido benefício às mães hospedeiras e institucionais da criança.

Para tanto, ante a omissão legislativa, deve-se recorrer aos métodos hermenêuticos para obtenção de uma resposta, destacam-se às formas de interpretação sistemática e analógica.

4.3.2.1 Salário maternidade

O salário maternidade surge em decorrência da proteção à trabalhadora gestante garantida por todo ordenamento jurídico brasileiro, refletindo também no campo previdenciário.

Importante lembrar que, a CLT, datada de 1943, foi a primeira norma legal a garantir o descanso remunerado da gestante, antes e após o parto, sem prejuízo do emprego e do salário²¹⁹.

Acontece que, a previsão versava somente acerca da garantia que gozava as gestantes, mas não previa a forma de custeio que, por isso, ficou a cargo dos empregadores os salários da funcionária gestante quando do período estabilitário.

Assim, somente em 1974, com o advento da lei nº 6.136/74²²⁰, o salário maternidade passou a ser atribuição da previdência social. Essa lei ficou marcada por desonerar o empregador de pagar o salário da empregada gestante no período em que lhe era garantido o afastamento do serviço, na época, doze semanas²²¹.

Frise-se aqui que os casos em que envolvam empregadas de empresa privada, o salário maternidade deverá ser pago pela empresa, que efetivará a compensação do crédito junto à Previdência Social, observando o disposto no art. 248 da Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 72, §1º da Lei 8.213/91²²². Em se tratando de trabalhadora avulsa, empregada de microempreendedor individual (reguladas pelo §3º²²³ do art. 72 da Lei 8.213/91) ou empregada doméstica (consoante dispõe o art. 73, I da Lei 8.213/91²²⁴), o benefício será pago diretamente pela Previdência Social.

A concessão do benefício sob comento está regulamentada pelos arts. 71 a 73 da Lei 8.213/91, responsável por regular o Plano de Benefícios da Previdência Social, além do Decreto 3.048/99, em seus artigos 93 a 103.

²¹⁹ A CLT determina, através do seu art. 392 que: “A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário”.

²²⁰ BRASIL. **Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974**. Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6136.htm> Acesso em 01 nov 2016.

²²¹ LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 848.

²²² Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. §1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

²²³ Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. §3º O salário-maternidade devido à trabalhadora avulsa e à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, será pago diretamente pela Previdência Social.

²²⁴ Art. 73. Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consistirá: I - em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica.

Inicialmente, esses dispositivos permitiam a concessão do benefício para a segurada empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica, sem exigência de carência e com duração de 120 dias, podendo ser solicitada até 28 dias antes da data estipulada para o parto²²⁵.

Ademais, outro ponto interessante de se observar é que, diferentemente das outras prestações previdenciárias, o valor referente ao salário maternidade independe de carência e tempo de serviço da empregada segurada, além de não ter estabelecido um teto como limite²²⁶, eis que o art. 94 do Decreto nº 3.048/99 apenas determina que deva ser “a renda mensal igual à sua remuneração integral²²⁷”.

Nessa esteira de inteligência, a empregada faz jus à integralidade do seu salário contratual. Quando for variável, deve-se tirar a média dos últimos seis meses de trabalho, conforme determina o art. 393 da CLT²²⁸.

Sobre esse aspecto, Délio Maranhão entende que, em decorrência da existência de garantia constitucional no sentido de que é garantida à gestante o afastamento “sem prejuízo do salário”, seria desnecessário calcular as médias dos últimos meses quando se tratar de salário variável, tendo em vista que a mulher deverá perceber o salário a que teria direito quando da sua entrada em licença ou o maior salário auferido caso a média fosse inferior a este último salário. Alice Monteiro de Barros, por sua vez, entende que não há qualquer violação à Constituição Federal, eis que a realização de um cálculo por média apenas reflete a busca por um critério de retribuição deste período²²⁹.

Contextualizando, pontua-se que a maternidade substitutiva possui intrínseca relação com o direito previdenciário na medida em que necessário analisar a

²²⁵ Dispõe o art. 71, *caput*, da lei 8213/91 que: “O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade”.

²²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTR, 2016. p. 719.

²²⁷ Art. 94. O salário-maternidade para a segurada empregada consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral e será pago pela empresa, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, devendo aplicar-se à renda mensal do benefício o disposto no art. 198.

²²⁸ Determina a CLT em seu Art. 393 - Durante o período a que se refere o art. 392, 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.

²²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Op cit.* p. 716.

possibilidade em conceder salário maternidade não só para a mãe solicitante, mas também para a mãe portadora.

Isso porque, consoante dispõe o art. 194 da CF/88, a seguridade social compreende “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Ora, como amplamente discutido ao longo desse trabalho, a infertilidade ou outros problemas na reprodução biológica devem ser tratados como problemas de saúde que são. Não à toa a reprodução humana assistida, assumiu a papel de direito fundamental. Assim, sendo, resta verificada o interesse da Previdência Social em casos que envolvam a gestação substitutiva, devendo conceder o salário maternidade não só a mãe hospedeira, mas também para a mãe institucional.

Ante tudo o quanto exposto, percebe-se a necessidade do ordenamento tutelar não só as mães que realizarão a gestação do bebê, como também àquelas que propriamente cuidarão da criança ao longo da sua vida, inclusive registrando-se como tal para todos os efeitos legais.

4.3.2.2 Estabilidade Gestante

A estabilidade provisória gestante, por sua vez, consiste em uma garantia de emprego que tem por objetivo proteger a empregada de uma dispensa sem justa causa, autorizando, nesses casos, o direito à reintegração.

Essa estabilidade possui previsão legal no art. 10, II, b, do ADCT²³⁰. Segundo o dispositivo legal, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, no período compreendido entre a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto²³¹.

²³⁰ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: 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.

²³¹ SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; SAMPAIO, Felipe Macêdo Pires. **Uma análise crítica da estabilidade gestante no contrato de emprego por tempo determinado**. p. 1-2. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e5c557bee41e0e7> . Acesso em: 01 nov 2016.

Primeiramente, devem-se analisar os critérios objetivos estabelecidos pela norma supracitada. Isso porque, necessária a ponderação de quando realmente se dará a confirmação da gravidez.

Para tanto, Vólia Bomfim Cassar, sustenta que a confirmação da gravidez se dá quando da concepção, devendo ser este o marco da estabilidade. E vai além: assevera que a gestação é o fato jurídico que faz a empregada adquirir o direito à estabilidade²³².

Nesse sentido caminha a maioria da jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ APÓS A DISPENSA. O desconhecimento da gravidez não afasta o **direito à estabilidade provisória decorrente, desde que a concepção** tenha se dado durante o curso do contrato de trabalho. Entendimento consolidado no item I da Súmula nº 244 do c. TST. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 11896120115040011. Data de Julgamento: 26/11/2014. Data de Publicação: DEJT 12/12/2014)²³³ (Grifo nosso)

ESTABILIDADE GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO PELO EMPREGADOR. SÚMULA 244, I E III DO TST. **Atualmente prevalece o entendimento de que a empregada gestante contratada sob a modalidade de contrato de experiência tem direito à estabilidade provisória no emprego prevista no art. 10, II, b, do ADCT, desde a concepção** e não com a constatação da gravidez por intermédio de exame clínico, sendo necessário apenas que a empregada esteja grávida no momento da extinção do contrato de trabalho, independentemente da ciência das partes a respeito. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RR: 20641320145020001. Data de Julgamento: 16/03/2016. Data de Publicação: DEJT 22/03/2016)²³⁴ (Grifo nosso)

Percebe-se o cuidado dos magistrados como aplicadores do direito, na medida em que, mesmo em casos onde haja o desconhecimento do estado gravídico, pode ser pleiteada a estabilidade quando do seu descobrimento, desde que a concepção tenha ocorrido no período referente à vigência do contrato de trabalho.

²³² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.1128.

²³³ Disponível em <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201189-61.2011.5.04.0011&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAG/BAAB&dataPublicacao=12/12/2014&localPublicacao=DEJT&query=>> Acesso em: 29 out 2016.

²³⁴ Disponível em: <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202064-13.2014.5.02.0001&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAOSyAAL&dataPublicacao=22/03/2016&localPublicacao=DEJT&query=>> Acesso em: 29 out 2016.

Dissonante deste pensamento é o adotado por Alice Monteiro de Barros, que possui entendimento no sentido de que não se pode confundir a confirmação da gravidez com a comunicação ao empregador. Em verdade, para ela, a empregada somente faria jus ao direito se, durante o curso da relação empregatícia, tivesse ciência do seu estado gravídico. Se a ciência fosse posterior ao vínculo empregatício, por mais que o estado gravídico tenha, de fato, iniciado durante a vigência do contrato de trabalho, a empregada não faria jus à estabilidade gestante²³⁵.

Importante pontuar que o empregador, quando da realização de entrevista para admissão, e o profissional da medicina responsável pela realização do exame admissional, estão expressamente proibidos pela lei 9.029/1995 de realizar qualquer medida a fim de investigar a existência ou não da gravidez. Na referida lei, fica estabelecido, através do seu art. 2º, que as condutas discriminatórias constituem crime, punível com pena de detenção de um a dois anos e multa. Veja-se:

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.²³⁶

Ou seja, o empregador (hipótese do inciso I, do art. 2º da Lei 9.029/95) não pode questionar a empregada acerca da possibilidade desta se encontrar grávida, bem como o médico (enquadrado no inciso II, do parágrafo único do artigo supracitado),

²³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTR, 2016.p. 723.

²³⁶ BRASIL, **Lei 9.029 de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/L9029.HTM> Acesso em: 29 out. 2016.

não pode realizar qualquer procedimento que tenha por objetivo identificar a existência de uma possível gravidez. Ambas condutas, se realizadas, serão enquadradas como conduta discriminatória do empregador, gerando sua responsabilização no âmbito penal, sem prejuízo das demais responsabilidades.

De mais a mais, encontra-se referência à estabilidade gestante, no plano do ordenamento jurídico interno, na súmula 244 do TST²³⁷, que de certa forma complementa a previsão constante no ADCT, facilitando a sua aplicabilidade e interpretação. Em seu inciso I, a súmula estabelece que o mero desconhecimento do empregador sobre o estado gravídico da sua funcionária, não afasta o direito à estabilidade no emprego. O inciso II, por sua vez, regulamenta a reintegração, estabelecendo que, caso ultrapassado o prazo para concessão da licença maternidade, a garantia converter-se-á na indenização correspondente aos salários e demais direitos pecuniários da empregada. O último inciso da referida súmula, qual seja o inciso III, determina que, mesmo em caso de trabalho por prazo indeterminado, a empregada fará jus à estabilidade gestante caso seja verificado o estado gravídico²³⁸.

Toda essa proteção tem razão de ser. Como explanado no primeiro capítulo do presente trabalho monográfico, a maternidade, devido ao seu papel de conservação social, merece uma maior atenção do ordenamento jurídico.

A proteção oferecida tem por objetivo fornecer todo o amparo necessário para o melhor desenvolvimento possível da capacidade física e mental dos descendentes do obreiro, o que, por certo, não seria possível caso a mãe estivesse debilitada por decorrência do trabalho²³⁹.

As normas brasileiras de proteção à maternidade sofreram grande influência da legislação estrangeira, onde se destacam as Convenções nº 3 e 103 da OIT.

²³⁷ Súmula nº 244 do TST GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA:

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.

²³⁸ SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; SAMPAIO, Felipe Macêdo Pires. **Uma análise crítica da estabilidade gestante no contrato de emprego por tempo determinado**. p. 2. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e5c557bee41e0e7>. Acesso em: 01 nov 2016.

²³⁹ MANDALOZZO, Silvia Souza Netto. **A maternidade no trabalho**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 21

Dessa maneira, após explicada a sua importância e a sua substância, é que se pode defender o período estabilitário para ambas as mães envolvidas nessa relação, seja a mãe cedente do útero, seja a mãe institucional. Explica-se.

A estabilidade, como visto, decorre do mero estado gravídico, de forma que é indiscutível a sua concessão para a mãe hospedeira, eis que preenchidos os requisitos formalizados em lei, sendo esta mera hipótese de subsunção do fato à norma. Nesse caso, a concessão da garantia de emprego está ligada ao período de recuperação pós parto e o retorno da sua plena aptidão para o trabalho.

A problemática maior surge em razão da possibilidade ou não da concessão da estabilidade para a mãe institucional. Isso porque, muito embora a estabilidade diga respeito à gestante, há de ser observado que, após o nascimento da criança, novas obrigações surgirão para a mãe institucional.

Assim, é importante observar o aspecto social da estabilidade provisória, que seria o de, justamente, garantir à mãe, a tranquilidade necessária em seu trabalho, de maneira que possa se dedicar também a estruturação da sua família, sendo a garantia o período suficiente para realizar a adaptação da criança ao ambiente familiar.

Tratando-se de gestação substitutiva, o papel de cuidar da criança será da mãe institucional, dessa forma, tem-se como necessária a concessão da garantia de emprego também para esta, de maneira a compatibilizar as finalidades englobadas pela licença maternidade, especialmente, nesse caso, em sua vertente da estabilidade gestante.

Ante o exposto, percebe-se que, tanto a mãe hospedeira, quanto a mãe institucional sofrerão com as consequências decorrentes da gestação, que poderão acarretar alterações momentâneas em sua produtividade no trabalho. A primeira, em razão dos efeitos físicos/biológicos/psicológicos da gestação, enquanto a segunda será pela dedicação a criança, fornecendo o tempo necessário para fomentar a adaptação do bebê à família.

Por isso, a tese que se demonstra defensável é a de que, assim como o salário maternidade, deverá ser concedida a garantia provisória do emprego para ambas as mães envolvidas na gestação substitutiva, em observância não só ao caráter legal dessa garantia, mas também ao caráter social.

4.3.3 Relação: Reflexos da concessão da licença maternidade na gestação substitutiva x Discriminação contra a mulher

Assim, por tudo quanto o exposto ao longo do presente trabalho monográfico, verifica-se uma evolução legislativa louvável em prol da proteção da mulher.

Em uma sociedade capitalista, onde os empresários visam cada vez mais a majoração do seu lucro, é imprescindível a adoção de medidas protetivas que resguardem uma condição de igualdade entre os gêneros, de forma a não realizar discriminações ilegítimas no ordenamento.

As mulheres tem o anseio pela incorporação ao mercado de trabalho para sua satisfação profissional. Contudo, costumeiramente e paralelamente a isto, tem-se a vontade em ter filhos, de forma que caberá a sociedade contribuir para que ambas as necessidades sejam respeitadas.

Ressalte-se que, como amplamente defendido aqui, o direito à reprodução humana já pode ser considerado como um direito fundamental, assim como o direito à liberdade para trabalhar e à licença maternidade.

Nesse sentido é importante pontuar a importância da convenção 103 da OIT, promulgada através do Decreto 58.820/66, que surge no mundo jurídico com a intenção de, justamente, evitar a discriminação na admissão da mulher, para que em nada atrapalhe o seu mercado de trabalho.

Isso porque, essa Convenção estabelece que, em nenhum caso, o empregador poderá ficar responsável pelos custos das prestações devidas à mulher que emprega, sendo essa responsabilidade transferida para a Previdência Social²⁴⁰. Posteriormente, houve a revisão desta convenção pela de nº 183, que ampliou a sua esfera de proteção, alargando para 14 (quatorze) semanas a duração da licença maternidade, prevendo a possibilidade de prorrogação de prazo nos casos de doença ou complicação do parto²⁴¹.

²⁴⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 453.

²⁴¹ CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação**. São Paulo: Ltr, 2007, p. 170.

Em tempo, é necessário observar que, para que se cumpra o objetivo almejado pela Carta Magna de 1988, que demonstrou um garantismo ao labor feminino, o primeiro passo para que se garanta a igualdade no tratamento entre homens e mulher é a transferência dos encargos correspondentes à licença compulsória da mãe institucional. Em um sistema econômico como o brasileiro, quanto mais oneroso for a mão de obra, menos ela será requisitada.

Ademais, além do reflexo no campo financeiro que deve ser arcado pela Previdência Social, tem-se que a concessão da licença maternidade em caso de gestação substitutiva representa uma medida protetiva ao mercado do trabalho a mulher através da estabilidade provisória, na medida em que protege a mãe institucional, responsável pela criança que virá a nascer, dando-lhe uma garantia no emprego, evitando assim a prática de condutas discriminatórias pelo empregador.

Para além disso, a concessão da licença maternidade para a mãe institucional e a estabilidade provisória dela decorrente, servem para dar aplicabilidade ao princípio do melhor interesse da criança, fortalecendo a instituição familiar, direitos previstos na Constituição Federal, protegendo a trabalhadora das possíveis condutas discriminatórias.

Por fim, reitera-se aqui que a concessão da licença compulsória nestes termos não esbarra em qualquer óbice legal, de maneira que a interpretação analógica/extensiva está em conformidade com as garantias constitucionais previstas em favor da mulher.

5 CONCLUSÃO

A mulher ao longo da sua história laboral foi extremamente discriminada. Recentemente, vem, cada vez mais, galgando espaço no mercado de trabalho e, embora ainda exista discriminação de gênero, o movimento feminista, através de lutas diárias, vem conseguindo, mesmo que gradativamente, buscar o seu espaço.

Restou demonstrado no presente trabalho que a legislação avançou no sentido de superar os períodos denominados como “era da exclusão” e “era da proteção”, de maneira que o legislador reconheceu a importância da mão de obra feminina, bem como percebeu, que normas de cunho proibitivo não eram suficientes para resguardar os direitos das mulheres, na medida em que geravam uma evidente discriminação ao labor feminino.

Nesse contexto, se fez necessária a adoção de medidas que, embora fossem protetivas, tinham o condão de igualar as condições do trabalho de homens e mulheres, a fim de sanar qualquer possível discriminação em relação ao mercado de trabalho da mulher. Isso é o que foi chamado por Léa Silingowschi Calil de “era da igualdade”.

A igualdade almejada, frise-se, é a igualdade material, de maneira que devem ser observadas as desigualdades inerentes aos gêneros, viabilizando igualdade de condições para o labor. Tratar todos de forma igualitária não soluciona o problema, eis que na prática, homens e mulheres são biologicamente diferentes.

Observando as desigualdades inerentes aos gêneros, em especial a maternidade, pela mulher, foi criada a licença maternidade, a fim de fornecer direitos às mulheres em decorrência da sua função biológica/social, qual seja, a gestação e criação dos filhos, protegendo o seu mercado de trabalho.

Assim, por muitos anos, a legislação existente foi suficiente para garantir o direito das mulheres através dessa medida de proteção à maternidade. Isso mudou com o avanço das tecnologias médicas, na medida em que surgiram as técnicas de reprodução humana assistida.

Com os métodos de reprodução humana assistida, casais que antes enfrentavam problemas para ter filhos, agora possuem plenas condições de gerarem

descendentes. Recentemente, recorrer aos métodos de reprodução humana assistida tem se tornado cada vez mais frequente.

Justamente por isso é que se demonstra imprescindível a edição de leis que regulamentem a extensão dos benefícios aqui tratados. O anseio e evolução social são demasiados, de forma que o tratamento fornecido pelo Conselho Federal de Medicina não é o suficiente.

Conforme demonstrado ao longo do presente trabalho monográfico, através de pesquisas a busca por auxílio na reprodução humana é crescente, com o intuito de garantir o cumprimento do direito fundamental à reprodução humana. Não à toa é que se desenvolveu a necessidade de avanço do direito nesse sentido.

Atualmente, a única norma apta a tutelar esse tipo de procedimento advém das Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Contudo, como pontuado no trabalho, são normas de caráter deontológico, servindo apenas para auxiliar os médicos no exercício da sua profissão.

Dessa maneira, muito embora falte o caráter coercitivo nas Resoluções do CFM, tem sido amplamente admitido a sua utilização no meio jurídico, justamente em razão do vazio normativo que o Brasil atravessa nessa questão.

É importante compreender a aplicação das Resoluções, uma vez que, a partir daí é que vai se verificar a possibilidade, ou não, de realizar uma gestação substitutiva que, posteriormente, virá a refletir no âmbito do direito do trabalho.

O reflexo no âmbito do direito do trabalho a que se faz referência é o da licença maternidade em casos que envolvam a gestação substitutiva.

Sabe-se, atualmente, que a licença maternidade será concedida para a trabalhadora gestante, naqueles moldes já explicados pelo presente trabalho, dividindo-se em dois principais direitos, quais sejam, a percepção do salário maternidade e a garantia conferida pela estabilidade provisória para gestante.

Ter isso em mente é importante. A normatização brasileira atual utiliza a concepção, momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo, como o fato gerador para percepção da estabilidade provisória para a trabalhadora gestante. O salário maternidade, por sua vez, adota como critério temporal definidor para a sua concessão, a data prevista para o parto.

Verifica-se, pois, que em ambos os casos, o critério estipulado para analisar a concessão ou não do benefício, relaciona-se ao período gestacional, de maneira que a mãe institucional, em casos que envolvam a gestação substitutiva, não faria jus a qualquer desses direitos.

Neste momento, vale pontuar que não parece ser essa a decisão acertada, uma vez que não observa o caráter social da norma. Ora, a mãe institucional será a mãe “de fato”, ela que irá registrar o bebê e ter como seu filho e, por isso, vai precisar do tempo da licença compulsória para cuidar do seu bebê e adaptá-lo à convivência familiar.

Nessa esteira de inteligência, importante destacar que, embora sejam situações diferentes, o legislador, quando da produção da lei 10.421/02, que acrescentou ao art. 392-A da CLT a possibilidade de concessão da licença maternidade para a mãe adotiva, demonstrou o nítido caráter social da norma, comprovando que a licença maternidade não visa apenas a proteção da gestante, mas também o desenvolvimento da criança que estará sob os cuidados de sua mãe.

Corroborando esse entendimento, em 2013, a lei 12.873, determinou que em caso de falecimento da gestante, o seu cônjuge ou companheiro fará jus a perceber a licença maternidade.

Essas leis demonstram, portanto, o caráter dúplice da licença maternidade, que tem por finalidade a proteção da gestante, ao mesmo tempo em que cuida de fornecer a proteção necessária para a criança fruto da gestação.

Dessa forma, resta demonstrado através de uma robusta interpretação do ordenamento jurídico que não há como desprezar os direitos da mãe institucional nos casos de gestação substitutiva.

Em que pese o ordenamento jurídico ser omissivo nessa regulamentação, ante a inexistência de lei que regule propriamente o objeto aqui discutido, deve-se utilizar as diversas formas de integração do ordenamento jurídico, qual seja, a interpretação analógica e extensiva, recorrendo além disso às diferentes fontes do Direito, de maneira a preencher as lacunas já apontadas.

De mais a mais, construiu-se o raciocínio no sentido de demonstrar a ausência de qualquer incompatibilidade no sistema quanto a solução defendida para o vazio normativo. Para tanto, analisou-se as possíveis consequências decorrentes da

interpretação extensiva/analógica acerca da possibilidade da concessão da licença maternidade para a mãe institucional do bebê em casos que envolvam a gestação substitutiva, observando, para tanto, aspectos sociais, financeiros e legais.

Por isso, levando em conta os métodos de integração apontados acima, conclui-se pela possibilidade de concessão da licença maternidade para ambas as mães envolvidas, seja a mãe institucional ou a mãe hospedeira. E tem motivo de assim ser, o benefício, como dito, tem um caráter dúplice, onde imprescindível observar o viés da proteção à maternidade para proteger a mãe hospedeira e o viés da proteção aos direitos da criança, onde a licença maternidade tem a importante função em auxiliar a sua adaptação à sua família.

Vale salientar ainda que, nesses casos, ainda através de uma interpretação sistemática, não há outra possibilidade que não seja a obrigação da Previdência Social em arcar com todos os custos decorrentes da licença maternidade para ambas as mães.

Isso porque, como foi visto, o Direito caminha no sentido de diminuir a discriminação entre homens e mulheres, de maneira que, se assim não for, gerará uma discriminação ilegítima, uma vez que os empregadores irão preferir o trabalho masculino ao feminino, em razão dos custos.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbi Zanotelli de. **A concessão do salário maternidade na gestação substitutiva**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7910>. Acesso em: 03 nov. 2016.

ALVES, Branca Moreira e PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo, Abril Cultural, 1985.

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **9º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio**. Dados disponíveis em: <<http://www.fertilcare.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Relatorio-SisEmbrio.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

_____, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTR, 2016.

BEAUVOIR, S. **O Segundo Sexo Vol. 2: A Experiência Vivida, Difusão Européia do Livro, 1967**.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** de 16 de julho de 1934. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. **Decreto n. 21.417** de 17 de maio de 1932. Regulamenta as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>> Acesso em 20 mai. 2016.

_____. **Decreto n. 3.048** de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm> Acesso em 26 nov 2016.

_____. **Decreto-lei 229** de 28 de fevereiro de 1967. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0229.htm> Acesso em 20 mai. 2016.

_____. **Decreto-lei 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 08 nov. 2016.

_____. **Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974**. Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6136.htm> Acesso em 01 nov 2016.

_____. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 01 out. 2016.

_____. **Lei 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: 06 out. 2016.

_____. **Lei 8.861 de 25 de março de 1994**. Dá nova redação aos arts. 387 e 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), altera os arts. 12 e 25 da Lei nº 8.212, de 24 julho de 1991, e os arts 39, 71, 73 e 106 da Lei nº 8.213, de 24 julho de 1991, todos pertinentes à licença-maternidade. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8861.htm> Acesso em: 30 out. 2016.

_____. **Lei 9.029 de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM> Acesso em: 29 out. 2016.

_____. **Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm> Acesso em: 01 out. 2016.

_____. **Lei 9.876 de 26 de novembro de 1999.** Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm> Acesso em: 01 out. 2016.

_____. **Lei 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm> Acesso em: 01 out. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 244. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. **Trabalho e gênero no Brasil nos últimos dez anos.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742007000300003>. Acesso em 05 nov. 2016.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher: ontem e hoje.** Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1765> Acesso em: 05 nov. 2016.

_____, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século.** São Paulo: LTR, 2000.

CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação.** São Paulo: Ltr, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.957/2010**. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em: 01 out 2016.

COSTA, Wellington Soares da. **A incompletude do ordenamento jurídico**. Disponível em: <www.urutagua.uem.br//03costa.htm>. Acesso em 08 nov. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTR.

DIAS, Élcio Pablo Ferreira. **A inclusão da Mulher Brasileira no Mercado de Trabalho: Breve Abordagem Social e Constitucional**. São Paulo: Unisal, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18__a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf> Acesso em: 03 abril 2016.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUPRET, Cristiane. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Abordagem dos aspectos cíveis e criminais, da normativa nacional e internacional. Jurisprudência dos Tribunais Superiores e questões dos concursos com gabarito**. 3 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2015.

FALCI, Miridan Britto Knox. **Mulheres do sertão nordestino** (in História das Mulheres no Brasil). ed. 8, São Paulo: Contexto, 2006.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito: Aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma legal, 2000.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Claudia de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. p. 40. Disponível em:

http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3830/arquivo2380_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 out 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOLDIM, José Roberto. **Maternidade Substitutiva**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/matsub.htm>> Acesso em: 01 nov 2016.

HENRIQUES, Rodrigo de Arruda de Holanda, LEITE, Tatiana Henriques. Resolução CFM 1.957/10: principais mudanças na prática da reprodução humana assistida. **Revista Bioética**, v. 20, n. 3, 2012. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/760/813. Acesso em: 01 out. 2016.

HRYNIEWICZ, Severo e SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro:Lumen Iuris, 2008.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de Direito Previdenciário**. 9 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e odireito: aspectos médicos, religiosos, psicológico, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIRA, Bruno Dias de. e ANDRADE, Emanuel Anchieta Lacerda de. **Fundamento da doutrina social da Igreja com base na encíclica Rerum Novarum, de Leão XIII**. Disponível em: <<http://diocajazeiras.com.br/fundamento-da-doutrina-social-da-igreja-com-base-na-enciclica-rerum-novarum-de-leao-xiii/>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética**. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>> Acesso em: 01 nov 2016

LUNA, Naara. **Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332002000200010&lang=pt . Acesso em: 29 out 2016.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. v.II., São Paulo: LTr, 1993.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____, Sérgio Pinto. **Práticas discriminatórias Contra a Mulher e Outros Estudos**. São Paulo: LTR, 1994.

MARX, Karl. ENGELS; Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Tradução de Maria Lucia Como. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Christine Keler Lima Mendes. **Mães substitutas e a determinação da maternidade. Implicações da Reprodução Mediamente Assistida na Fertilização *in vitro* heteróloga**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Mãe de Aluguel: controvérsias sob um tema pontual em uma cultura confundida. **A família na contemporaneidade. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2007.**

MONTEIRO, Caroline Soares. **Reprodução humana assistida “Barriga de aluguel” sob a luz da bioética.** p. 31. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/369/3/20682615.pdf>> . Acesso em 08 nov. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho.** São Paulo: LTR 1998.

_____, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 24 ed. São Paulo: LTR.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Feminismo, história e poder.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>> Acesso em: 05 nov. 2016.

RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. **Maternidade de substituição: aspectos éticos e jurídicos.**

SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira.** São Paulo: Brasiliense, 1983.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; SAMPAIO, Felipe Macêdo Pires. **Uma análise crítica da estabilidade gestante no contrato de emprego por tempo determinado.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e5c557bee41e0e7> . Acesso em: 01 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SERAFINI, Stella Vicente. **As relações de Gênero nos Códigos Civis de 1916 e de 2002.** Disponível em:<http://www.metrocamp.com.br/Portal/Principal/Arquivos/Artigos/Upload/As_rela%C3%A7%C3%B5es_de_G%C3%AAnero_nos_C%C3%B3digos_Civis_de_1916%20e_de_2002.pdf>. Acesso em 20 mai. 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400. Acesso em 02 nov. 2016.

SOUSA, Janice Bonfiglio Santos. **A Reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessão**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/janice.pdf> Acesso em: 01 nov 2016.

SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição de Maternidade e da Paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 50, 2010, p.350. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf. Acesso em: 30 out 2016.

TELLES, Norma. Escritoras, **Escritas e Escrituras (in História das Mulheres no Brasil)**. ed. 8, São Paulo: Contexto, 2006.

TRIGUEIROS, Ricardo Arthur Costa e. Morte de bebê não tira direito à estabilidade da licença-maternidade. **Revista Consultor Jurídico**. Out./2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-out-11/ca_reintegrar_trabalhadora_perdeu_bebe_citar_noticia>. Acesso em: 07 nov. 2016.

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. Disponível em: <http://search.trtsp.jus.br/easysearch/searchview.html?template=TRTSP_ACORDAO&collection=coleta002#q> Acesso em: 29 out 2016.

TRT 15. RO 58096 SP 058096/2012. 1ª Turma. Rel. Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani. Data de julgamento 24 jul 2012. Data de publicação 27 jul 2012. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSO&pIdProc=1839468&pDbLink=>>> Acesso em: 01 nov 2016.

TST - RR: 11896120115040011. Data de Julgamento: 26/11/2014. Data de Publicação: DEJT 12/12/2014 Disponível em <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201189-61.2011.5.04.0011&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAG/BAAB&dataPublicacao=12/12/2014&localPublicacao=DEJT&query=>>> Acesso em: 29 out 2016.

_____. RR: 20641320145020001. Data de Julgamento: 16/03/2016. Data de Publicação: DEJT 22/03/2016. Disponível em: <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202064-13.2014.5.02.0001&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAOSyAAL&dataPublicacao=22/03/2016&localPublicacao=DEJT&query=>>> Acesso em: 29 out 2016.

UCHÔA, Ednara Pontes de Avelar Didier. Do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, Revista da ESMape, Recife, v. 17, n. 36, p 121, jul/dez 2012.

VIANNA, J. Senegadas, SUSSEKIND, Arnaldo Lopes, MARANHÃO, Délio. **Instituições de direito do trabalho**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1974, v. 2.

Voto da Mulher. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/voto-da-mulher>>. Acesso em: 09 mai. 2016.