

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

TALITA FRANCIELE DA SILVA

**CONCESSÃO DUPLA DE LICENÇA-MATERNIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA
IGUALDADE**

Recife - PE
2016

TALITA FRANCIELE DA SILVA

**CONCESSÃO DUPLA DE LICENÇA-MATERNIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA
IGUALDADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção de título de
bacharel em Direito na Faculdade Damas da
Instrução Cristã.

Orientador: Prof. Fábio de Menezes de Sá Filho

Recife - PE
2016

Silva, Talita Franciele da

Concessão dupla de licença-maternidade à luz do princípio da igualdade. / Talita Franciele da Silva. – Recife: O Autor, 2016.

45 f.

Orientador(a): Prof. Ms. Fábio Menezes de Sá Filho

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito do trabalho. 2. Casal homoafetivo. 3. Licença-maternidade. 4. Princípio da igualdade. I. Título.

34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-410

RESUMO

O estudo monográfico diz respeito ao instituto da licença-maternidade e a possibilidade de sua concessão dupla a um casal homoafetivo de mulheres. Essa reflexão surgiu a partir de dois casos discutidos judicialmente, no Brasil, em que, ambas as mães, gestante e adotiva, pleiteavam a concessão da licença-maternidade. Nesse contexto, analisar-se-á as consequências de tais decisões, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro apenas concede referida licença a apenas um dos requerentes, com base nas hipóteses da CLT. Entretanto, pelo fato de não existir no ordenamento jurídico brasileiro, lei alguma que trate da concessão dessa licença para as duas mães, os juízes, por meio dos métodos de integração da norma, acabaram tomando decisões que ferem princípios constitucionais. Para tanto, far-se-á um levantamento histórico do surgimento do Direito do Trabalho, voltado para a questão do labor das mulheres e de como o instituto da licença-maternidade vem evoluindo com o tempo. Outrossim, realizar-se-á um estudo a respeito da evolução do conceito e das novas modalidades de família, admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, destacando as formas de concessão de licença-maternidade, nesse contexto. Em seguida, será refletido sobre a possibilidade de concessão de licença-maternidade à luz do princípio constitucional da igualdade, bem como dos fundamentos para a concessão de referida licença. E, por último, analisar-se-á precedentes judiciais que comprovarão a controvérsia a respeito deste tema. Por último, serão apresentadas as considerações finais acerca da pesquisa.

Palavras-chave: Licença-maternidade. Casal homoafetivo. Princípio da igualdade.

ABSTRACT

The monographic study signifies the institute of maternity leave and the possibility of granting one double your hum couple homoafetivo women. This reflection came from two cases discussion din court, in Brazil, both mother, mother and adoptive, claiming the award of maternity leave. In this context, will be analyzed as consequences of such determinations, since the Brazilian legal system only admit that one license only one of applicants based at the assumptions of CLT. However hair inexistence of any Brazilian legal system, law any that case concession this license to the two mother, Judges the, through the standard integration methods, just making decisions what hurt constitutional principles. both for, far up will hum historical survey of the emergence of labor law, aimed paragraph question to the work of women and How the maternity leave Institute comes evolving with the rhythm. furthermore, perform It will hum the study regarding the concept evolution and new family rules, admitted hair Brazilian legal system, highlighting how forms of maternity leave Concession, this context. Then it will be reflected on the possibility of maternity leave concession in the light of the constitutional principle of equality, as well as the fundamentals for a license grant said. And, finally, will be analyzing previous judicial what will prove one controversy to issue this respect. By last, presented as will be end search about.

Keywords: Maternity leave. Homoafetivo couple. Principle of equality.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	parágrafo
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
art.	Artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
n.	número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
RPS	Regulamento da Previdência Social
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO Á MATERNIDADE	9
2.1 Proteção ao trabalho da mulher	9
2.2 Âmbito internacional.....	12
2.3 Proteção à maternidade como Direito Social.....	14
2.4 Alterações legislativas recentes no Brasil	19
3 RELAÇÕES ESTAVÉIS HOMOAFETIVAS E A PROTEÇÃO À MATERNIDADE	22
3.1 Evolução do conceito de família.....	22
3.2 Tipos de entidades familiares	25
3.3 Proteção à criança.....	27
3.4 Tipos de concessão de licença-maternidade	29
4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE	33
4.1 Princípio da igualdade	33
4.2 Fundamentos para proteção a maternidade	35
4.3 Análises de precedentes judiciais.....	37
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

A pesquisa analisa o instituto trabalhista da licença-maternidade, concedida aos casais homoafetivos, em razão da concessão dupla de licença-maternidade a duas mulheres, em uma mesma união homoafetiva.

Para entender a problemática, é imperioso mencionar que segundo Martinez (2012), a licença-maternidade tem como fatos geradores: o parto, o abortamento não criminoso e adoção ou guarda para fins de adoção. Delimitando de forma expressa, em quais hipóteses, será concedida a referida licença. Por outro lado, Nascimento (2011) ressalta que, em todos os sistemas jurídicos, a mulher merece tratamento particular, dispensado aos homens, tendo como fundamento para isso o aspecto fisiológico, pelo fato dela não dispor da mesma resistência física de que o homem, e pela função social, tendo em vista o interesse da sociedade em defender a família, de tal modo que a maternidade e as solicitações dela decorrentes sejam devidamente conciliadas com as ocupações profissionais.

Pontua-se, ainda, a evolução do conceito de família, que não mais é associada à figura do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, sendo bastante comum na sociedade brasileira a existência de famílias não convencionais, como, por exemplo, as famílias monoparentais, composta apenas por uma figura materna/paterna e seus filhos.

Nesse diapasão, questiona-se a possibilidade de concessão dupla de licença-maternidade, a duas mulheres em uma mesma união homoafetiva. Dessa forma, resta a dúvida de em casos como esses, como o ordenamento jurídico brasileiro deve tutelar o direito de duas mães, concedendo a licença-maternidade a ambas, ou apenas conceder a licença à gestante?

Nesse sentido, a hipótese neste trabalho declinará pela impossibilidade de concessão dupla de licença-maternidade a duas mulheres, pois em casos semelhantes, os mesmos direitos não são concedidos aos homens. Esperando-se através dessa pesquisa a reflexão sobre esse instituto, com base na realidade, na qual estamos vivendo, e buscar não apenas com base na lei, mas principalmente, com base em princípios e nas poucos precedentes judiciais, sobre esse assunto, propor uma discussão para esse problema.

Desta feita, objetiva-se, de forma geral, analisar a concessão do instituto da licença-maternidade, nas uniões homoafetivas, entre mulheres. Especificamente, busca-se apresentar um breve histórico do instituto da licença-maternidade; realizar considerações sobre o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro às novas formas de uniões afetivas; e refletir sobre o instituto da licença-maternidade.

O método utilizado será o hipotético-dedutivo, pois para tentar explicar o problema, serão formuladas hipóteses, destas deduzem-se consequências que deverão ser falseadas. Além disso, será utilizado o método dialético, como forma de analisar o objeto, dentro de um contexto histórico, no qual ele está inserido, devendo se observar os aspectos essenciais, como forma, conteúdo, fundamento, realidade, constituição, história e evolução.

Quanto à pesquisa ela será caracterizada, por ser exploratória, uma vez que busca investigar em que medida a proteção a maternidade, deve ser entendida e de que modo ela deverá ser aplicada, em face de se deparar com dificuldades de aplicação no cenário contemporâneo, no qual as relações familiares são dinâmicas, com possibilidade de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, o que leva a necessidade do debate quanto a finalidade do referido instituto, de proteção a maternidade.

Ademais, quanto a sua abordagem, será Qualitativa, posto que descreverá em profundidade a atual situação, do instituto da licença maternidade, aplicada nas relações homoafetivas, entre mulheres.

Quanto aos capítulos, o primeiro apresenta um breve histórico do instituto da licença-maternidade, dando ênfase à proteção do trabalho da mulher, desde o período de Revolução Industrial, até as alterações legislativas recentes no Brasil.

O seguinte realiza considerações sobre o tratamento jurídico, que é dado às relações estáveis homoafetivas, quanto à concessão de licença-maternidade, abordando a evolução do conceito de família; os tipos de entidades familiares contemporâneas; a proteção à criança, como função primordial da licença-maternidade; e as hipóteses de concessão de licença-maternidade.

Por fim, é realizada reflexão sobre o instituto da licença-maternidade, à luz do princípio constitucional da igualdade, bem como analisa-se os precedentes judiciais pioneiros a respeito desse tema.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO Á MATERNIDADE

Ao analisar a licença-maternidade, é necessário fazer uma breve exposição sobre seu conceito, fatos geradores, normas mais importantes e sua evolução no tempo. Ao lado disso, tratar da evolução do Direito do Trabalho, e identificar em que momento fez-se necessária a proteção da maternidade das mulheres empregadas.

Dessa forma, será proposta aqui uma explanação sobre o que hoje é entendido por licença-maternidade e de como esse instituto foi evoluindo no decorrer do tempo.

2.1 Proteção ao trabalho da mulher

Inicialmente, cumpre mencionar que o surgimento do Direito do Trabalho, segundo Godinho (2015, p. 87), é fruto do capitalismo, atrelado à evolução deste sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizandando a relação de poder que sua dinâmica econômica criava e ainda cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento da empresa.

O mesmo autor ressalta que:

O Direito do Trabalho não apenas serviu ao sistema econômico deflagrado com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra; na verdade, ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia (GODINHO, 2015, p. 87).

Essa nova realidade, trazida pela Revolução Industrial, acarretou mudanças no setor produtivo e deu origem à classe operária, transformando as relações sociais. Nesse período, com a descoberta da máquina a vapor como fonte de energia, substituiu a força humana. A necessidade de pessoas para operar as máquinas a vapor e têxteis impôs a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado.

Para Barros (2007, p. 51) apesar da substituição do trabalho escravo, pelo assalariado, surgiu nesse período uma nova forma de escravidão,

decorrente de uma liberdade econômica sem limites, com a opressão dos mais fracos.

Esse período, inicia-se com a invenção da máquina em detrimento da mão-de-obra humana, que sofreu drástica redução, quanto à sua necessidade nos meios de produção (fenômeno da automação). Nascimento (2011) discorre que houve, ainda, um aumento de produção com menor esforço psicofísico humano. Evidencia-se também a prática remuneratória dos operários com ínfimos salários e a imposição de jornadas exaustivas independentemente da idade e/ou sexo. Ademais, registrou-se acréscimo do número de acidentes de trabalho de alta gravidade. Além disso, as relações de trabalho presididas pelos critérios heterônomos das corporações de ofício foram substituídas por uma regulamentação essencialmente autônoma.

No decorrer desse período, Nascimento (2011) ensina que o trabalho da mulher foi muito explorado, principalmente para a operação de máquinas. Elas tinham preferência no trabalho dessas indústrias, devido aos salários inferiores que lhes eram pagos, em face dos homens. Ainda, sujeitavam-se a jornadas de até 16 horas diárias, recebiam salários baixíssimos e trabalhavam em condições precárias que eram prejudiciais a sua saúde.

Quanto ao trabalho das mulheres, naquela época, disserta o mesmo autor que:

O trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão de obra masculina. Os menores salários pagos à mulher constituíam a causa maior que determinava essa preferência pelo elemento feminino. O Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com a sua omissão, toda sorte de explorações. Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc. O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. 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 (NASCIMENTO, 2011, p. 908).

Ainda sobre aquela época, Barros afirma que:

O Estado se portava como simples observador dos acontecimentos e, por isso, transformou-se em um instrumento de opressão contra os menos favorecidos, colaborando para a dissociação entre capital e trabalho.

O conflito entre o coletivo e o individual ameaçava a estrutura da sociedade e sua estabilidade. Surge daí a necessidade de um ordenamento jurídico comum sentido mais justo de equilíbrio (BARROS, 2007, p. 52).

A mesma Autora (2007, p. 52) discorre que as relações de trabalho foram insurgindo-se contra os princípios liberais e reclamando a modificação de seus institutos. Tendo como causa originária para este intervencionismo o aparecimento das massas, no surgimento de uma consciência coletiva e de um sentimento de solidariedade.

Deste contexto, surge o Direito do Trabalho, como uma de suas principais funções: a promoção de medidas que garantam a proteção contínua dos trabalhadores. Para que tal finalidade seja alcançada é necessário o reconhecimento da existência de uma pluralidade de grupos de trabalhadores com características diversas e que, por isso mereçam tratamento diferenciado, não sendo suficiente apenas a criação de um patamar civilizatório mínimo para os trabalhadores de forma homogênea.

Assim, é necessário o reconhecimento das diferenças entre determinados grupos de trabalhadores, para que seja promovida uma proteção especial, de acordo com as peculiaridades de cada grupo.

Um grupo que exige tutela diferenciada pelo ordenamento jurídico brasileiro é o composto pelas mulheres. Como afirma Nascimento (2011, p. 908.), “em todos os sistemas jurídicos, a mulher merece tratamento particular, asseguradas condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas do que aquelas estabelecidas em relação aos homens”.

Conforme define Barroso:

Com o advento do Direito do Trabalho como instrumento de controle social, o Estado acaba por atingir a sua finalidade imediata, a inserção da classe trabalhadora na dinâmica do sistema capitalista, proporcionada pela melhoria de sua condição social, por normas de proteção, que inquestionavelmente proporcionam, ao menos no plano formal, a dignidade do trabalhador.

No mesmo momento, esta disciplina também atende á sua finalidade estatal mediata, a manutenção da ordem capitalista, com a mesma estrutura produtiva proporcionada pelas empresas privadas e com a continuidade da utilização da mão de obra subordinada e assalariada.

Ou seja, ocorreram mudanças conjunturais, para a manutenção da estrutura do sistema econômico, político e produtivo (BARROSO, 2010, p. 49).

Dessa maneira, o Direito do Trabalho trouxe melhorias na condição de trabalho dessas pessoas. No que se refere aos direitos e garantias da mulher, a exploração não se limitava às longas jornadas de labor que eram entre 12 e 16 horas, mas também à diferença salarial, recebendo apenas metade do valor que era pago aos homens, mesmo realizando as mesmas funções que eles. Além disso, Lima (2014, p. 7) menciona que não existiam proteção ou garantias para as mulheres que engravidassem durante o contrato de trabalho e, em razão disso, eram imediatamente dispensadas e substituídas por outra pessoa.

Nesse sentido, começa a surgir uma legislação protecionista do trabalho da mulher.

Nascimento (2011, p. 910-911) aponta que a intervenção do Estado em prol das mulheres apresenta tanto fundamentos fisiológicos, em face de sua condição física, quanto por fundamentos sociais, dada a proteção da família.

Dessa forma, não restam dúvidas quanto à importância de tal tema, para o Direito do Trabalho e para toda a sociedade.

2.2 Âmbito internacional

Pode-se, inicialmente destacar que, as primeiras leis trabalhistas voltaram-se à proteção do trabalho da mulher, como ensina Nascimento:

Em 19 de agosto de 1842, a Inglaterra proibiu o trabalho das mulheres em subterrâneos. Em 1844, foi limitada a sua jornada de trabalho a 10 horas e meia, devendo, aos sábados, terminar antes das 16h30min. Na França, em 1848 surgiram leis de proteção ao trabalho feminino. Na Alemanha, o Código Industrial, de 1891, também se ocupou do problema, fixando algumas normas mínimas. Uma das mais expressivas regulamentações é o Tratado de Versalhes, que estabelece o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, inserido em algumas constituições, entre as quais a do Brasil, e destinado a impedir a exploração salarial da mulher (NASCIMENTO, 2011, p. 909).

Nessa mesma linha, cabe registrar que, em 1919, foi criada pelo Tratado de Versalhes a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ela teve a finalidade de lutar por condições dignas de labor no âmbito internacional,

expedindo convenções e recomendações nesse sentido. A criação desse órgão internacional significou a humanização das condições de trabalho, auxiliando na busca pela paz social. O tratado foi um marco histórico em matéria de legislação trabalhista. Cristalizou-se, assim, o novo espírito, que contribuiu para o aceleração do processo de regulamentação do trabalho.

Nesse mesmo ano, foram editadas 6 convenções destinadas à proteção do trabalho da mulher. Uma dessas Convenções foi a de n. 3, de 1919, assegurou em seu art. 3º, uma licença remunerada compulsória de 6 semanas antes do parto e mais 6 semanas após o parto, mantida pelos cofres públicos e em valor suficiente para a subsistência da gestante e do bebê. Além disso, previu-se, no mesmo artigo, que ao retornar ao trabalho a empregada teria dois intervalos de 30 minutos para a amamentação. Cumpre ainda destacar que no art. 4º da referida Convenção, restou vedado ao empregador dispensar a gestante durante a gravidez em razão do parto ou da licença obrigatória.

Em 1952, a Convenção n. 3, da OIT, foi novamente revisada, desta vez por meio da Convenção n. 103, do mesmo órgão internacional, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 20, de 18 de junho de 1965, que ampliou as proteções à maternidade para as mulheres empregadas de setores não industriais, deixando a cargo de cada país a regulamentação acerca de quando a gestante gozaria a licença-remunerada, mas que deveria ser concedida obrigatoriamente após o parto e nunca inferior a 6 semanas.

Também em 1952, a OIT editou a Recomendação n. 95, acrescentando na Convenção n. 103, a possibilidade de prorrogação da licença maternidade até 14 semanas e que o salário-maternidade seria fixado em 100% dos ganhos da mulher antes do parto.

É importante destacar que a referida Recomendação n. 95 estabelecia que a empregada gestante poderia ser dispensada caso apresentasse uma postura desidiosa no trabalho em decorrência de faltas e, também expressamente previa que inexistia proteção da gestante nos contratos com prazo determinado, tendo o referido entendimento sido aplicado de forma majoritária até o ano de 2012 no Brasil, visto que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) reformou o teor da Súmula 244, e passou a admitir a proteção da gestante, mesmo nos contratos em que a gestação se inicie na vigência do

contrato à termo, no aviso prévio ou no contrato por experiência, como acima indicado.

Como ensina Barros:

No domínio do trabalho da mulher, a ação internacional assumiu dois perfis. O primeiro, de caráter tutela, articulou-se em duas direções: de um lado, a disciplina dirige-se á mulher no ciclo gravídico-pueperal (Convenções n. 3, 103 e 183 da OIT) e , de outro, impõe restrições ao trabalho da mulher, em geral, proibindo-lhe atividades insalubres, perigosas e penosas, onde se inclui o trabalho noturno nas indústrias (Convenções n. 4, 41 e 89 da OIT), em regime de horas extras e com pesos. O segundo perfil caracteriza-se pela necessidade de se atribuir as mulheres igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento com homens no trabalho (Convenções n. 100 e 111 da OIT). Contraditoriamente, esse novo perfil coexistente com as normas de tutela á mulher, embora haja uma tendência a reduzir o seu rigor, como se infere do Protocolo n. 90 da OIT e da Convenção Internacional n. 171, de 1990, do mesmo organismo, que limita a proibição do trabalho noturno das mulheres aquelas que estiverem no ciclo gravídico-puerperal (BARROS, 2011, p. 856).

Em suma, a proteção à mulher, em âmbito internacional, abrangeu tanto o período de gravidez, quanto as condições de prestação de trabalho, proibindo-as de exercer suas atividades em ambientes insalubres, perigosos e penosos, e ainda, na proteção de tratamento isonômico com os homens, no tocante a remuneração e oportunidades de emprego.

2.3 Proteção à maternidade como Direito Social

Com a Constituição de 1988 (CFRB), a proteção à maternidade passou a ser considerada como um direito social, em seu art. 6º, instituindo-se como sendo uma cláusula pétrea e delegou ao Estado o dever de realizar medidas de proteção não apenas à gestante, mas também ao nascituro.

Apesar de haver na doutrina divergência quanto à possibilidade de reformas nos direitos sociais, para Mendes, isso não é possível, como se vê:

Há polêmica quanto a saber se além dos direitos individuais, expressamente referidos no art. 60, § 4º, da CF, também os direitos sociais estariam protegidos como cláusula pétrea. De um lado, nega-se que os direitos sociais participem do rol dos limites materiais ao poder de reforma, argumentando-se que aquele dispositivo da Lei Maior fala em “direitos e garantias individuais” e não em direitos fundamentais, gênero de que tanto os direitos individuais como os sociais seriam espécies. (...) No Título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa

humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas (MENDES, 2012, p. 192).

Além disso, no art. 7º, XVIII da, CRFB, o Constituinte ampliou a licença-maternidade que já estava prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943 de 4 semanas antes do parto e 8 semanas após o parto e passou a ser de 120 (cento e vinte) dias, o que representa, aproximadamente, 17 (dezesete) semanas. Com isso, o prazo de concessão da licença à gestante foi ampliada.

As medidas de tutela à maternidade previstas nos arts. 391 a 401 da CLT estendem-se às empregadas, inclusive a domicílio, a que aludem os arts. 3º e 6º desse diploma legal.

Pelo Decreto n. 73.626, de 12 de fevereiro de 1984, determinou-se, em seu art. 4º, a aplicação dos dispositivos legais que se referem à proteção à maternidade para as empregadas rurais. Ocorre que o TST, em sua composição plena, manifestou-se contrariamente, ao argumento de que não havia previsão legal permitindo a concessão do salário-maternidade à empregada rural.

Com a CRFB, o art. 7º arrolou, entre os direitos das trabalhadoras urbanas e rurais, a licença à gestante, com duração de 120 dias. Em 24 de julho de 1991, a Lei n. 8.213 incluiu o salário-maternidade entre as espécies de prestação previdenciária do rurícola (art. 18, I, “f” e art. 71). Portanto, apenas a partir desta data o TST passou a considerar devido o salário-maternidade á empregada rural. A maternidade merece a proteção da legislação, por meio, entre outros, de dois princípios básicos: a estabilidade da gestante e a licença-maternidade.

A estabilidade da gestante é a proibição da sua dispensa sem justa causa em determinado período, que era prevista pelas convenções coletivas de trabalho, caso em que beneficiava apenas a categoria profissional, mas que foi generalizada para toda mulher pela CRFB (art. 10, II, b, do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias), que dispõe: “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”. A dispensa em desacordo com esse princípio é nula. A consequência da declaração da nulidade é a reintegração no emprego, continuando a proteção até o termo final da estabilidade.

São assegurados também todos os direitos do contrato de trabalho do período, dentro da estabilidade, em que o empregador, imotivadamente, obistou o desenvolvimento do vínculo jurídico. Observe-se que pela CRFB o início da garantia se dá com a confirmação da gravidez. Porém, a Constituição não indica a forma da confirmação, normalmente a apresentação de atestado médico ao empregador. Caso, pela convenção coletiva da categoria o início da estabilidade ocorrera a partir da concepção, é o que prevalecerá, por ser mais favorável do que a Constituição.

A licença maternidade é definida por Martinez como:

Um instituto de natureza trabalhista com previsão constitucional constante nos art. 7º, XIII. Por força dela, o empregador obriga-se a garantir o afastamento da sua contratada, sem prejuízos do emprego e do salário, por 120 dias, em virtude do estado de gestação (MARTINEZ, 2012, p. 1533).

A licença-maternidade permitiu que a empregada gestante ficasse afastada de seu trabalho, por um período de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

Nos termos do art. 101 do Regulamento da Previdência Social (RPS), o salário-maternidade para as demais seguradas consistirá:

I - em valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica;
II - em um salário mínimo, para a segurada especial;
III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em período não superior a quinze meses, para as seguradas contribuinte individual, facultativa e para as que mantenham a qualidade de segurada na forma do art. 13.

Nesse período, em que a empregada gestante fica afastada do trabalho, é considerada pela doutrina majoritária de hipótese de interrupção

contratual, embora os salários sejam pagos pelo INSS, conforme dispõem Bernardes (2015, p. 214).

Tal licença possui forte caráter social e tem como fundamento o amparo que o Estado Brasileiro concede à maternidade e, principalmente, à família, assim como ensina Barros:

A maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações. (BARROS, 2011, p. 864).

É fundamental mencionar que a licença-maternidade independe do estado civil da trabalhadora, tendo como função primordial a busca do bem-estar da criança, que, durante seus primeiros meses de vida, necessita do amparo materno em tempo integral.

Nesse sentido, Mandalozzo define a matéria da seguinte forma:

A finalidade da licença-maternidade não visa somente à mãe, mas também e principalmente ao filho. Os primeiros momentos de convivência entre mãe e filho são primordiais ao desenvolvimento pleno deste.(...) Esses períodos foram previstos para se preparar a acolhida à criança, inclusive com roupas e acomodações e, principalmente, para possibilitar a integração mãe-filho (MANDALOZZO, 1996, p. 54 apud REIS, 2012, p.16).

Além disso, a proteção à maternidade abrange o bem estar da mulher independentemente de a criança nascer ou não com vida, conforme entendimento de Barros:

O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Alias, inúmeros doutrinadores, igualmente juízes e alguns ex-ministros do TST, que abordam o tema, especificamente, defendem o descanso, independentemente de a criança nascer com vida, salvo a hipótese de aborto, dada a previsão legal específica. Se o legislador pretendesse reduzir a licença, nesta hipótese, deveria tê-lo feito expressamente, como ocorre com o Código do Trabalho da Hungria, entre outras legislações (BARROS, 2011, p. 869).

Encontra-se a licença-maternidade vinculada ao salário-maternidade, sendo este, de natureza previdenciária, devido, durante 120 dias, às seguradas pela Previdência Social, tais como empregada celetista, empregada doméstica, contribuinte individual ou facultativa, por ocasião do parto, da adoção ou da guarda judicial para fins de adoção. Tal benefício é pago diretamente pelo INSS às trabalhadoras avulsas, autônomas e domésticas, e pelo empregador, às trabalhadoras empregadas (exceto nos casos de adoção, sendo nestes casos pago pelo INSS), sendo compensado 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, conforme previsão da Lei 8.213/91.

Sua concessão independe do tempo de serviço da empregada e de período de carência, sendo que o valor do benefício não está sujeito a um limite, como ocorre com outras prestações previdenciárias.

Percebe-se que, ao conferir à licença-maternidade o caráter previdenciário, buscou-se coibir a discriminação do trabalho da mulher, uma vez que, ao retirar do empregador o encargo antes incumbido apenas a ele, pretendeu-se desonerá-lo, para que o mesmo não se sentisse compelido a limitar a contratação de mulheres em idade fértil.

Ademais, para assegurar e corroborar tal proteção, determinou o legislador, no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto, constituindo, assim, a garantia de emprego da gestante.

Um instituto correlato, criado pela CRFB (art. 7º, XIX), é a licença-paternidade, cuja duração, fixada pela ADCT (art. 10, § 1º), é de 5 dias. A finalidade é permitir o acompanhamento da mulher e do filho recém-nascido pelo pai. É encargo do empregador, ao contrário da licença-maternidade, que, embora sendo salário pago pelo empregador diretamente à empregada, é deduzível dos recolhimentos previdenciários a que a empresa estiver obrigada. O sistema é, assim, sob forma de reembolso, numa tentativa de evitar discriminação contra a mulher.

Essas são as normas pelas quais a legislação trabalhista garante proteção à maternidade, justificável, por ser absolutamente necessária sob o

prisma social, conclusão que está em consonância com as diretrizes internacionais.

2.4 Alterações legislativas recentes no Brasil

A Lei n. 11.770/2008 criou o programa “Empresa Cidadã”, como instrumento para incentivar a ampliação do prazo de concessão do instituto alvo desta pesquisa, pelas empresas, em troca de redução de pagamento de imposto de renda. Contudo, referido programa não é compulsório para todos os empregadores, devendo a empresa se cadastrar para conceder aumento de 60 dias na licença-maternidade, totalizando, 180 dias. A referida lei também ampliou para as servidoras públicas do poder público federal, a licença maternidade para 180 dias. E, além disso, recentemente, ampliou o prazo de licença-paternidade para 15 dias, além dos 5 dias estabelecidos no §1º do art. 10 do ADCT.

Por outro lado em 2013, foi promulgada a Lei n. 12.812, que criou o art. 381-A na CLT, que estendeu às garantias constitucionais da licença-maternidade às gestantes que engravidarem durante o aviso prévio ou durante um contrato com prazo determinado. A referida ampliação dos direitos da mulher foi importante para aumentar a qualidade de vida do bebê e da gestante, após o parto. Além disso, a referida lei apenas confirmou a jurisprudência do TST que havia editado a Súmula nº 244 acerca da matéria, a fim de possibilitar a proteção das gestantes que engravidaram no curso do aviso prévio ou nos contratos por prazo determinado.

Agora em 2016, existe a tramitação de um projeto de emenda constitucional (EC), que tenta alterar o prazo concedido, da licença-maternidade e da licença-paternidade. Explicação da Ementa:

Altera os incisos XVIII e XIX do art. 7º da Constituição Federal, e revoga o § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para estender de 120 para 180 dias o prazo da licença-maternidade, e para estender de 5 para 30 dias o prazo da licença-paternidade (EC, nº 41, 2015).

Pode-se citar ainda, em 2016, a tramitação do Projeto de Lei n. 1.164/2011, do Deputado Lincoln Portela (PR-MG), que prevê a ampliação da licença-maternidade em caso de nascimento prematuro:

A proposta permite a licença-maternidade superior a seis meses em caso de nascimento prematuro. A medida abrangerá os estabelecimentos participantes do Programa Empresa Cidadã, instituído pela Lei 11.770/08, que prorrogou em 60 dias a licença obrigatória de 120 dias para a empregada de empresa integrante do programa. Em contrapartida, a empresa recebe incentivo fiscal.

O projeto permite a prorrogação para além desses 60 dias no caso de bebês prematuros, por um período correspondente aos dias faltantes para que se completem 37 semanas de gravidez.

A proposta também acrescenta dispositivos à Lei 8.213/91, que trata dos benefícios da Previdência, estabelecendo que a licença-maternidade de mãe de recém-nascido internado em UTI Neonatal será acrescida de período igual ao da duração da internação. À mãe de recém-nascido internado será permitido o acompanhamento do filho três vezes a cada 24 horas durante a internação.

Por enquanto, este projeto ainda não foi votado, tendo como ultima movimentação em outubro de 2015, na qual sua situação atual é aguardando a designação de relator na Comissão de Seguridade Social e Família.

Além disso, entrou em vigor, a Lei 13.109/2015, que garante às mulheres militares 6 meses de licença-maternidade, a exemplo do que já é aplicado às servidoras civis desde 2009. Até então, as militares contavam apenas com a licença de 120 dias, sem direito à prorrogação.

A nova lei autoriza que as militares tenham a licença prorrogada uma segunda vez, além do período de seis meses, por autorização da Junta de Inspeção de Saúde das Forças Armadas, em razão da saúde do filho da militar.

As licenças maternidade, adoção e paternidade autorizadas pela nova lei ainda dependem de regulamentação por ato do poder Executivo para determinar as regras da concessão da licença e indicar as atividades proibidas às militares gestantes (...). O Relator da proposta na Câmara dos Deputados, o deputado Luiz Couto (PT-PB) ressaltou que o texto garante direitos iguais para servidores militares e civis.

As militares também ganharão com a lei o direito de pedir mudança de função durante a gravidez, quando suas condições de saúde exigirem – se devidamente atestadas pela Junta de Inspeção de Saúde das Forças Armadas.

A nova lei também garante afastamento de 30 dias no caso de aborto ou natimorto. As gestantes também poderão exigir mudança de função em decorrência da gravidez. (...) Militares adotantes também terão direito à licença, que será concedida de acordo com a idade da criança sob guarda. Para crianças de até um ano, o afastamento é de 90 dias, prorrogáveis por 45 dias. A licença será de 30 dias, prorrogáveis por mais 15, para crianças maiores de um ano.

O militar pai tem direito a cinco dias consecutivos de licença paternidade pelo nascimento ou adoção dos filhos.

As referidas garantias trabalhistas concedidas à mulher foram previstas como forma de resguardar a empregada a sua atuação no mercado de trabalho, coibindo que o empregador aja com discriminação na fase de seleção de pessoal, em decorrência de seu sexo, estado gravídico ou fase fértil. Desse modo, busca-se conceder às mulheres oportunidades iguais às percebidas pelos homens dentro do mercado de trabalho, impedindo-se que a gravidez, ou a possibilidade desta, sejam fatores determinantes no momento de contratação de empregados.

3 RELAÇÕES ESTAVÉIS HOMOAFETIVAS E A PROTEÇÃO À MATERNIDADE

O tema referente à licença-maternidade não pode ser estudado apenas sob a ótica da dogmática, sendo necessária sua análise de forma contextualizada com os anseios da sociedade, pois as relações sociais são dinâmicas, e é impossível a feitura de leis que acompanhem as modificações e evoluções da sociedade.

Dessa forma, será proposta, neste capítulo, uma explanação sobre a evolução do conceito de família, dos diversos tipos de entidades familiares, do princípio do interesse da criança e das hipóteses de concessão de licença-maternidade, no atual contexto Brasileiro.

3.1 Evolução do conceito de família

O conceito de família tem evoluindo com o transcorrer do tempo, não mais sendo associada à figura do casamento, definido como um ato solene entre a união de 2 pessoas de sexo diferentes.

Pontua-se que, desde o advento da Constituição da República de 1988, esse conceito tem-se modificado, sendo a família contemporânea constituída não somente por laços biológicos, mas também pela afetividade ou afinidade.

Essas famílias trouxeram um modo de organização e constituição próprias, que a distinguiam das formas anteriormente estabelecidas na sociedade, que consideravam a família como o núcleo formado apenas por um homem e uma mulher.

Atualmente, é bastante comum na sociedade a existência de famílias não convencionais, como as famílias monoparentais, compostas somente por uma figura materna/paterna e seu(s) filho(s), e as famílias homoafetivas, compostas por um casal, seja de homens ou mulheres, que exercem, ambos, a função de pais/mães.

Sobre o surgimento deste novo conceito de família, Dias explica que:

Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto dos dias de hoje, se insere nesse conceito. É mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento. Também vem à

mente a imagem da família patriarcal: o homem como figura central, tendo a esposa ao lado, rodeado de filhos, genros, noras e netos. Essa visão hierarquizada da família sofreu enormes transformações. Além da significativa diminuição do número de seus componentes, houve verdadeiro embaralhamento de papéis. A emancipação feminina e o ingresso da mulher no mercado de trabalho a levaram para fora do lar. Deixou o homem de ser o provedor exclusivo da família, e foi exigida sua participação nas atividades domésticas. (DIAS, 2015, p. 132)

Cumprido ressaltar, ainda, o importante papel da CRFB, ao privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, tratando dessas inovações de entidades familiares, como ensina Gonçalves:

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916. (GONÇALVES, 2012, p. 68)

A norma do art. 226, da Constituição Federal, é considerada como uma cláusula geral de inclusão, e dessa forma, não seria admitida a exclusão de entidade familiar alguma, quando houvesse o atendimento aos requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade, merecendo todas as entidades familiar tutela legal.

Acrescenta-se, também, a tutela jurídica brasileira dispensada a essas famílias não convencionais, no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, que discorreu acerca do caráter familiar dos casais homoafetivos, em julgamento da ADPF nº132- RJ e ADI 4277, no dia 13 de novembro de 2011, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo:

(...) a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. (...) Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se preferir, uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a

formada por casais heteroafetivos. (...) Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)? (...) tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição de família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. (...) Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.

Corroborando com o entendimento do STF, pode-se citar o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, que admitiu casamento civil entre pessoas do mesmo sexo:

Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana. Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.(...) Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada "família", muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica. Atentando-se a isso, o pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes, tanto desta Corte, quanto do STF -, impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.(...) Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio (STJ - REsp - 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012).

Verifica-se, assim, o entendimento consolidado pelos tribunais superiores, sobre o direito à união homoafetiva, estendendo a essas entidades familiares todos os direitos que antes eram apenas concedidos, a família tradicional, constituídos apenas por um homem e uma mulher, em respeito, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, diante da inércia do Poder Legislativo.

3.2 Tipos de entidades familiares

Sobre os diversos tipos de entidades familiares presentes atualmente na sociedade brasileira, podem ser encontrados os seguintes conforme Lobô:

a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos; b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade; c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular. (LOBÔ, 2007, p. 02)

Nesse sentido, isso corrobora com o princípio da isonomia disposto no art. 5º, da CRFB, porquanto não se pode dar tratamento diferenciado à família homoafetiva, mas, na verdade, deve ser provida proteção jurídica igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais na medida de suas desigualdades.

Hodiernamente, não existe mais uma família tradicional, que tinha como fim apenas a procriação e transmissão patrimonial. Verifica-se o surgimento de outros laços que sustentam tal relação, passando a realização pessoal como principal objetivo dessas novas entidades contemporâneas.

Nessa linha, Dias leciona que:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares - o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum-, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas (DIAS, 2015, p. 45).

A mesma autora, ainda, ressalta a importância da afetividade, ao tratar das relações socioafetivas, como se vê:

A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *affectio societatis*, muito utilizado no Direito Empresarial, também pode ser utilizado no Direito das Famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade, a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes ele uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família (DIAS, 2015, p. 52).

Nesse aspecto, cumpre mencionar que o rol do art. 226 da CRFB não é taxativo, não podendo ser possível a exclusão de qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade.

Nessa linha, é o disposto no princípio da isonomia, o qual encontra-se no art. 5º, da CRFB, que elenca a igualdade entre homens e mulheres, não só formalmente, mas também materialmente. Conseqüentemente não poderia o ordenamento jurídico brasileiro dar tratamento diferenciado à família homoafetiva, apesar da “diferença”, seja na sua forma de constituição ou sexos envolvidos, devendo o Estado oferecer toda proteção e mesmo tratamento como qualquer outra.

A problemática surge quando o casal homoafetivo deseja ter filhos, seja por meio de adoção ou outro método admitido em lei, tendo em vista que ainda não existe previsão legal para concessão de licença maternidade para, por exemplo, duas mães, surgindo, dessa forma, controvérsias a respeito de tal direito, buscando os envolvidos nesses casos o Judiciário para tentar resolver essa situação, como ocorreu no TRT da 10ª Região, na qual foi concedida a licença maternidade de 120 dias, as duas mães para ficarem em casa cuidando

de seus filhos, segundo notícia publicada no site da revista época, em 9 de maio de 2015, pelo jornalista Marcelo Sperandio.

Se entretanto, se o raciocínio for este, como fica então a situação de uma adoção por dois homens, considerando o prazo de licença paternidade extremamente curto, isto é, seria aos dois concedido um prazo de cinco dias? E se caso fosse aplicar o referido instituto da licença-maternidade, apenas um teria direito a ficar mais tempo com seu filho? E porque a companheira que apenas assistiu à gravidez tem mais direitos do que um homem nesses casos? É por falta de previsão legal? Mas ambos não estão em situações de relativa igualdade?

Conforme entendimento de Saliba e Ribeiro (2014), nessa dinâmica social, mesmo no caso de adoção, é necessário repensar como será concedida a licença-maternidade ao casal homoafetivo, sejam dois homens ou duas mulheres, sendo que, para elas, seria possível a licença-maternidade ser concedida às duas mulheres, numa união homoafetiva, dada a falta de previsão legal, devendo nesse caso o juiz decidir de forma, mais favorável ao trabalhador.

Nesse sentido, tal raciocínio, estaria em confronto com o princípio constitucional da igualdade, pois, nesse caso, não existe nenhum fator justificável que permita apenas as mulheres serem beneficiadas.

3.3 Proteção à criança

Inicialmente é preciso analisar que a função primordial da licença-maternidade é da convivência da criança com os pais, para que possa receber todo afeto que é importante para uma criança nos primeiros dias de vida. Por outro lado, trata-se de algo relevante também para os pais, que anseiam compartilhar da presença daquele novo ser em suas vidas.

Ademais, defende-se que o principal interessado é a criança, pois segundo destaca Andrade:

A licença maternidade não é um direito que pertence só à mãe, mas a família como um todo. É de interesse social que os pais tenham um período mínimo e ininterrupto de convivência. Para que possam, da melhor maneira, criar a sua prole (ANDRADE, 2014, p. 6).

Independentemente da forma de constituição, que essas famílias são formadas, a Carta Magna atribui o dever de proteção à criança e ao adolescente, como preceitua em seu art. 227 que:

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.

No mesmo sentido, o art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) assevera que:

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.

O ECA também assegura, categoricamente, o direito da criança à devida convivência familiar ao dispor que:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Diante de tais normas, depreende-se que o questionamento sobre o tipo de entidade familiar que está sendo constituída é indiferente quando estão em jogo os interesses de uma criança. Devendo o Estado e toda sociedade, buscar meios para proteção desses direitos.

Tais normas de proteção são oriundas do princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, que encontra raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959. Tal princípio aduz, em suma, que, quando houver conflitos envolvendo um menor, sua solução buscará alcançar o melhor resultado para a criança, devendo os seus interesses serem sobrepostos aos demais.

Ainda sobre tal princípio, Pereira afirma que:

Identificamos o 'melhor interesse da criança', nos dias de hoje, como uma norma cogente não só em razão da ratificação da Convenção da ONU (através do Decreto 99.710/90), mas também porque estamos diante de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma. Destacando o seu caráter interpretativo, o referido princípio cumpre uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio direito da infante-adolescência, ao mesmo tempo em que permite interpretar, sistematicamente, suas disposições, reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância. (PEREIRA, 1999, p. 223)

Desse modo, conclui-se que deve ser considerada a proteção da criança e do adolescente, como um dos fins últimos das famílias, acima da superveniência de outros direitos.

Portanto, mais do que razoável, é veementemente necessária a adequação dos direitos trabalhistas de licença-maternidade à realidade fática da atual família brasileira, superando a visão estritamente biológica dos laços parentais, ampliando, assim, os direitos para a proteção, cuidado e adaptação da criança e do adolescente sob sua tutela.

3.4 Tipos de concessão de licença-maternidade

Assim sendo, faz-se necessária a análise das hipóteses de concessão desse tipo de licença.

Primeiramente, registra-se a concessão de licença-maternidade à mãe biológica, compreendendo o afastamento da gestante durante 120 dias, do seu trabalho, como prevê o art. 392, da CLT. Cumpre ressaltar que, mesmo em caso de parto antecipado, a mulher terá direito à licença. Dessa forma, verifica-se que essa licença não está condicionada ao nascimento da criança com vida, porque, nesse caso, a empregada terá o repouso de 120 dias para se recuperar do trauma. Como aduz os §§ 2º e 3º, do art. 392, da CLT:

Art. 392 *omissis*

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.421, de 15.4.2002)

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: (Redação dada pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

(...)

Outra possibilidade de concessão é em casos de adoção ou guarda judicial de criança. A mãe adotiva passou a ter direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade por meio da Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002 a qual acrescentou à CLT o art. 392-A e à Lei n. 8.213 de 1991 o art. 71-A.

Nesses casos, se a guarda for conjunta, apenas um dos adotantes terá direito à licença. Nesses casos, ainda que o adotante seja um homem, ele também fará jus a uma licença remunerada de 120 dias. Entendimento que corrobora com a jurisprudência do STF em não permitir qualquer forma de discriminação entre casais do mesmo sexo. Nesse sentido, o empregado que adotar uma criança, independentemente de sua condição sexual, passará a ter direito à licença-maternidade.

Ressalta-se que quando há adoção é imprescindível, que seja oferecido um lar à criança e uma qualidade de vínculo, que unam o adotado e o adotante.

Salienta-se que os prazos de afastamento maternidade em casos de adoção de criança ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção, eram inicialmente de 120 dias, se a criança tivesse até um ano de idade; 60 dias, se tivesse entre um ano e quatro anos de idade; 30 dias se a criança tivesse de quatro a oito anos de idade (art. 392-A, da CLT e art. 71-A da Lei nº 8.213/91).

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.010/2009, o prazo dessa licença, foi alterado, como forma de preservar não apenas os cuidados para com a criança, mas também fortalecendo o vínculo afetivo entre a mãe e seu filho durante o estágio de convivência exigido pelo ECA. Revogando os §§ 1º, 2º e 3º do artigo 392-A, da CLT, como se verifica a seguir:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Ademais, tal mudança ainda não fora suficiente, pois à mãe adotante não houvera sido garantido o direito ao salário-maternidade, como ocorre com as gestantes, pois o seu pagamento é regido pelo artigo 71-A da Lei da Previdência Social, e não pela CLT.

Apenas em outubro de 2013, foi promulgada a Lei nº 12.873, que solucionou essa diferença. Alterando não apenas a CLT, mas também a própria Lei da Previdência Social, trazendo a seguinte redação ao art. 71-A da Lei: “Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período dos 120 dias”.

Além disso, incluiu um novo parágrafo ao art. 392-A da CLT e mais dois artigos, o 392-B e o 392-C, trazendo novos direitos ao cônjuge da mãe biológica, bem assim quanto à mãe adotante em caso de seu falecimento, como será descrito adiante.

Outra hipótese de concessão de licença-maternidade é em casos de morte da genitora. Nessa situação, é assegurado ao cônjuge ou companheiro o gozo da licença, como dispõe o art. 392-B:

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

Antes da vigência da lei anteriormente referida, diante da morte da genitora, o pai assumia a responsabilidade pela criança, sem nenhuma proteção legal, tendo que se afastar de suas atividades laborais para cuidar do recém-nascido, mas apenas lhe sendo concedido o benefício do salário-maternidade e licença-maternidade, se demanda-se em juízo, como aconteceu em um caso concreto na Justiça Federal de Brasília, em que o pai viúvo teve direito ao recebimento do salário maternidade, como se vê no seguinte aresto:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MATERNIDADE PARA O PAI DAS CRIANÇAS. ANALOGIA. I - Considerando-se que o salário-maternidade não é um benefício destinado à mãe segurada, mas sim à proteção da criança em seus primeiros meses de vida, impõe-se ratificar o entendimento do r. Juízo a

quo, no sentido de que aplica-se in casu o princípio constitucional da isonomia para que a criança que não pode ter os cuidados e a atenção de sua mãe em seu início de vida, possa receber esses cuidados de seu pai, que não seriam integrais, caso não lhe fosse concedido o benefício em epígrafe. II - Apelação do INSS improvida. (TRF-3 - AC: 1684 SP 0001684-04.2011.4.03.6127, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 21/05/2013, DÉCIMA TURMA. grifo do autor).

Destaca-se também a licença concedida aos empregados, que desejam adotar ou obter guarda judicial para fins de adoção, disposto no art. 392-C, da CLT. Norma de grande importância, pois amplia também ao homem, o gozo da possibilidade de dispor de uma licença-maternidade, assim como as mulheres, adequando, assim, a nova realidade das famílias brasileiras, como foi demonstrada no início desse capítulo, e previsto em lei de seguinte forma: “Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)”.

Situação tal foi enfrentada no caso de um supervisor de *call center* e seu companheiro que adotaram um casal de irmãos de 8 e 9 anos de idade, e acionante obteve o direito à licença-maternidade para adaptar as crianças à nova família no primeiro quadrimestre após adoção, conforme informação obtida no boletim diário, em 25 de agosto de 2015, no site do CNJ.

Cabe ressaltar, por fim a prorrogação do período da licença-maternidade, para mais 60 dias, com a promulgação da Lei nº 11.770/2008, desde que a empregada faça parte de uma empresa que tenha aderido ao Programa da Empresa Cidadã e que ela, tenha feito o requerimento de prorrogação do prazo, até o fim do 1ª mês após o parto.

Além disso, a empregada durante essa prorrogação não poderá exercer atividade remunerada, nem a criança poderá ser mantida em creche.

Também faz jus a tal prorrogação a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, desde que atendidos aos requisitos anteriores.

4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE

Em face desse novo cenário de entidades familiares contemporâneas, faz-se necessária a adequação dos direitos trabalhistas referentes à licença-maternidade a esta nova realidade.

Nesse sentido, nossa legislação trabalhista, vem contrariando o dever de amparo constitucional, no que se refere ao princípio da igualdade, ao conceder licença-maternidade, a duas mulheres numa união homoafetiva; quando em casos semelhantes, apenas é concedida a licença-maternidade apenas a uma das pessoas envolvidas, seja em casos de adoção ou nascimento de bebê, como explanado no capítulo anterior.

4.1 Princípio da Igualdade

Sobre o tema em foco, reza a CRFB, em seu art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, vedando a discriminação de qualquer natureza. Mas, na verdade, o que isso significa? Tal questionamento é respondido por Mello, que explica o seguinte:

É insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: Quem são os iguais e quem são os desiguais? (MELLO, 2000, p. 05-06)

Assim, pode-se analisar esse princípio nos 3 modelos estatais do capitalismo contemporâneo.

Primeiramente, fala-se do modelo de Estado Liberal, que prevalecia a noção de igualdade perante a lei, também conhecida como isonomia formal. Essa igualdade era apenas privilégio de poucas classes, era direito assegurado apenas aos detentores do poder. Ela era interpretada de forma generalizada e não se adaptava às necessidades dos cidadãos.

Sucessivamente, depara-se com o Estado de Bem-Estar Social, instalado por volta dos anos 1940 a 1960, trazendo a ideia de igualdade na lei, também chamada de igualdade material. Segundo Reis (2012, p.03-04), essa igualdade substancial implicou a concretização da liberdade positiva e a vedação de tratamentos desiguais a pessoas que se encontravam em situações de igualdade, vedando, assim, a discriminação. Pontua-se que o Brasil não logrou êxito no cumprimento desse tipo de igualdade.

Hodiernamente, no Estado Democrático de Direito, a igualdade deve ser interpretada como igualdade por meio da lei, assumindo contornos de igualdade formal e igualdade substancial, como ensina Reis (2012, p. 04).

A referida autora (2012, p. 04) ainda afirma que o princípio da igualdade sugere a criação de um direito material pautado no tratamento diferenciado em relação a pessoas que estejam em situação de desigualdade, como forma de alcançar o fim da igualdade real.

Nesse sentido, Barroso (2000, p. 32-34) ensina que a igualdade não está de encontro com o estabelecimento de situações jurídicas desiguais, pois a própria Constituição da República permite o tratamento diversificado, em face do sexo, idade e nacionalidade, mas desde que tenha fim legítimo e atenda a fatores razoáveis.

Verifica-se, então, que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado como parâmetro para atribuir validade de tratamento desigual, e não discriminatório, às situações em que há o clamor da aplicação do princípio da igualdade.

Nesse caso, deve ser investigado, de um lado, aquilo que é dotado como critério discriminatório; e, de outro, se há justificativa racional, que fundamente o traço desigualador acolhido, para que se possa atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada, conforme ensina Mello (2000, p. 16).

Em outras palavras, deve haver uma correlação lógica, entre o fator diferencial e a diferenciação consequente.

Assim, surge a problemática em torno da concessão dupla de licença-maternidade, pois qual seria o fator de diferenciação, que se poderia citar da mulher que assiste ao parto de sua companheira? Em que situação de desigualdade essa mulher se encontra, em face, de um homem/genitor, que

assiste à gestação de sua mulher? Ou de dois homens que pretendem ter um filho ou adotar? Seria apenas o fato de ser “mãe”, que garantiria a tal mulher esse direito à licença-maternidade, já concedido a sua companheira que engravidou? Desses questionamentos, surgem as abordagens seguintes.

4.2 Fundamentos para proteção a maternidade

Respondendo às perguntas anteriormente formuladas, faz-se referência primeiramente ao entendimento de Nascimento, outrora citado, quando foi brevemente abordado sobre o fundamento da proteção da mulher no ordenamento jurídico brasileiro e principalmente pelo Direito do Trabalho.

O mencionado autor aponta os seguintes fundamentos defendidos pela doutrina para justificar a intervenção do direito na defesa da mulher empregada:

1) *Fundamento fisiológico*: a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem e a sua constituição é mais frágil, de modo a exigir do direito uma atitude diferente e mais compatível com o seu estado; 2) *Fundamento social*: interessa à sociedade a defesa da família, daí por que o trabalho da mulher deve ser especialmente protegido, de tal modo que a maternidade e as solicitações dela decorrentes sejam devidamente conciliadas com as ocupações profissionais. O filho em idade de amamentação necessita da presença da mãe. A mulher, por ocasião do parto, precisa de repouso conveniente. O tempo dedicado pela mulher ao trabalho fora de casa não deve ser um entrave a impossibilitar-lhe o cumprimento dos seus deveres domésticos. Nem toda atividade industrial ou comercial é própria para a mulher, impondo-se um critério seletivo por meio de determinadas proibições legais. A criança em idade escolar não pode dispensar a assistência da mãe, complementar ao estudo e à formação pedagógica obtida na escola. Assim, as leis trabalhistas devem refletir, na medida adequada, os valores principais que devem presidir a regulamentação jurídico-social do trabalho feminino. (NASCIMENTO, 2012, p. 910-911)

Desse modo, observa-se, que no caso de concessão de licença-maternidade, a mulher grávida se enquadra no fundamento social em prol da maternidade e todas as solicitações dela decorrente, fazendo jus ao fator diferenciável, que a coloca numa situação de desigualdade em face do homem.

Nesse aspecto, não resta dúvida de que a mulher que assiste à gestação não se adequa a fator algum diferenciável que a coloque em alguma situação de desigualdade, e que de tal forma mereça proteção, a fim de ser

alcançada a uma situação de igualdade, quando se faz uma comparação com pessoas de outro sexo, que estejam em iguais situações.

Corroborando com este entendimento, Martins aponta que:

Os fundamentos de proteção ao trabalho da mulher dizem respeito a sua fragilidade física (...)

As medidas de proteção, porém, só se justificam em relação ao período de gravidez e após o parto, de amamentação e a certas situações peculiares à mulher, como de sua impossibilidade física de levantar pesos excessivos, que são condições inerentes à mulher. As demais formas de discriminação deveriam ser abolidas.

O art. 5º da Constituição proclama a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O Inciso I do mesmo artigo estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (MARTINS, 2009, p. 585).

Além disso, é importante salientar que o conceito de família evoluiu e a mulher não é mais considerada a única responsável pelo cuidado da entidade familiar, como no modelo de sociedade patriarcal, sendo admitido no ordenamento jurídico brasileiro outros tipos de entidades familiares em que ela não esteja presente, como demonstrado alhures, a exemplo da monoparental.

Nessa linha, o Poder Judiciário tem atuado de forma mais ativa, para garantir direitos tutelados, em face da inércia do Poder Legislativo, ou seja, o Poder Judiciário passou preponderantemente a criar novas regras em razão da ausência de leis que deveriam ter sido criadas pelo legislador ordinário.

No caso da licença-maternidade, verifica-se que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro alguma previsão legal ou regulamentação que permita a sua concessão para duas mulheres, em uma mesma união homoafetiva.

Entretanto, tal licença foi concedida em duplicidade, pela Justiça do Trabalho brasileira, na atitude do magistrado de igualar direitos e aplicar o princípio constitucional da igualdade, tendo em vista o seu dever de solucionar os conflitos, diante da ausência de previsão legal.

Nessa esteira, pode-se verificar de forma genérica (já que o intuito deste trabalho não é a análise pormenorizada de casos concretos) que tal precedente gera uma reflexão acerca de como será concedida a licença-maternidade, diante de casais homoafetivos, sejam dois homens ou duas mulheres.

Sendo assim, novos modelos de constituição de famílias surgiram com o avançar da sociedade e dão origem a situações não previstas, até então, pelo legislador, deixando em descoberto direitos civis, trabalhistas e previdenciários de diversos cidadãos.

Essas modificações e pluralidades não podem deixar na orfandade jurídica os novos núcleos que surgiram, pois, como visto alhures, a licença-maternidade visa a atender não somente à recuperação da gestante, mas também as necessidades da criança, como cuidados psicofísicos, destinando-se a estreitar os laços afetivos, garantindo assim à criança um desenvolvimento saudável.

4.3 Análises de precedentes judiciais

Neste momento, passa-se à análise de precedentes judiciais que demonstram a diferença de tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao instituto da licença-maternidade e que comprovam a controvérsia desse tema.

Primeiramente, transcreve-se o caso de um homem que mantinha relação estável homoafetiva, e que, ao adotar uma criança, apenas lhe foi concedida licença-paternidade, ou seja, pelo período de 5 dias. Inconformado, o mesmo impetrou um mandado de segurança, a fim de garantir o direito à extensão do prazo de licença-maternidade, cujo pedido foi assim analisado:

(...)

Com efeito, a importância da instituição familiar levou o legislador constituinte a conceder especial proteção do Estado à família, que é a base da sociedade (art. 226, CF).

A argumentação apresentada pelo impetrante desenvolve-se sob duas linhas, ambas calcadas na isonomia: a impossibilidade de discriminar homem integrante de par homossexual e mulher para fins de licença adotante; e a impossibilidade de discriminar, do ponto de vista de prazo, licença aos que adotam e aos que tem filhos naturalmente. (...)

Nessa vertente, há espaço para a aplicação do precedente vinculativo do STF, firmado nos autos da ADPF 132, propiciou interpretação conforma à Constituição do art. 1.723, do Código Civil, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar (...). E no caso da adoção, não há peculiaridades biológicas a justificar o tratamento diferenciado, a não ser aquela que restou afastada pela Suprema Corte (...).

Todavia, para que daí não se extraia privilégio em relação à família tradicional, a concessão deve ser condicionada à prova ou declaração de que seu parceiro não usufruiu nem postula benefício semelhante.

Isto posto, **DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR** para determinar que a autoridade coatora **conceda ao impetrante licença adotante** (...),

condicionando-se a eficácia dessa liminar à vinda aos autos de certidão ou declaração do parceiro afetivo do impetrante de que não postulou nem postulará benefício semelhante em qualquer instância.

(...) (TRF/2º Região – 32ª Vara Federal, Mandado de Segurança, Proc. n. 2014.51.01.008790-1, 11/07/2014, grifos acrescidos).

Nesse caso, verifica-se que apenas foi concedida a licença-maternidade apenas para um dos adotantes, desde que o outro não pretendesse postular judicialmente benefício semelhante, pois ambos não poderiam, ao mesmo tempo, usufruírem do período de licença-maternidade, qual seja, de 120 dias, conforme art. 392, *caput*, da CLT.

Nessa linha, é a previsão do §5º, do art. 392-A, da CLT, dispondo que: “§5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada”. Dessa forma, o casal deve escolher àquele que irá passar tempo integral com a criança.

A seguir, analisa-se a concessão de licença-paternidade nos moldes de uma licença-maternidade, em virtude do falecimento da companheira de um servidor público, durante complicações no parto:

Reexame necessário. Mandado de segurança. Licença-paternidade nos mesmos moldes da licença-maternidade. Pai de recém-nascido. Óbito da companheira. Servidor público. Licença por 180 dias. Indeferimento por parte da Administração. Violação aos princípios constitucionais. Sentença confirmada. No caso, a ausência da mãe, a qual faleceu dias após o parto, acentua a necessidade da presença do pai, para assegurar à criança o direito constitucional à vida, à saúde, à alimentação, de modo a permitir o seu desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. A ausência de previsão legal específica relativamente à licença-paternidade, nos casos de pais de recém-nascidos, viúvos por força do óbito do cônjuge ou companheira, não constitui óbice à concessão do benefício, que decorre diretamente de normas constitucionais de eficácia plena disciplinadoras da licença-maternidade em geral, dado o princípio da isonomia. Sentença confirmada (TJRO - 2ª Câmara Especial, Reexame Necessário nº 0009753-96.2013.8.22.0014-Vilhena-RO, Rel. Des. Ilisir Bueno Rodrigues, 15/7/2014, v.u.).

Tal posicionamento corrobora com a previsão legal do art. 392-B, da CLT, visto alhures, que, em casos de morte da genitora, seu companheiro terá direito à licença-maternidade por todo o período ou pelo tempo restante, a depender do gozo ou não desse período pela gestante.

Por fim, cumpre destacar o caso de concessão de licença-maternidade a duas mulheres, pelo TRT da 10ª Região, Julgado em 2014, conforme pode ser visto adiante:

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Distrito Federal e Tocantins) confirmou liminar que concede licença-maternidade às duas mulheres que, casadas, tiveram trigêmeos (...). A decisão (...) é considerada um avanço entre os advogados trabalhistas. (...) A gestante deu entrada no hospital para fazer o parto de seus três filhos. Ela é casada com Fabiane. Os três filhos foram registrados em nome do casal. Desde que as crianças nasceram, a gestante está em licença-maternidade, como deve acontecer com todas as mulheres que engravidam. Já Fabiane, sua companheira que não engravidou, cumpriu licença-paternidade, de cinco dias. Insatisfeita com o pouco tempo para cuidar dos seus trigêmeos, Fabiane entrou com uma ação na Justiça pedindo para o (...), seu empregador, lhe conceder licença-maternidade. O motivo para o pedido: o casal definiu que as duas mães deveriam amamentar seus três filhos. Na decisão, a juíza (...) evocou uma frase do jurista francês Jean Cruet, morto no século passado: “A lei não modifica os fatos, mas os fatos é que modificam a lei”. Ficou determinado que Fabiane tem direito a 180 dias de licença-maternidade, a partir da data de nascimento dos trigêmeos. De forma elegante, a magistrada defendeu que a filiação materna não advém exclusivamente do parto. E concluiu: ‘Novos modelos de constituição de famílias surgiram com o avançar da sociedade e dão origem a situações não previstas pelo legislador, deixando em descoberto os direitos civis, trabalhistas e previdenciários de diversos cidadãos. Essas modificações e pluralidades não podem deixar na orfandade jurídica os novos núcleos que surgiram. Famílias monoparentais, pluriparentais, recompostas ou mosaicos, todas as formações familiares devem ser respeitadas e são dignas de tutela, pois são norteadas pelo ideal da felicidade. (...) No caso em análise, a Reclamante e sua companheira constituíram uma entidade familiar baseada na afetividade, na comunhão de vida e na assistência mútua, emocional e prática. E dessa união, formalmente reconhecida, nasceram três bebês, registrados em nome do casal. Formam uma família, com estrutura diferenciada, onde se encontra presente a figura de duas mães. E é com esta nova realidade, que os filhos irão crescer. (...) Se existem novos modelos familiares, estes devem ser dignos de proteção do Estado’ (SPERANDIO, 2014, p. 1).

Com esta decisão, está-se diante de um caso em que tanto a mãe biológica como a adotante, que constituíam uma entidade familiar, tiveram direito ao benefício de licença-maternidade, ficando evidente a controvérsia deste tema, quando se está diante de outras hipóteses de concessão de licença-maternidade, como visto acima.

Nessa linha, em casos análogos, o TST vem reconhecendo o direito, às mães adotivas, à licença-maternidade, conforme se observa:

LICENÇA-MATERNIDADE. MÃE ADOTIVA.

A Lei n.º 10.421/2002 estendeu às mães adotivas o direito à licença-maternidade (...)

A ausência de legislação específica concedendo a licença-maternidade à mãe adotiva não desobriga o juiz de examinar a questão à luz dos princípios incidentes na hipótese e dos recursos integrativos previstos no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

O artigo 7º, XVIII, da Constituição da República assegura à empregada "licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias". O fato de a norma referir-se à "gestante" não exclui a possibilidade de se estender esse benefício às mães adotivas, uma vez que o artigo 227, § 6º, do mesmo diploma equiparou os filhos adotados aos biológicos, o que é de veras razoável, a fim de evitar discriminação e proporcionar ao adotado os mesmos direitos do filho biológico, porquanto após o nascimento tanto um quanto o outro necessitam dos mesmos cuidados, atenção e afeto da mãe (TST - RR: 4432300-91.2002.5.04.0900, Data de Julgamento: 30/06/2010, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/08/2010. grifos acrescidos).

Assim, verifica-se que diante da ausência de previsão legal, ao juiz lhe é permitido pelos métodos da integração, solucionar o conflito mediante os recursos integrativos do art. 8º, da CLT: jurisprudência, analogia, equidade, princípios e ainda usos e costumes, desde que nenhum interesse particular prevaleça sobre o interesse público.

Entretanto, observa-se que em casos de adoção, somente é devido uma única licença-maternidade relativa à criança menor de idade, decorrente do mesmo processo de adoção, como é previsto no §5º, do art. 392-A, da CLT, mas, nos casos de licença-maternidade para a gestante e uma adotante, o ordenamento jurídico é silente.

Importante destacar que, se em toda a oportunidade em que um membro do casal, sem contribuir com material genético, venha a adotar filho biológico do outro cônjuge, isto geraria, necessariamente, a percepção de duas licenças-maternidade para o mesmo filho, o que é vedado pelo artigo anteriormente mencionado.

Diante dessa situação, em que duas mães postulam judicialmente, a concessão dupla de licença-maternidade, e eventualmente tem seu pleito deferido, observa-se a flagrante violação ao princípio da igualdade, pois quando se está diante de dois homens, que constituem uma entidade familiar, é aplicado o artigo supramencionado, concedendo a licença-maternidade apenas a um dos adotantes, não sendo permitida, em nenhuma hipótese, a concessão de referida licença para ambos, conforme leciona Barroso, *in verbis*:

A ideia de igualdade não esbarra o estabelecimento de situações jurídicas desiguais, pois a própria Constituição da República impõe o tratamento diversificado (em relação a sexo, idade e nacionalidade, desde de que, logicamente, não importe em discriminação). Não obstante, o fundamento dessa conduta deve perseguir fim legítimo e ser baseado em fatores razoáveis. (BARROSO, 2000, p. 32-34 apud REIS, 2012, p. 4).

Sobre esse tema, Delgado destaca que:

Esse princípio deve ser baseado na lei, pois só a norma jurídica pode estabelecer o parâmetro do tratamento desigual a ser delegado a determinados grupos sociais, em razão de sua necessidade ou peculiaridade em relação aos seus demais pares e, deve ser fundado em critérios razoáveis que não impliquem discriminação, que é o tratamento desigual em virtude de fator injustificado. (DELGADO, 2007, p.49 apud REIS, 2012, p. 5).

Portanto, conceder a um casal formado por duas mulheres licença maternidade dupla, fere de forma explícita os princípios de igualdade e razoabilidade, pois em situações análogas se verifica que aos homens são dados tratamentos diferenciados.

CONCLUSÃO

Diante da análise levantada neste estudo monográfico acerca da possibilidade de concessão dupla de licença-maternidade a um casal homoafetivo de mulheres, verifica-se que essa concessão desprestigia e afronta o princípio constitucional da igualdade.

Inicialmente foi realizado um levantamento acerca do surgimento do Direito do Trabalho e de sua importância para a proteção da maternidade, permitindo a evolução do instituto da licença-maternidade, com a ampliação de tal direito.

Em momento seguinte, uma análise, quanto à evolução do conceito de família diante da atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, e de como esta atuação tem gerado uma situação de desigualdade, quando se trata de concessão de licença-maternidade a casais homoafetivos.

Utilizou-se de precedentes judiciais com a finalidade de demonstrar o tratamento diversificado que é dado pelo ordenamento jurídico brasileiro, à concessão de licença-maternidade, e que comprovam a controvérsia acerca da possibilidade de concessão dupla dessa licença.

Conforme visto, para que haja um tratamento jurídico diversificado, é necessário que tal conduta seja fundada em um fator jurídico ou social justificável, que trate os desiguais de forma desigual e os iguais de forma igual, proporcionando, assim, uma situação isonômica na sociedade materialmente.

Sendo assim, conclui-se que a falta de previsão legal, não deve permitir que o juiz, por meio dos métodos de integração do Direito, venha a inovar de modo a se distanciar dos princípios e dispositivos legais aplicáveis analogicamente ao caso, impondo um tratamento desigual, o que é vedado constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Aline Duarte. **Licença Maternidade para casais homoafetivos: a concessão do direito a licença maternidade**. 2014. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=505>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROSO, Fábio Túlio. **Manual de Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

BERNARDES, Simone Soares. **Direito do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. **Consolidação das leis Trabalhistas**: Lei Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Lex: coletânea de legislação: 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Lex: coletânea de legislação: 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Lex: coletânea de legislação: 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Justiça Federal (32ª Vara Federal). **Decisão no Mandado de segurança (n. 2014.51.01.008790-1)**. Rio de Janeiro, 11 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1386_8486280052fd45237d5482a51a706427.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2016.

_____. **Lei nº 8.213**, de 24 de Julho de 1991. Lex: coletânea de legislação: 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei 11.770**, de 9 de setembro de 2008. Lex: coletânea de legislação: 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei nº 12.010/2009**, 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 28 maio, 2016.

_____. **Lei nº 12.812**, de 16 de maio de 2013. Lex: coletânea de legislação: 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei nº 13.109/15**, 25 de março de 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13109-25-marco-2015-780397-publicacaooriginal-146523-pl.html>>. Acesso em: 07 dezembro. 2015.

_____. **Projeto de Emenda a Constituição**, de nº 41, 2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120501>>. Acesso em: 07 dezembro. 2015.

_____. **Projeto de Lei nº 1164 de 2011**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camارانoticias/noticias/TRABALHO-E->

PREVIDENCIA/499626-TRABALHO-AMPLIA-LICENCA-MATERNIDADE-EM-CASO-DE-NASCIMENTO-DE-BEBE-PREMATURO.html>. Acesso em: 07 dezembro. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Julgamento - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25 de outubro de 2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em: 30 março, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento conjunto da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Plenário, Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Apelação cível nº 1684-SP (0001684-04.2011.4.03.6127)**. Relator: Desembargador Federal Sergio Nascimento. São Paulo, 3 de junho de 2013. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/2825567>. Acesso em: 30 de março de 2016.

CNJ. **Boletim CNJ em dia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/acymailing/archive/view/listid-6-boletim-diario/mailid-7334-boletim-cnj-em-dia>>. Acesso em: 02 maio, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DIAS, Maria Bereneci. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Lucas Barbalho. A proteção á maternidade no Brasil: Estudo acerca dos avanços da proteção a maternidade e de questões ainda não tuteladas pelo Direito do Trabalho brasileiro na Pós Modernidade. In: XXIII CONGRESSO NACIONAL CONPEDI DA UFPB, 11, 2014, João Pessoa. **Anais...** João Pessoa: UFPB, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bd26c6a5924c3aae>. Acesso em: 6 mai. 2015.

LOBÔ, Paulo Luiz Neto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e teoria geral do trabalho, relações individuais e coletivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OIT. **Convenção nº 03 de 1999**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-maternidade>> Acesso em: 07 novembro. 2015.

OIT. **Convenção nº 103 de 1952**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 07 novembro. 2015.

OIT. **Recomendação 95 de 1949**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/463>>. Acesso em: 07 novembro. 2015.

PORTAL. **Boletim AASP**. 2014. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/boletins/boletins_email/2923/cad3_jurisprudencia.a_sp>. Acesso em 20 maio, 2016.

REIS, R. O; MIRAGLIA, L. M. M. Da possibilidade de concessão de licença-maternidade aos pais solteiros e casais homossexuais masculinos. In. XXI ENCONTRO NACIONAL CONPEDI DA UFUMG, 6., 2012, Uberlândia. **Anais...** Uberlândia: UFUMG, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c215b446bcdf956d>>. acesso em: 6 mai. 2015.

SPERANDIO, Marcelo. **Justiça dá licença-maternidade para casal de mulheres com trigêmeos**. 2014. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/felipe-patury/noticia/2014/05/justica-confirma-licenca-maternidade-para-bcasal-de-mulheresb.html>>. Acesso em 20 maio, 2016