

DIREITOS TRABALHISTAS NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL E NA ESPANHA

LABOR RIGHTS IN SURROGACY ARRANGEMENTS IN BRAZIL AND SPAIN

Márcio Granconato*

RESUMO: A gestação por substituição é uma prática cada vez mais comum e que pode gerar questionamentos jurídicos, inclusive na área laboral. O presente estudo, fazendo uma leitura comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol, tem como tema central a busca por soluções para os impasses que podem alcançar as relações de emprego da gestante, dos pais biológicos da criança ou de ambos.

PALAVRAS-CHAVE: Gestação por Substituição. Gestação Sub-Rogada. Barriga de Aluguel. Gestante. Direitos Trabalhistas.

ABSTRACT: *Surrogacy arrangements are increasingly common and can raise several legal questions, including in labor related areas of law. The main thesis of this study is to seek resolutions to the labor related legal disputes between employer and either the individual bearing the child or the child's biological parents, or both. This has been accomplished by making a comparative analysis between the Brazilian and Spanish labor law practices.*

KEYWORDS: *Surrogacy Arrangement. Gestational Surrogacy. Surrogate Pregnancy. Pregnant. Labor Rights.*

1 – Conceito de gestação por substituição

A ordem divina revelada no livro de Gênesis até hoje move um número expressivo de homens e mulheres na busca pela paternidade. Lá é narrado que após a criação do primeiro homem e da primeira mulher Deus os abençoou e disse: “Frutificai e multiplicai-vos; enchei a terra e sujeitai-a” (Gn 1.28). Esse primeiro relato que, independentemente da fé de cada um, aponta para a realidade e para a necessidade da reprodução humana, talvez contenha em si uma inspiração que ecoa até os dias de hoje.

É claro que os motivos que levam uma pessoa a ter um filho ou uma filha não se resumem a questões de ordem teológica ou meramente reprodutiva. Homens e mulheres pretendem ter descendentes pelos mais diversos motivos,

* Juiz do trabalho titular da 1ª Vara do Trabalho de Itaquaquecetuba, SP; mestre e doutor em Direito do Trabalho; professor e coordenador da Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Escola Paulista de Direito – EPD.

DOCTRINA

tais como o sonho de ser pai ou mãe, o amor por crianças, a espera por um herdeiro ou herdeira, a preocupação com a transmissão de um nome e até a vingança e a inveja podem levar a esse plano, como se dá nos casos em que um cônjuge ou companheiro sabe que isso pode causar algum tipo de dano ao outro, por exemplo. Seja como for, na maior parte das vezes é o amor que alimenta o desejo de ter uma criança nos braços.

Acontece que nem sempre a natureza das coisas permite que o tão almejado sonho de ser pai ou mãe se concretize pelas vias ordinárias. Muitos casais encontram dificuldades dos mais diversos tipos na busca pela gestação de um bebê e gastam pequenas fortunas na busca desse ideal, investindo em tratamentos de fertilização que nem sempre são um sucesso e que, inclusive, podem colocar em risco a vida da mulher. Outros, por sua vez, atravessam grandes embates jurídicos e graves sofrimentos psicológicos na espera por uma possibilidade de adoção daquela tão desejada criança. Há casos, ainda, de casais homossexuais do sexo masculino que pretendem ter filhos e filhas e, por razões óbvias, não têm meios próprios para garantir a reprodução.

Foi em meio a tudo isso que a ciência encontrou mais uma solução para sanar a aflição daqueles que tanto almejam a ampliação da família. Para os casos em que a gestação pelas vias naturais ou mesmo no útero da mãe biológica não é uma opção, notadamente quando isso colocará em risco sua saúde e sua vida, descobriu-se que seria possível a reprodução por meio da introdução de um embrião no útero de outra mulher.

A técnica ganhou diversos nomes, tais como barriga solidária, barriga de aluguel, gestação por substituição e gestação sub-rogada. Nela, uma mulher, intitulada “mãe portadora” ou “mãe substituta”, recebe o embrião do casal ou pessoa que pretende ter o bebê e, uma vez grávida, leva essa gestação a termo. Com o nascimento da criança, a criança é entregue aos pais biológicos e o vínculo que havia entre estes e a “mãe substituta” é desfeito. O que há nesses casos, portanto, é a cessão temporária do útero de uma mulher para que sirva como instrumento para a reprodução do filho ou filha de outras pessoas, o que levanta diversos questionamentos de natureza ética, moral, religiosa e jurídica.

Vale salientar que a gestação sub-rogada pode ser categorizada de duas diferentes formas no tocante ao material genético que deu origem ao embrião: sub-rogação total, em que a totalidade do embrião que será implantado no útero da mãe substituta provém do casal interessado, tendo sido fecundado *in vitro*; sub-rogação parcial, em que uma parcela do material genético da criança pertence à mãe substituta, ou seja, apenas o espermatozoide provém do pai e é injetado por meio de inseminação artificial no útero que irá gerar o bebê. Ainda

se pode falar em um terceiro tipo de sub-rogação, em que o material genético não pertence a qualquer um dos envolvidos no processo de fertilização, como explica Ana Carolina Lessa Dantas¹:

“Há, ainda, porém, a possibilidade de denominação de uma terceira categoria de sub-rogação de útero, muito pouco debatida no âmbito acadêmico. Tal categoria consistiria em uma gestação na qual o embrião implantado não teria ligação alguma nem com a gestante de substituição, nem com o(s) requerente(s). O material genético seria proveniente, assim, de terceiros alheios ao acordo gestacional, simples doadores de gametas. Tal configuração muito se assemelha a uma adoção, tendo em vista que o(s) pai(s) afetivo(s) não estabelece(m) nenhum laço consanguíneo com a criança; seria impossível, todavia, tratá-la de tal forma, uma vez que a mãe gestacional só se prestaria a tal papel em função de um desejo prévio do(s) requerente(s) de ‘adotar’ o infante. Tal situação poderia dar-se por razões de esterilidade ou de infertilidade de ambos os membros de um casal, hétero ou homossexual, ou de um indivíduo solteiro.”

A Asociación por la Gestación Subrogada en España conceitua essa modalidade de técnica reprodutiva da seguinte maneira²:

“La gestación subrogada, también conocida como gestación por sustitución o maternidad subrogada, es una técnica de reproducción asistida en la que, además de los futuros padres, participa una mujer que gesta el embrión. Este método de reproducción es la solución para aquellas personas que tienen problemas físicos o de salud que les impiden gestar.”

Enfim, por tudo que foi exposto pode-se conceituar a gestação sub-rogada, como a técnica de reprodução médica assistida que consiste na utilização do útero de uma mulher para que esta promova a geração de um filho ou filha que não é, parcial ou totalmente, biologicamente seu, mas, sim, daqueles que são os responsáveis pelo embrião que nela foi inserido artificialmente, ou, ainda, de terceiros estranhos a todos os participantes desse processo.

Como foi dito linhas acima, essa modalidade de reprodução assistida levanta diversos questionamentos de natureza ética, moral, religiosa e jurídica. Importa para o presente estudo este último, o que será analisado no próximo

1 *Sub-rogação de útero: entre a esperança e a exploração*. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c2eb29b86c2f787#:~:text=Em%20termos%20t%C3%A9cnicos%2C%20a%20sub,%20ou%20parcial%20\(gen%C3%A9tica\)](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c2eb29b86c2f787#:~:text=Em%20termos%20t%C3%A9cnicos%2C%20a%20sub,%20ou%20parcial%20(gen%C3%A9tica)) Acesso em: 20 maio 2021.

2 *Manifiesto a favor de la legalización y regulación de la gestación subrogada en España*. Disponível em: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/images/PDF/Manifiesto.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

capítulo tendo-se como norte os ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol e mais especificamente os direitos laborais dos envolvidos na gravidez.

2 – Gestação por substituição nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol e natureza jurídica da prática

2.1 – Gestação sub-rogada no Brasil

Não há no plano jurídico brasileiro uma norma regulamentando a reprodução assistida na modalidade de gestação sub-rogada ou por substituição. As normas que mais se aproximam dessa temática no plano legislativo são os arts. 9º da Lei nº 9.263/96 e 1.597, III a V, do Código Civil.

O primeiro dispositivo legal dispõe o seguinte:

“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.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o *caput* só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.”

Já o Código Civil contém a seguinte redação em seu art. 1.597, III a V:

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

(...)

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.”

Mas a regulamentação de maior importância do âmbito brasileiro tem sua origem no Conselho Federal de Medicina. A Resolução nº 2.294/2021 do CFM, em seu item VII, que fala sobre a gestação de substituição (cessão temporária do útero), autoriza a prática em clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa

DOCTRINA

solteira. Para tanto, há diversos requisitos que devem ser satisfeitos, tal como se pode verificar a seguir:

“1. A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina.

2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.

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

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

3.2 Relatório médico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3 Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4 Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, públicos ou privados, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5 Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6 Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.”

Como se pode verificar, a legislação brasileira silencia a respeito de normas específicas destinadas à gestação por substituição, mas isso não significa a proibição do método, pois ela é admitida pelo órgão máximo de regulação da prática da medicina no Brasil. O CFM, aliás, não apenas aprova a técnica, como também regulamenta como ela deverá ser levada adiante, ocupando-se de dois aspectos fundamentais quando o assunto envolve o direito do trabalho:

DOUTRINA

o primeiro diz respeito ao necessário parentesco da mãe substituta, ou doadora temporária do útero, com um dos parceiros que pretende a gravidez, salvo exceções que deverão ser objeto de avaliação e aprovação pelo Conselho Regional de Medicina; já o segundo impõe a gratuidade da doação temporária do útero, impedindo o caráter lucrativo ou comercial da prática.

Esses dois pontos são do interesse do direito do trabalho porque obstam eventual alegação por parte da parturiente de existência de uma relação de emprego entre ela e os pais biológicos da criança.

Explica-se: se há necessidade de um grau de parentesco tão próximo com a futura gestante (até o quarto grau), é razoável que o *animus contrahendi*, ou seja, o desejo de trabalhar por conta alheia, perca sua força enquanto elemento definidor da relação de emprego. É natural nesse tipo de vínculo que a gestação seja encarada como um favor ou serviço voluntário praticado por mera benemerência em favor de um familiar a quem se ama e quer bem, seja um filho ou filha, um neto ou neta, um irmão ou irmã, um sobrinho ou sobrinha ou um primo ou prima.

Além disso, a norma acima reproduzida revela que o aceite da gestação não pode vir acompanhado por qualquer ganho, revelando que se cuida aqui de uma atividade que será exercida de forma gratuita, objetiva e subjetivamente. Não poderá existir no acordo entre os envolvidos qualquer promessa de ganho ou lucro, de tal sorte que a onerosidade que também caracteriza um contrato de trabalho não se fará presente na relação existente entre os pais e a gestante.

Ausentes esses requisitos legais, contemplados pelos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho e pelo art. 1º da Lei Complementar nº 150/2015, que regulam o trabalho subordinado em geral e o trabalho doméstico, respectivamente, não se poderá falar em relação de emprego em uma hipótese de gestação sub-rogada, mesmo que a prática seja admitida como lícita em território nacional.

Por outro lado, mesmo que se encontre uma hipótese em que esses pontos da Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina sejam desobedecidos, não seria possível a formação de um contrato de trabalho porque seu objeto não seria lícito. De fato, não poderia o útero de uma mulher e a futura criança serem os objetos do contrato de trabalho, pois isso ofenderia a dignidade da pessoa humana e não passaria pelo crivo da licitude do objeto de que trata o art. 104 do Código Civil brasileiro³.

3 Ainda vale mencionar o art. 199, § 4º, da Constituição Federal brasileira, que veta a comercialização de órgãos humanos.

Em suma, no Brasil, a gestação sub-rogada é uma prática lícita, desde que realizada de forma gratuita e entre pessoas da mesma família, observados todos os demais preceitos de ética médica referidos pela Resolução nº 2.294/2021 do CFM, mas em hipótese alguma poderá configurar uma relação de emprego entre os pais e a gestante cedente, mesmo que de natureza doméstica.

Já a questão alusiva às garantias laborais da gestante e dos pais biológicos será analisada adiante, em capítulo próprio, em face da importância que possui para o presente estudo.

2.2 – Gestação sub-rogada na Espanha

A legislação espanhola proíbe claramente a gestação por substituição. Essa previsão encontra-se na Ley nº 14/2006, de 26 de mayo, que trata das técnicas de reprodução humana assistida. Eis o teor de seu artigo 10:

“Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

Como se pode verificar, a legislação espanhola considera nulo de pleno direito eventual ajuste contratual firmado entre os pais biológicos e a mulher que cede seu útero para a gestação, seja isso feito de forma gratuita ou remunerada.

Para além disso, diferentemente do que acontece no Brasil, a lei espanhola trata de atribuir a filiação dos filhos nascidos nessa condição à mulher que deu à luz, e não àquela que eventualmente cedeu o material genético para a fecundação. Apenas ao pai biológico é que resta o direito de reclamar a paternidade da criança nascida nessas condições, ou seja, na prática, a norma torna inviável a busca por essa solução para aqueles que pretendem ter um filho ou filha por meio desse método de reprodução assistida em solo espanhol, o que leva muitos a buscarem uma solução fora de seu país.

Atento às dificuldades decorrentes dessa norma frente ao problema que envolve a gestação sub-rogada ocorrida no exterior, para onde muitos espanhóis se dirigem para obter a tão sonhada gravidez, e também aos interesses do menor, a Dirección General de los Registros y del Notariado, publicou a Instrucción de 5 de octubre de 2010, que trata do registro de filiação dos nascidos mediante

gestação por substituição. A Resolução também cuida de prevenir casos de tráfico internacional de crianças e de observar a legalidade da prática no país de nascimento, bem como a capacidade e o consentimento da mãe gestante, tudo como forma de prevenir práticas delitivas e, frise-se, salvaguardar os interesses do nascituro. Mais ainda, a norma exige a existência de uma resolução judicial para tanto e observa o artigo 7º, I, da Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 20.11.89⁴. Veja-se parte de sua exposição de motivos:

“Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.”

Reside aí mais uma diferença entre as normas brasileira e espanhola. É que as duas normativas acima referidas exigem que haja sempre o reconhecimento e menção do nome da mãe gestante no certificado de registro civil⁵, coisa que não se dá no âmbito do direito brasileiro.

4 “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

5 Ao contrário, a Asociación por la Gestación Subrogada en España diz que o Instrução de 5 de outubro de 2010 permite que se faça o registro sem menção à gestante: “Sin embargo, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y el Notariado ha dejado sin contenido efectivo la prohibición de la gestación subrogada al contemplar la inscripción en el Registro Civil de niños frutos de esta técnica siempre que el procedimiento se haya llevado a cabo en un país en el que dicha técnica esté regulada, que uno de los padres sea español y que exista una resolución judicial que garantice, entre otros aspectos, los derechos de la mujer gestante. En la anotación que se haga en nuestros registros no figurará el nombre de esta mujer” (Disponível em: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/sobre-la-gestacion-subrogada/que-es-y-cual-es-su-situacion-en-espana>. Acesso em: 27 maio 2021).

DOCTRINA

Eis o teor da segunda diretriz da Instrucción de 5 de octubre de 2010:

“Segunda. En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.”

De fato, no Brasil, tanto o item VII, subitens 3.3 e 3.5, da Resolução nº 2.294/2021, quanto o Provimento nº 63, de 14.11.2017, do Conselho Nacional de Justiça, dispõem que em caso de gestação por substituição o nome da gestante não deve constar dos assentos do registro civil. Veja-se o art. 17 dessa última norma:

“Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação. (grifou-se)

§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

§ 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.”

Seja como for, fixando a lei espanhola que o contrato havido entre os interessados na gestação e a gestante é nulo de pleno direito, resulta que não poderão decorrer dessa relação quaisquer direitos e obrigações, o que também alcança eventual relação de trabalho, até porque seu objeto resulta totalmente ilícito (art. 3.1.c) ET e art. 1.275 do CC)⁶. Em outras palavras, não poderá a mulher que cedeu seu útero alegar que trabalhou para os pais na condição de empregada comum ou doméstica ou mesmo reivindicar qualquer pagamento ou cumprimento de obrigação em razão da gestação que promoveu em favor deles.

3 – Efeitos trabalhistas da gestação por substituição para a gestante e para os pais biológicos

3.1 – Efeitos trabalhistas no Brasil

O direito brasileiro protege a trabalhadora gestante contra a despedida arbitrária ou sem justa causa desde o instante da concepção até cinco meses após o parto. Esse direito encontra-se previsto no art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitória.

Tal direito é transmitido a quem detiver a guarda do filho ou filha em caso de falecimento da genitora, tal como previsto no art. 1º da Lei Complementar nº 146, de 2014.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT também outorga direitos à trabalhadora grávida, impedindo que haja restrições ao direito da mulher ao seu emprego por esse motivo e estendendo a garantia de emprego⁷, inclusive,

6 Eis a redação do artigo 3, 1, c), do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha: “Artículo 3. Fuentes de la relación laboral. 1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado. b) Por los convenios colectivos. c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”. Vide, ainda, os artigos 1.275 e 1.305 do Código Civil espanhol (Real Decreto de 14 de julho de 1889): “Artículo 1275. Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. (...) Artículo 1305. Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido”.

7 Esse direito é irrenunciável. Nesse sentido está a Orientação Jurisprudencial nº 30 da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho.

para os casos em que a confirmação da gravidez se dê no curso do aviso prévio (arts. 391 e 391-A)⁸.

Mesmo o adotante que possua a guarda provisória da criança para fins de adoção passa a desfrutar da garantia em questão, como prevê o parágrafo único do art. 391-A da CLT.

Já a Lei nº 9.029, de 13.04.95, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso à relação de emprego, dispõe em seu art. 2º que constitui crime a prática de exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, o mesmo se dando em caso de indução, pelo empregador, de esterilização genética ou promoção do controle da natalidade, excetuados os casos de planejamento familiar orientado pelo Governo. E mais: a lei também garante o direito à mulher de ser reintegrada ao emprego em caso de despedida discriminatória ou a receber em dobro o valor devido pelo período em que o contrato deveria vigorar (arts. 2º e 4º).

Além do direito à garantia de emprego⁹, a mulher grávida também desfruta de uma licença de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário, benefício esse que é arcado pelos cofres públicos e se traduz em um direito fundamental. Dessa feita, é o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal que outorga a proteção¹⁰.

A CLT também trata desses mesmos direitos e amplia a licença em duas semanas, antes e depois do parto, para os casos em que haja recomendação médica, bem como contempla com o mesmo direito a mulher que tiver o parto antecipado (arts. 392 e 393).

A licença-maternidade é estendida à empregada ou empregado adotante ou que obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente (arts. 392-A e 392-C), o mesmo se dando em caso de falecimento da genitora ao cônjuge ou companheiro que ficar com a guarda do filho ou filha (art. 392-B). Já em caso de aborto não criminoso, o direito envolve o repouso remunerado por duas semanas (art. 395).

8 O Brasil também é signatário da Convenção nº 103 da OIT, cujo art. VI assim dispõe: “Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3º da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou em data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada”. Essa norma internalizada no Brasil ainda dispõe sobre diversos outros direitos, muitos dos quais reproduzidos na CLT, tais como licenças e direito à amamentação.

9 Vide também o teor da Súmula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho.

10 A Lei Complementar nº 150/2015, em seu art. 25, estende esse direito à empregada doméstica. A licença-maternidade ainda pode ser ampliada por 60 dias no caso de enquadramento do empregador no Programa Empresa Cidadã previsto no art. 1º da Lei nº 11.770, de 09.09.08.

DOCTRINA

Não bastassem todos esses direitos acima previstos, a gestante ainda tem o direito de romper o contrato de trabalho por orientação médica e também de ser afastada de atividades que porventura sejam insalubres. Durante o período de lactação também é necessário o afastamento de serviços em ambientes agressivos dessa natureza, tudo conforme dispõem os arts. 394 a 394-A da CLT, sem prejuízo do respectivo adicional em sua remuneração.

Finalmente, a CLT ainda concede à mãe o direito de amamentar seu filho ou filha, inclusive em caso de adoção, até que este complete seis meses de idade, podendo fazê-lo durante a jornada de trabalho por meio do gozo de dois descansos diários de 30 minutos cada um, período esse que poderá ser elástico a critério médico, conforme disposto pelo art. 396 da CLT.

Agora, é preciso saber se a totalidade desses direitos é estendida à gestante que cedeu seu útero e também aos pais biológicos da criança, afinal, o que se tem aqui é, ao menos em tese e para fins trabalhistas, uma dupla maternidade.

Na gestação sub-rogada, a gestante não é a mãe biológica da criança ou então o é apenas parcialmente, porque doou parte do material genético, sendo que após o parto, via de regra, entregará o bebê para os pais que combinaram com ela a gravidez assistida. Decorre daí que a essa mulher pode muito bem estar empregada e, portanto, ser merecedora da proteção outorgada pela Constituição Federal, pela CLT e pela legislação trabalhista esparsa.

De fato, se se entender que a proteção em questão é direcionada ao nascituro e não exclusivamente à mãe, então fica fácil compreender que todos os direitos outorgados à gestante também alcançam aquela mulher que houve por bem gerar um filho de terceiros. A proteção à maternidade diz respeito ao bebê e não apenas à mulher, sendo certo ainda que as garantias conferidas na vigência do contrato de trabalho não se encontram vinculadas à forma como se deu a gestação. Logo, a gestante que cedeu seu corpo para gerar um filho ou filha de terceiros gozará de garantia de emprego e também da licença pela gravidez, bem como de todos os demais direitos acima listados.

Mas a afirmação acima comporta exceções.

É que a gestante em questão não teria direito a desfrutar dos intervalos para aleitamento (art. 396 da CLT) caso não viesse a amamentar a criança porque a entregou de imediato aos pais que combinaram com ela a gravidez. Nesse caso, não se justificaria esse período de pausa, porque não existiria criança alguma para alimentar.

Ainda nesse caso de entrega imediata da criança aos pais biológicos, pode-se afirmar que a gestante não faria jus à licença-maternidade. É que esse

afastamento remunerado tem em vista não apenas a recuperação da mãe, mas também o acompanhamento do bebê nos primeiros anos de vida, pressuposto que se esvai caso haja sua entrega imediata aos genitores originais. Tendo em vista esse critério, a gestante gozaria dos dias de licença médica para sua pronta recuperação e deveria retornar de imediato ao emprego, sem fazer jus a qualquer benefício de natureza previdenciária¹¹ ou mesmo laboral. A ela seria aplicável, por analogia, o disposto pelo art. 392-B da CLT, que exclui o direito à licença-maternidade em caso de falecimento ou abandono do filho ou filha. Caso permanecesse com a criança por mais tempo, para fins de aleitamento e cuidado, aí sim se poderia falar em licença-maternidade e percepção do respectivo benefício previdenciário.

Outra questão importante diz respeito à pessoa ou casal que recebeu o bebê resultado da gestação sub-rogada. Teriam eles algum direito trabalhista ou previdenciário, como uma garantia de emprego ou licença-gestante e licença-paternidade?

Essas perguntas são instigantes porque, se a norma jurídica brasileira permite a gestação por substituição, então é óbvio que aqueles que serão os pais do nascituro merecem algum tipo de proteção legal, caso contrário poderão ser vítimas de comportamentos discriminatórios no âmbito do contrato de trabalho sem que, para tanto, haja algum instrumento de resistência.

Como já foi dito linhas acima, a Lei nº 9.029/95 proíbe qualquer prática discriminatória para efeito de acesso ou manutenção da relação de emprego, incluindo-se entre elas aquela que diz respeito à gravidez (art. 2º). Logo, essa norma certamente se estende ao casal ou pessoa que porventura esteja em busca de uma gravidez assistida por meio da técnica da gestação por sub-rogação. Se acaso o empregador romper o contrato de mulher ou homem que está em busca de uma gravidez por essa via, certamente poderá estar praticando um ato discriminatório e isso acarretará a aplicação da norma aqui referida, conferindo-se a essa pessoa o direito à reintegração no emprego ou ao pagamento em dobro do período de afastamento do trabalho. Pensar de forma diferente importaria ainda em violação ao art. 6º da Constituição Federal, que vê na maternidade um direito social fundamental.

Não bastasse isso, a pessoa ou um dos cônjuges que objetivou a gravidez por substituição também deverá gozar da garantia de emprego como se efetivamente grávida estivesse. É que o fundamento desse direito é o amparo

11 Também nesse sentido dispõem os arts. 71-B e 71-C da Lei nº 8.213/91, que tratam dos benefícios previdenciários devidos à gestante.

à criança também em aspectos materiais, e certamente esses recursos provêm do emprego de quem pretende ser pai ou mãe no futuro. Daí, portanto, a necessidade dessa dupla garantia de emprego: da gestante que cedeu seu útero e daquele ou daquela que será o detentor da futura maternidade ou paternidade. Portanto, ambos, a gestante e o pai ou a mãe biológica do bebê, terão direito à garantia de emprego desde a concepção até cinco meses após o parto.

Para além disso, o pai ou mãe biológica que figurar no registro civil de nascimento da criança ainda terão direito à licença-maternidade devidamente remunerada, pois permanecerão com a sua guarda e, assim, necessitarão desse tempo para convivência e cuidado do novo ou nova membro da família. Isso somente ocorrerá, é claro, caso haja a entrega imediata da criança a eles, porque então a gestante retornará ao seu emprego e os cuidados do recém-nascido permanecerão com ambos ou com um deles. A hipótese se assemelharia ao caso do falecimento da mãe e guarda do filho por um dos cônjuges ou companheiro, tal como preconizado pelo art. 392-B da CLT¹².

A esse respeito vejam-se os julgamentos abaixo, oriundos dos Tribunais Regionais Federais das 3ª e 5ª Regiões, localizados em São Paulo e em Pernambuco, respectivamente:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO DE EXTENSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE AO PAI SOLTEIRO CUJA PROLE FOI CONCEBIDA POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.

1. A inexistência de disposições legais expressas não impede que o magistrado supra lacunas por meio da analogia.

2. Tendência do direito moderno de proteger as variadas formas de famílias e os interesses das crianças e adolescentes. Princípios com sede constitucional. Estatuto da Criança e do Adolescente. Estatuto da Primeira Infância.

3. Ao pai solteiro, cuja prole foi concebida por meio de técnicas modernas de fertilização *in vitro* e gestação por substituição, deve ser estendido o direito ao salário-maternidade.

4. A presença do genitor na primeira infância é essencial ao desenvolvimento do recém-nascido. Negar a este o direito da presença de

12 Obviamente, havendo um casal fornecedor do material biológico, apenas um deles desfrutará dos direitos laborais como mãe. Ao outro, serão outorgados os direitos de pai.

DOCTRINA

seu pai neste crucial momento da vida é violar o princípio da isonomia material, tendo em vista que outras crianças, concebidas pelos meios naturais, tê-lo-ão.

5. A finalidade dos institutos das licenças parentais é privilegiar o desenvolvimento do infante, tendo prevalecente *tez* extrapatrimonial.

6. A jurisprudência caminha no sentido de favorecer os interesses da família e da criança ao interpretar a aplicação, na prática, dos referidos institutos. Precedentes.

7. Atendimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia material e da vedação à proteção deficiente.

8. Apelação improvida.” (TRF 3ª Região, Segunda Turma, Ap 0015901-31.2014.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Souza Ribeiro, j. 07.05.2019, e-DJF3 Judicial 1 de 16.05.2019)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. PRAZO DE 180 DIAS. FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* EM ‘BARRIGA DE ALUGUEL’. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA.

1. Hipótese em que a autora tendo realizado fertilização *in vitro* e gestação em ‘barriga de aluguel’, em virtude das dificuldades em engravidar, pretende seja reconhecido o seu direito à licença-maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta dias) dias e não de 150 (cento e cinquenta) dias como deferido pela UFPE, bem como indenização por danos morais.

2. Devem ser computados aos prazos previstos nos arts. 207 e 210 da Constituição Federal, os prazos estabelecidos nos Decretos ns. 6.690/08 e 6.691/08, resultando o benefício de 180 (cento e oitenta) dias para a mãe gestante e 150 (cento e cinquenta) dias para a mãe adotante.

3. A autora é, efetivamente, mãe biológica, não importa se a fertilização foi *in vitro* ou com ‘barriga de aluguel’. Os filhos são sanguíneos e não adotivos. A autora faz jus à licença-maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, o que se justifica, sobretudo, por serem 3 (três) os filhos.

4. Quanto ao pedido de indenização por danos morais, conforme posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o mero dissabor não gera o direito à indenização por danos morais.

5. ‘O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige’ (REsp 898.005/RN, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 19.06.07, DJ 06.08.07 p. 528).

6. Apelação a que se nega provimento.” (Apelação Cível 00041612320114058300, Des. Fed. Francisco Cavalcanti, 1ª Turma, j. 30.08.2012, publ. 06.09.2012)

O que não poderia ocorrer é o afastamento e pagamento simultâneos de dois benefícios previdenciários pelo nascimento do mesmo bebê, porque isso não se justificaria no caso de sua entrega imediata aos pais biológicos.

Por outro lado, sendo o caso de compartilhamento dos cuidados da criança pelos primeiros meses de vida, seja por opção dos envolvidos, seja por orientação médica, aí sim a licença-maternidade e o benefício previdenciário que lhe corresponde seriam devidos, porque isso se daria no interesse do nascituro, que deve ser protegido¹³.

Ainda deve ser garantido aos pais biológicos o direito de acompanhamento da gestante às necessárias consultas médicas durante o período do pré-natal e também o direito à licença-paternidade, de cinco¹⁴ ou 20 dias, a depender do enquadramento ou não da empresa empregadora nas disposições da Lei nº 11.770, de 09.09.08 (art. 1º, II).

3.2 – Efeitos trabalhistas na Espanha

Como já foi estudado linhas acima, a gestação por sub-rogação é expressamente proibida na Espanha e o acordo firmado entre a gestante e os pais biológicos é nulo de pleno direito, não gerando direitos e obrigações. Todavia, essa nulidade e suas consequências restringem-se ao âmbito do ajuste existente entre os envolvidos. No campo da proteção da maternidade nas esferas do nascituro e laboral, o ponto de vista deve ser bem outro.

De fato, segundo a legislação espanhola, a mulher gestante goza de vários direitos laborais, desde a confirmação da gravidez e até mesmo após o parto.

13 Não há impedimento para que as mães biológica e adotante gozem do benefício previdenciário simultaneamente, de tal modo que no caso de gestão por sub-rogação não haveria impedimento expresso pela lei. A questão é que muito provavelmente isso seria resolvido pela via judicial, em face do disposto pelas normativas do INSS, tal como se verifica por meio da leitura do art. 344 da Instrução Normativa nº 77, de 21.01.2015, do Ministério da Previdência Social, especialmente em razão de seu § 3º.

14 Nos termos do art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

Entre os mais importantes encontram-se os seguintes: direito a ausentar-se do posto de trabalho para realização de exames pré-natais e para a preparação ao parto; suspensão do contrato de trabalho; proteção contra a despedida; prestações por incapacidade laborativa durante a gravidez ou risco dela decorrente; licença-maternidade de 16 semanas pagas pela Seguridade Social; licença para amamentação; licença para cuidado do filho ou filha; redução da jornada para cuidado de filho ou filha; adaptação da jornada de trabalho, para conciliação entre a vida laboral e familiar, sem redução do tempo de trabalho.

O direito de ausentar-se do posto de trabalho para acompanhamento da gravidez está contemplado pelo artigo 37.3.f) ET, segundo o qual a trabalhadora ou o trabalhador poderá se afastar do trabalho, com direito a sua remuneração “por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre, en todos los casos, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo”.

Esse direito, no caso dos trabalhadores e trabalhadoras espanhóis, obviamente não poderá ser desfrutado por aquelas mulheres que optaram por uma gestação por sub-rogação. Somente a gestante poderá obter esse afastamento, porque a Ley nº 14/2006, de 26 de mayo, diz em seu artigo 10.2 que a filiação dos nascidos por gestação por substituição é determinada pelo parto. A mulher que forneceu o material biológico para a gravidez acordada não terá direito ao afastamento, porque a lei não a reconhece como mãe. Assim, não haveria como obrigar o empregador a conceder-lhe um afastamento para acompanhamento do pré-natal, por exemplo, na medida em que a própria legislação não apenas declara a nulidade do negócio jurídico convencionado, como também afasta o reconhecimento da mãe biológica como sendo mãe do feto ou embrião. Nos termos do artigo 10.3 de referida Lei, apenas o pai é que poderia desfrutar de dito afastamento, na medida em que pode reclamar a paternidade futuramente, mas isso caso se considere que o Estatuto dos Trabalhadores alcança homens e mulheres em seu artigo 37.3.f).

Os casos de suspensão do contrato de trabalho e de redução da jornada serão igualmente afetos unicamente à mulher que promoveu a gestação. Quem cedeu o material genético para a concepção não poderá reivindicar ditas garantias, pois, repita-se, a mãe que deu à luz é a única reconhecida pela legislação espanhola. Assim, ela é quem desfrutará de direitos, tais como aqueles previstos nos artigos 37.4 e 5, 45.1.d) e 46.3 ET. Se acaso a guarda da criança passar para

os pais biológicos em razão de decisão judicial, então aí sim essas garantias poderão ser desfrutadas por eles, mas isso porque a situação jurídica foi alterada e o fundamento para tanto passou a ser outro que não a gestão sub-rogada.

Já em seu artigo 55.5.b), o Estatuto dos Trabalhadores dispõe o seguinte:

“5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.”

Mais uma vez, pode-se dizer que esses direitos não alcançarão a mãe biológica, exceto se ela conquistar o reconhecimento da maternidade por outra via, no caso a judicial, com a adoção ou a guarda da criança. Seja como for, a garantia de emprego que vai desde o início da gestação não lhe corresponderá, como, ao contrário, seria possível no caso brasileiro. Somente a gestante que gerou o filho ou filha é que desfrutará desse direito caso esteja vinculada a um empregador. Estando a mãe biológica empregada, ela poderá ser despedida livremente, porque o direito espanhol não reconhece como válida a gestação por substituição. Sequer quando a gravidez ocorrer no exterior será possível se falar em garantia de emprego da mãe biológica durante a gestação da mãe substituta, porque o seu reconhecimento como tal somente se dará após o nascimento da criança, de tal sorte que apenas a partir de então poderão surgir

obrigações para o empregador, mas todas elas relativas ao pós-parto, tais como a licença para amamentação e para cuidado do filho ou filha e a redução ou adaptação da jornada de trabalho.

Mas em que pese a existência das normas referidas nos parágrafos anteriores, a jurisprudência do Tribunal Supremo, com vistas à proteção do menor, tem se inclinado no sentido de conferir à mãe biológica o direito às prestações previdenciárias por maternidade, ao menos nos casos em que a gestação por substituição se deu no exterior, conforme se pode verificar abaixo, em julgado de 23.12.2016¹⁵:

“GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN. Prestación de maternidad. La situación del menor, nacido por gestación por sustitución e inscrito en el Consulado de España en Los Ángeles, deriva de una sentencia extranjera que declara la filiación del niño, cuya finalidad y efectos pueden considerarse similares a los previstos para la adopción y el acogimiento. El interés superior del menor cuyo respeto es la que ha de guiar cualquier decisión que les afecte, como así se desprende de los arts. 14 y 39 CE, que dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos. VOTOS PARTICULARES.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ Madrid, que casa y anula, para resolver el debate de suplicación en el sentido de declarar el derecho de la trabajadora a la prestación de maternidad.” (Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 953/2016 de 16 Nov. 2016,

15 Não era esse o entendimento anterior, conforme julgado a seguir reproduzido: “IGUALDAD DE TRATO. PERMISOS DE MATERNIDAD Y MADRES SUBROGANTES. Interpretación de las Directivas 2006/54/CE y 2000/78/CE. No constituye una discriminación basada en el sexo el denegar un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un acuerdo de gestación por sustitución. En lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción se considera que la situación de la madre subrogante no se encuentra comprendida en la Directiva. Tampoco dicha negativa constituye una discriminación por motivo de discapacidad, pues el hecho de no poder engendrar hijos no puede considerarse ‘discapacidad para el trabajo’ en el sentido de la norma comunitaria aplicable. Validez en este sentido de las Directivas 2006/54 y 2000/78, debiendo interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. El Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial interpretando las Directivas 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en el marco de un litigio suscitado por la negativa a conceder un permiso retribuido equivalente al de maternidad o adopción a raíz del nacimiento de un niño mediante un convenio de gestación por sustitución” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, Sentencia de 18 Mar. 2014, C-363/2012).

Rec. 3146/2014, Diario La Ley, N° 8888, Sección La Sentencia del día, 23 de Diciembre de 2016, Editorial)

De fato, tudo indica que a decisão acima reproduzida encontra-se no caminho certo, porque trata de buscar um remédio para a proteção do menor. Tendo a gestação ocorrido por meios naturais ou de forma assistida, sendo a gestante a mãe biológica ou não, o certo é que a proteção da mulher e do menor é elemento essencial para a garantia da maternidade. A ideia de proteção da criança e do necessário cuidado desta por parte de seus progenitores deve ser a mesma sempre, inclusive quando a gestação ocorre por substituição. A nulidade de um acordo de vontade entre os pais biológicos e a gestante não é motivo suficiente para que se desguarneça a criança de proteções sociais, sendo certo que ponto de vista diverso terminaria por desaguar em situações de pura ofensa aos princípios da igualdade e da não discriminação, confrontando, assim, os artigos 14 e 39 CE. A culpa dos pais na afronta ao texto legal não pode servir de fundamento para prejudicar os interesses do menor, que foi justamente quem o legislador quis proteger.

Nesse sentido, cabe aqui transcrever a crítica formulada por David González Quintero em sua dissertação de mestrado¹⁶:

“Por otro lado, de lo que no cabe duda, es que esa negativa a la prestación por maternidad en los supuestos analizados, sí que tiene un principal afectado, el menor que queda desprotegido y desamparado. Así se va en contra del interés del menor, que probablemente sea lo primordial en estos supuestos y la razón con mayor peso para poder defender, tanto el reconocimiento de una filiación, como el derecho a la prestación.

Sin embargo, hay que tener en cuenta precisamente que el legislador ha decidido conceder estos derechos a quienes optan por la adopción o el acogimiento. Esto significa que se da la paradoja de que en los casos en los que se recurre a la adopción o al acogimiento es posible disfrutar de esos derechos, mientras que el de la maternidad subrogada, en la que los padres figuran como progenitores, no se ha incluido entre las situaciones protegidas, y ello con independencia de la filiación y de que la finalidad que se persigue sea la de atender al menor y estrechar lazos entre los padres y el/la hijo/a. Es decir, lo importante en el caso de la maternidad subrogada debería ser el interés del menor que debe protegerse lo mismo

16 *La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social: en especial la maternidad por subrogación. Dissertação (Mestrado) – Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p. 88-89.*

que en los supuestos de la adopción y del acogimiento, al margen de que exista un vacío legal.”

É fato, portanto, que a interpretação literal dos textos legais espanhóis deságua na completa ausência de direitos laborais por parte dos pais biológicos no caso de gestação por substituição. Porém, quando a questão é analisada pela ótica dos direitos fundamentais e, assim, da Constituição, notadamente dos princípios da igualdade, da não discriminação e da proteção do menor, chega-se à conclusão diversa. Urge, pois, que o direito espanhol sofra uma reforma que seja capaz de corrigir tamanha distorção!

4 – Conclusão

Diante dos estudos realizados ao longo deste trabalho, verificou-se que no Brasil há certo silêncio legal a respeito da possibilidade de se levar adiante uma gestação por substituição, silêncio esse preenchido pela Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina. Essa norma impõe vários requisitos para que essa técnica de reprodução assistida seja levada adiante, regulamentando a prática no País.

Além disso, o Provimento nº 63, de 14.11.2017, do Conselho Nacional de Justiça, que impede que o nome da gestante conste no registro civil da criança, termina por validar a prática, não se perdendo de vista que ela nunca poderá ser remunerada.

Todos esses fatores levam à conclusão de que no âmbito brasileiro tanto a gestante como os pais biológicos fazem jus às garantias laborais outorgadas como forma de proteção à maternidade, tais como a garantia de emprego, a licença-gestante, as licenças para amamentação e ao recebimento de benefícios previdenciários, dentre outros. Somente no caso de a gestante que cedeu o útero entregar a criança para os pais biológicos de imediato é que se estaria diante de uma hipótese em que seus direitos à licença-maternidade, salário-maternidade e outros que visem à proteção do bebê estariam restringidos, porque, nesse caso, o nascituro não estaria sob seus cuidados.

Por outro lado, na Espanha, a legislação considera qualquer ajuste que contemple a gestação por substituição nulo de pleno direito e impede que o menor seja registrado em nome de uma mãe que não a gestante. Essa norma, todavia, cede lugar a nascimentos ocorridos no exterior, desde que um dos pais seja espanhol, criando uma situação de disparidade de tratamento entre aqueles que podem e aqueles que não podem sair do país para essa finalidade, muitas vezes arcando com custos elevadíssimos. Mais ainda, diante desse quadro, a

DOCTRINA

extensão dos direitos laborais de proteção à maternidade em solo espanhol termina por alcançar tão somente a mulher grávida, e não os pais biológicos. Não bastasse isso, diante das disposições do artigo 10.3 da Ley nº 14/2006, de 26 de mayo, apenas o pai biológico poderia desfrutar de algum tipo de direito em uma gravidez dessa natureza.

Verificou-se, porém, que a jurisprudência tem corrigido o rigor da lei espanhola e protegido o menor, que é o maior interessado quando se trata de estudar as normas de proteção à maternidade. Assim é que em nome desse interesse há julgados que concedem aos pais direitos assistenciais previdenciários, como forma de afastar eventual violação aos princípios da não discriminação, da igualdade e da proteção ao menor, tudo isso em sintonia com os artigos 14 e 39 da CE.

Seja como for, é urgente que haja uma norma que proteja expressamente os interesses laborais das pessoas de nacionalidade espanhola que buscam por um filho ou filha por meio da chamada gestação por substituição, para que assim todos os interesses apontados no parágrafo anterior sejam de fato e de direito garantidos.

Já no Brasil, apesar de ser permitida a gestação por substituição, isso se dá por meio de atos normativos que não tiveram origem no Congresso Nacional, de tal sorte que a edição de lei ordinária regulando a prática e os direitos da gestante e dos pais, inclusive na seara laboral, também seria muito bem-vinda.

5 – Referências bibliográficas

- DELGADO, Mauricio Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- GRAU, Antonio Baylos; THOMÉ, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo García (Coord.). *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- MANCINI, Jorge Rodríguez Mancini. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- MANGLANO, Carlos Molero (Coord.). *Manual de derecho del trabajo*. 7. ed. Madrid: Civitas, 2007.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. 28. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

DOCTRINA

OLEA, Manuel Alonso; BAAMONDE, María Emilia Casas. *Derecho del trabajo*. 24. ed. Madrid: Civitas, 2006.

QUINTERO, David González. *La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social: en especial la maternidad por subrogación*. Dissertação (Mestrado). Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016.

Sites visitados:

[http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c2eb29b86c2f787#:~:text=Em%20termos%20t%C3%A9cnicos%2C%20a%20sub,%20ou%20parcial%20\(gen%C3%A9tica\)](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c2eb29b86c2f787#:~:text=Em%20termos%20t%C3%A9cnicos%2C%20a%20sub,%20ou%20parcial%20(gen%C3%A9tica).). Acesso em: 20 maio 2021.

<http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/sobre-la-gestacion-subrogada/que-es-y-cual-es-su-situacion-en-espana>. Acesso em: 27 maio 2021.

Recebido em: 29/07/2021

Aprovado em: 13/08/2021