

Os efeitos jurídicos do salário-maternidade na barriga de aluguel

Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro*

1- Introdução

O cientista do direito busca idéias que possibilitem adequar nosso ordenamento aos novos acontecimentos. Sabemos que o Direito não é estático. Sendo assim, produzir reflexões que visem preencher as lacunas legais é o maior desafio do jurista na atualidade.

A Justiça de nosso país em meados de junho do ano passado definiu que a mãe biológica de uma criança gerada pela avó paterna pela técnica da barriga de aluguel teria direito de registrar a recém-nascida em seu nome.

Ocorre, contudo, que a maternidade, para efeitos jurídicos não pode mais ser considerada somente aquela decorrente do parto.

Para a seara do Direito Civil o rumo que está sendo levada esta discussão está no sentido de aceitar, como veremos adiante, que para a mãe biológica seja dada à filiação da criança.

Entretanto, o fato concreto ocorrido em Nova Lima-MG, não somente traz controvérsias para o ramo do direito civil, como também gera celeuma no ramo do direito previdenciário.

Isto porque, tanto a mãe da criança quanto a avó paterna, que deu a luz a sua neta, eram seguradas do INSS e tiveram direito à licença e ao salário-maternidade.

Para o estudo a seguir, é interessante abordar o fato concreto em relação aos aspectos jurídicos da barriga de aluguel, para depois entendermos o motivo pelo qual a concessão do salário-maternidade para mãe e avó ao mesmo tempo gera controvérsia .

2- A barriga de aluguel e os seus aspectos legais – breves noções

O avanço da medicina reprodutiva traz um novo desafio para os diversos ramos das ciências jurídicas.

Devido a fatos concretos relacionados à inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a barriga de aluguel surgem no mundo jurídico situações inusitadas que trazem a necessidade de sanar lacunas legais ainda não supridas pelo nosso legislador.

A maternidade substitutiva ou barriga de aluguel ocorrerá quando a mulher denominada “mãe substitutiva” se dispõe a carregar embrião dentro de seu útero durante o período de gestação, isto é, realiza-se um acordo com uma mulher fértil para que, ao nascer a criança, ela seja entregue ao casal solicitante.

No Brasil, por força da Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, a barriga de aluguel só é permitida desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação da doadora genética.

A Resolução somente permite esta técnica se as doadoras temporárias pertencem à família da doadora genética, em um parentesco colateral de até segundo grau, devendo os demais casos ser submetidos à autorização do Conselho Federal de Medicina.

Ainda, a resolução prevê que a doação temporária do útero não poderá ter finalidade lucrativa ou comercial. Sendo assim, a imposição da forma gratuita da maternidade de substituição evita que se configure uma prestação de serviço em que a gestante, por meio de escritura pública, garanta o direito de filiação do casal contratante.

Ao realizar a análise do termo “barriga de aluguel”, o doutrinador Eduardo Leite enumera duas hipóteses de empréstimo de útero:

“ • Mãe portadora: é a mulher fértil que apenas empresta o seu útero e reimplanta-se um ou vários embriões obtidos através da fertilização *in vitro* que contém os óvulos e os espermatozoides do casal solicitante.

• Mãe de substituição: é a mulher fértil, além de emprestar o seu útero, também, doa os seus óvulos, e ainda submeter-se-á a inseminação artificial em benefício da mulher estéril.

Se ela engravidar, comprometer-se-á que após o parto irá entregar a criança ao casal solicitante.”¹

Vemos que, a primeira gestante não tem qualquer vínculo biológico com a criança nascida do óvulo e do espermatozóide do casal solicitante. Já, a segunda é a sua mãe biológica.

Com o avanço da biotecnologia e da engenharia genética, o princípio *mater semper certa est* ficou abalado. Passou-se a permitir, a priori, que *partus sequitur ventrem*, ou seja, maternidade se determina pelo parto da mulher que deu à luz.

Este, contudo, também não impera quando a mãe biológica de uma criança pleiteia ação de investigação de maternidade, com a finalidade de

¹ LUTE. Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e aumento de família: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. p. 572.

comprovar que a mãe portadora não tem qualquer vínculo biológico com o recém-nascido. Nesse caso, em virtude de um exame de DNA, restaria comprovado que a criança está geneticamente ligada à mãe que cedeu o óvulo.

Atualmente, cresce na doutrina e em recentes decisões judiciais um entendimento que, nos casos em que haja inseminação artificial heteróloga, com o uso de mãe portadora, a mãe biológica que estará legitimamente filiada a aquela criança.

Vejamos quais os principais aspectos da decisão judicial supra-mencionada.

3- A decisão judicial

Em meados de junho do ano passado, o juiz Átila Andrade de Castro, diretor do fórum de Nova Lima (MG), autorizou registro de nascimento de uma menina que foi gerada pela avó paterna, por meio de inseminação artificial através da técnica de útero de substituição (barriga de aluguel).²

A mãe biológica da criança, impossibilitada de dar à luz, acabou recorrendo à inseminação artificial. A avó paterna, após a autorização do Conselho Federal de Medicina, recebeu o óvulo fecundado e deu à luz a sua “neta”.

A Declaração de Nascido Vivo, expedida pelo hospital onde o bebê nascera constava a avó como a mãe do bebê. Por esta razão, o pai ao tentar registrar o bebê como sendo filha dele e de sua mulher esbarrou no aspecto legal de que mãe é que dá luz à criança.

Até a decisão do juiz a criança não tinha sido ainda registrada por não ter sido comprovada quem era sua verdadeira mãe biológica. Sendo assim, com base em um exame de DNA, o magistrado acabou aceitando que a maternidade seria concedida a mãe biológica e não a avó.

Tanto a avó quanto a mãe da criança tiveram direito à licença-maternidade.³

2 <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/>. Juiz aceita registro de menina gerada por avó. Segunda, 14 de junho de 2004

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

Neste mérito, solucionada a questão civil referente à filiação, vamos analisar, no tópico a seguir, alguns aspectos jurídicos relativos ao salário-maternidade.

4- O salário e a licença maternidade no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição brasileira concede proteção à maternidade, especialmente à gestante, dentro de um Regime obrigatório de Previdência Social.

A Carta Magna, não restringe à proteção à maternidade somente à gestante, mas abre espaço para que formas equiparadas a esta tenham resguardo do sistema previdenciário.

A) Fundamentos da concessão

A proteção contra o risco maternidade é concedida pelo fato da maternidade estar vinculada à contingência incapacidade transitória para o trabalho.

Esta contingência poderia causar dois efeitos que explicariam a mencionada proteção:

- a invalidez, temporária ou permanente, que incapacitasse a pessoa de exercer sua profissão por um período de tempo;
- a perda econômica que a pessoa que parou de trabalhar terá em decorrência de uma incapacidade.

B) Fato gerador do benefício (aspecto material)

O fato gerador do salário-maternidade é a ocorrência do parto. O Instituto Nacional de Seguro Social, de acordo com a sua Instrução Normativa nº 84 de 2002, considera parto o evento ocorrido a partir da 23ª semana (6º mês de gestação), inclusive em caso de natimorto.

Ante o exposto, como regra geral, será considerado concretizado o fato gerador do benefício o nascimento, com vida ou sem vida, a partir da 23ª semana de gestação ou 6º mês de gravidez. Nesta hipótese a segurada terá direito a prestação previdenciária durante 120 dias (artigo 7º, XVIII da CF/88).

O legislador pátrio concedeu o direito ao salário-maternidade em duas outras situações, a quais denominaremos regras especiais ou formas equiparadas.

Para efeitos previdenciários, o nascimento sem vida antes do sexto mês de gestação será considerado aborto. Nesse caso, a segurada que sofreu

aborto, dentro de suas formas legais, terá direito a duas semanas de salário-maternidade.

Com o advento da Lei nº 10.421/02, foi criada uma regra especial para a concessão do mencionado benefício previdenciário, cujo fato gerador será adotar ou obter a guarda judicial de uma criança de até 08 anos de idade. O tempo da licença será de cento e vinte dias para a adoção de crianças de 0 a 1 ano de idade, sessenta dias para crianças de 1 a 4 anos e um mês para crianças de 4 a 8 anos.

C) Termos inicial e final do benefício (aspecto temporal)

De acordo com os artigos nº s 95 e 96 do Decreto nº 3.048/99, o termo inicial para a concessão do salário-maternidade será fixado pelo médico a partir do dia em que afastou a gestante do trabalho (comprovado através de atestado médico) ou do dia em que realizou o parto (comprovado pela certidão de nascimento da criança ou laudo médico).

Lembramos que, a prestação à gestante poderá ter início no período entre 28 dias antes do parto e da data da ocorrência deste, desde que observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

O prazo de cento e vinte dias poderá ser aumentado em mais duas semanas, mediante atestado médico fornecido pelo Sistema único de saúde ou pelo serviço médico da própria empresa ou por ela credenciado.

A prorrogação dos períodos anteriores e posteriores ao parto consiste em excepcionalidade, compreendendo as situações em que exista algum risco para a vida do feto, da criança ou da mãe.

A concessão do salário-maternidade terminará no final dos cento e vinte dias ou cento e trinta e quatro dias, contando-se a prorrogação prevista em lei. No caso de adoção ou guarda, o fim desse prazo poderá ser no término dos cento e vinte, dos sessenta ou dos trinta dias.

Também, com a morte da mãe natural ou adotiva cessará o direito ao salário-maternidade, passando o filho natural ou adotivo a receber pensão por morte.

No caso de morte do filho natural o benefício deverá continuar, pois ainda estão presentes os fundamentos da proteção à gestante. Todavia, em relação à morte da adotante, não há razão plausíveis para que o benefício não seja cancelado.

D) Sujeito ativo e sujeito passivo (aspecto pessoal)

O INSS é o sujeito passivo desta relação. É necessário ressaltar que o empregador paga o benefício à segurada empregada, sendo posteriormente compensado pelo INSS quando efetuar o pagamento de sua contribuição previdenciária. (Lei nº 10.710/03)

As empresas passarão a compensar o pagamento do benefício nos recolhimentos das contribuições incidentes sobre folhas de salários e demais rendimento pagos ou creditados à pessoa física que lhes preste serviço. Essa pessoa deverá conservar durante dez anos os comprovantes dos pagamentos.

Para as demais seguradas o benefício é pago diretamente pelo INSS

O pólo ativo da relação previdenciária é composto pelas seguradas gestantes, adotantes e guardiãs.

As mulheres que se encontrem em uma dessas situações e que participem do Regime Geral de Previdência Social estão aptas a requerer o benefício.

5) Análise da concessão do salário-maternidade para o caso concreto

Com base em nosso atual ordenamento jurídico e pelo princípio maternidade sempre é certa, somente poderia pleitear a prestação do salário-maternidade aquela que deu à luz a criança, salvo nos casos em que esta doe o recém-nascido à adoção.

Verificamos nesta última hipótese, que a mãe substitutiva daria a criança à adoção nos termos do art. 42 a 47 do ECA . Nesse caso a adotante teria o direito ao salário-maternidade de 120 dias nos moldes da Lei nº 10.421/02 e a mulher que sofreu o parto o salário-maternidade comum.

Isto também poderia ocorrer na hipótese de mãe biológica que teve o seu filho gerado através da técnica barriga de aluguel, ao invés de pleitear ação judicial, cuja finalidade é o reconhecimento de filiação, preferir adotar seu filho.

Verificamos que não podemos aplicar as hipóteses supra-mencionadas ao caso em análise, pelo fato de ter sido reconhecido o direito de registro para mãe biológica.

Como a mãe biológica e a avó paterna eram seguradas do Regime Geral de Previdência Social ambas tiveram direito a perceber o salário e a licença-maternidade comum durante os cento e vinte dias previstos por lei.

A avó comprovou o seu direito de beneficiária através da Declaração de nascido vivo fornecida pelo hospital onde aconteceu o parto. Por sua vez, a

mãe biológica teve o seu direito resguardado através da certidão de nascimento da criança.

Verificamos, contudo, que em decorrência de somente um fato gerador, isto é, a ocorrência de um parto, houve a concessão de dois benefícios.

No caso da avó não nos resta dúvida quanto ao recebimento da prestação, tendo em vista que esta sofreu os efeitos do parto e precisa se resguardar durante o período de cento e vinte dias.

O fundamento desta concessão não é poder cuidar do neném, mas sim ter respaldo legal para que possa se ausentar do trabalho e se recuperar dos efeitos do parto, sem prejuízo de seu emprego e do salário.

Não há fato gerador no que se refere a concessão do salário-maternidade para a mãe biológica, isto é, o parto não ocorreu. Sendo assim, dentro de um prisma jurídico, deixando de lado a questão social e humanitária que envolve o mérito, notamos a sua ilegalidade.

Este é um caso isolado, mas que abre precedente para que novas seguradas envolvidas em situações parecidas sejam beneficiadas desta mesma forma.

Para encontramos uma solução plausível para o caso concreto, levando em consideração o lado social da questão, temos que buscar pontos de reflexão que possam servir de auxílio para o preenchimento desta lacuna jurídica.

A) Concessão do salário-maternidade somente para a mãe biológica

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

B) Concessão do salário-maternidade somente para a barriga de aluguel

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

Mesmo o legislador pátrio já se preocupou em preservar o convívio criança-mãe, quando editou a Lei nº 10.421/02, que estendeu a adotante e guardiã o direito ao salário-maternidade.

C) Concessão do salário-maternidade para ambas

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

Aceitando esta hipótese estaríamos ampliando o rol de incidência do salário-maternidade e criando, sem respaldo da lei, um novo fato gerador para o benefício. Haveria, também, neste caso nítida ofensa à regra da contrapartida.

Para haver uma solução legal para o caso em análise, o compartilhamento do salário-maternidade poderia ser realizado de acordo com uma das hipóteses abaixo apontadas:

- A divisão do benefício em duas partes – 60 dias para a barriga de aluguel e 60 dias para a mãe biológica para que ambas possam ter proteção social.

- A divisão do benefício em dois períodos – 30 dias antes do parto e mais trinta dias depois do parto para a avó. A mãe biológica deverá usufruir sessenta dias de salário-maternidade também contados a partir do parto.

6) Conclusão

Apesar de tais situações ainda não serem constantes, não se pode deixar de lado os seus efeitos jurídicos. É certo que, estamos diante de um tópico de suma importância quanto ao aspecto proteção social. Quem será o sujeito ativo da mencionada prestação previdenciária é a lacuna jurídica a ser suprida por nosso legislador.

Deixando de lado o princípio segundo o qual a maternidade sempre é certa, o legislador encontrará a solução para a implementação desta nova forma de proteção. Sendo assim, o compartilhamento do salário-maternidade entre mãe biológica e mãe substitutiva irá de encontro às finalidades do bem-estar e da justiça social.

Dentro deste sistema a mãe biológica poderá usufruir o convívio com recém-nascido e a gestante se recuperar dos efeitos físicos e psíquicos causados pelo parto.

Dando proteção a ambas, só resta ao legislador realizar estudos médicos e sociais com a finalidade de se estabelecer qual será o quinhão da licença a ser usufruído por cada uma das partes envolvidas.

Assim, verificamos a real necessidade de regulamentação do tema em análise, a fim de que haja a adequação de nosso sistema jurídico aos acontecimentos surgidos a cada dia.

BIBLIOGRAFIA

BALERA, Wagner. Proteção social à família. Revista de Direito social, n.6. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2002.

HORVATH JÚNIOR. Miguel. *Salário maternidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

LUTE. Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e aumento de família: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, 2002.

MOREIRA FILHO. Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. www.jus.com.br/doutrina/texto.asp

PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la Seguridad Social*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1977, v.II.

* *Mestre em Direito previdenciário pela PUC de SP, coordenadora do Instituto Brasileiro de Estudos-IBEST, BBG Sociedade de Ensino e Cursos Êxito, professora de cursos de pós-graduação, cursos preparatórios e graduação.*