

A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE NO CONTEXTO DAS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES À LUZ DO RE 1.211.446/SP

Priscilla Rezende Tavares

SUMÁRIO: Introdução; 1. Evolução da licença-maternidade no ordenamento jurídico brasileiro; 2. Novas configurações familiares e critérios para a concessão da licença-maternidade neste cenário; 2.1 As novas configurações familiares; 2.2 Os diferentes critérios para a concessão da licença-maternidade; 2.3 A correspondência ou não entre a legislação e as hipóteses de organizações familiares existentes; 3. Análise do Recurso Extraordinário nº 1.211.446/SP; 3.1 Possibilidade de concessão da licença-maternidade para as duas mulheres (mãe gestante e mãe não gestante); 3.2 Possibilidade de concessão da licença-maternidade apenas para a mãe gestante; 3.3 Possibilidade de concessão da licença-maternidade apenas para a mãe não gestante; 3.4 Possibilidade de que as duas mulheres escolham consensualmente qual delas recebe a licença-maternidade; Considerações finais.

RESUMO

Este artigo almejou compreender os critérios de concessão da licença-maternidade nos contextos das novas configurações familiares, considerando o Recurso Extraordinário nº 1.211.446/SP, no qual se discute a possibilidade da concessão da licença-maternidade na hipótese de mãe não gestante em união homoafetiva cuja companheira engravidou por inseminação artificial, situação na qual houve fecundação do óvulo da mãe não gestante, sendo também mãe biológica. De início, realizou-se levantamento bibliográfico sobre a licença-maternidade e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, pesquisou-se acerca da mudança nas configurações familiares e como isso afetou a concessão da licença-maternidade. Ao final, conclui-se que deve ser possível que as duas mulheres (mãe gestante e mãe não gestante) escolham consensualmente quem fica com a licença-maternidade, pois este benefício deve ser concedido considerando os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proteção à família, sob o fundamento de maximização de direitos fundamentais, tanto para as mães quanto para a criança, no âmbito familiar. Além disso, o benefício também deve ser concedido considerando os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade.

Palavras-chave: Novas configurações familiares; Licença-maternidade; Recurso extraordinário nº 1.211.446/SP; União homoafetiva; Inseminação artificial.

THE POSSIBILITY OF GRANTING MATERNITY LEAVE IN THE CONTEXT OF NEW FAMILY SETTINGS CONSIDERING THE EXTRAORDINARY APPEAL 1.211.446/SP

ABSTRACT

This article aimed to understand the criteria for granting maternity leave in the context of new family settings, considering Extraordinary Appeal 1.211.446/SP, which discusses the possibility of granting maternity leave in the hypothesis of a non-pregnant mother in a same-sex union whose partner was artificially inseminated with her egg, so she is also a biological mother. Initially, a bibliographic survey was conducted on maternity leave and its evolution in the Brazilian legal system. Then, research was made about the change in family setting and how it affected the granting of maternity leave. Finally, it was concluded that it must be possible for the two women (pregnant mother and non-pregnant mother) to choose consensually who takes the maternity leave, because this benefit must be granted considering the constitutional principles of equality, of the dignity of the human person and family protection, based on the maximization of fundamental rights for both mothers and the child, in the family context. In addition, the benefit must be also granted considering the current jurisprudential understandings about same-sex union and multiparenting.

Keywords: New family settings; Maternity leave; Extraordinary appeal 1.211.446/SP; Same-sex union; Artificial insemination.

INTRODUÇÃO

A licença-maternidade surgiu como proteção à maternidade, de modo a resguardar a saúde da mãe e de seu filho ou filha, bem como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe. Por este motivo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) recomenda que seja concedida a licença-maternidade desde 1919, por meio da Convenção nº 3. Trata-se de benefício de caráter previdenciário concedido à empregada gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, tendo surgido formalmente no ordenamento jurídico brasileiro com a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943.

Nessa perspectiva, as configurações familiares foram mudando e a concessão da licença-maternidade também foi sendo interpretada de maneira extensiva, considerando os princípios da igualdade, liberdade, diversidade familiar, da solidariedade, da afetividade, do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

Assim, o presente artigo almeja compreender os critérios de concessão da licença-maternidade nos contextos das novas configurações familiares, considerando o Recurso Extraordinário nº 1.211.446/SP, mais especificamente, a possibilidade de concessão de licença-

maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

Dessa forma, as hipóteses de pesquisa podem ser quatro: a possibilidade de que as duas mulheres recebam a licença (a mãe gestante e a mãe não gestante); a possibilidade de concessão da licença-maternidade apenas para a mãe gestante; a possibilidade de concessão da licença-maternidade apenas para a mãe não gestante; a possibilidade de que as duas mulheres escolham consensualmente qual delas recebe a licença-maternidade.

O primeiro capítulo deste trabalho revisitará a evolução da licença-maternidade no ordenamento jurídico brasileiro, em especial analisando as constituições, de modo a compreender o surgimento e desenvolvimento do instituto com o desenrolar do tempo.

O segundo capítulo objetivará compreender as novas configurações familiares e a concessão da licença-maternidade neste cenário. Assim, este capítulo será desenvolvido analisando as novas configurações familiares, como elas afetaram a concessão da licença-maternidade, bem como a correspondência ou não entre a legislação e as hipóteses de organizações familiares existentes.

Por fim, o terceiro capítulo terá por escopo a análise do Recurso Extraordinário nº 1.211.446/SP, bem como a possibilidade jurídica de cada uma das hipóteses propostas para o presente artigo.

1 EVOLUÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A licença-maternidade é um benefício de caráter previdenciário concedido à empregada gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, estando prevista na Constituição da República e na Consolidação das Leis do Trabalho. Destaca-se o artigo 71 da Lei nº 8.213/1991 como previsão da figura da licença-maternidade e do salário-maternidade, o qual prevê que a gestante pode se afastar do trabalho entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste, observadas as disposições relativas à proteção à maternidade. Nesse contexto, o benefício é pago pelo empregador e por ele descontado dos recolhimentos habituais devidos à Previdência Social.¹

¹ BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20A%20Previd%C3%Aancia%20Social,daqueles%20de%20quem%20dependiam%20economicamente. Acesso em: 13 set. 2020.

Ressalta-se que o benefício surgiu como proteção à maternidade, de modo a resguardar a saúde da mãe e de seu filho ou filha, bem como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe. Por este motivo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) recomenda que seja concedida a licença-maternidade desde 1919, por meio da Convenção nº 3, a qual foi ratificada no Brasil somente em 1934.²

Nesse sentido, o art. 6º da Constituição Federal prevê a proteção à maternidade e à infância como um direito social. Ainda, estabelece que a família, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226, *caput*, CF) e que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, §5º, da CF).³

Ademais, a Constituição dispõe que é dever compartilhado entre a família, a sociedade e o Estado, assegurar à criança e ao adolescente, 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 colocados à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, da CF). Estes são os fundamentos constitucionais que estabelecem a intrínseca conexão entre a proteção da família e o cuidado dos filhos.⁴

Assim, existe estrita relação entre a proteção à maternidade e o princípio constitucional da proteção do mercado de trabalho da mulher, disposto no inciso XX do art. 7º da Constituição Federal. Na medida em que as trabalhadoras têm seu retorno ao trabalho e sua remuneração durante o afastamento garantidos, menos se prejudicam as crianças pelo retorno prematuro de suas mães ao trabalho, como também não se penalizam mulheres pela maternidade.⁵

Contudo, a proteção à maternidade não era uma constante em nosso ordenamento jurídico, passando por diversas transformações ao longo do século passado. No Brasil, a primeira manifestação a respeito da proteção à maternidade se deu pelo Decreto Federal nº 16.300 de 31/12/1923, dos artigos 345 ao 350. O referido Decreto previa o descanso de 30 dias

² OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Nota 4 – proteção da maternidade**. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_229653/lang--pt/index.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas 1/1992 a 107/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁴ SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁵ SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

antes e após o parto. Ainda, determinava que os estabelecimentos industriais e comerciais em que houvesse trabalhadoras que estivessem amamentando seus filhos deveriam proporcionar-lhes a possibilidade de fazê-lo. Estipulava, também, que deveria haver creches ou salas de amamentação localizadas próximo a esses estabelecimentos, onde as mães poderiam amamentar duas ou três vezes por dia em intervalos regulares.⁶

A assistência médica e sanitária à gestante foi garantida pela Constituição Brasileira de 1934 (art. 121, §1º, h), de viés socialdemocrata. Neste mesmo dispositivo, a Constituição de 1934 previa a garantia de salário e do emprego.⁷ Contudo, com o golpe do Estado Novo, a Constituição de 1937 outorgada de Getúlio Vargas não possuía em seu texto a garantia de emprego à gestante, mas apenas do salário (art. 137, I).⁸

A Constituição de 1934 previa em seu artigo 138, nos incisos “c” e “f”, que competia à União, aos Estados e Municípios, nos termos das leis respectivas: c) amparar a maternidade e a infância; e f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a morbidade e a mortalidade infantis.⁹

As Constituições seguintes mantiveram o mesmo espírito a respeito da proteção à maternidade e à infância. Assim, a proteção à mulher, à mãe, à amamentante e à infância passou a fazer parte das leis máximas, como parte integrante do que se convencionou chamar “pacote social” nas Constituições. Este movimento ocorreu apesar da resistência dos empregadores, que se sentiram ameaçados pela abrangência exagerada de tais cláusulas em textos constitucionais. Porém, tal elevação constitucional permitiu que tais direitos fossem efetivados e respeitados, consolidando o novo formato de Estado Democrático de Direito que se solidificou com a Carta Magna de 1988.¹⁰

A proteção à maternidade foi positivada apenas em 1943, com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Entretanto, era o empregador quem arcava com os custos do afastamento, segundo antiga redação do artigo 392 da CLT. Tentando proteger o

⁶ BRASIL. Decreto nº 16.300 de 31 de dezembro de 1923. Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d16300.htm. Acesso em: 29 ago. 2020.

⁷ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 2 set. 2020.

⁸ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

⁹ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 2 set. 2020.

¹⁰ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

trabalho da mulher, a Convenção 103 da OIT, de 1952, dispunha que o empregador não deveria ser o responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega. A Lei nº 6.136/1974 trouxe importante ajuste na ordem jurídica interna nesse aspecto. Não apenas assegurou de afastamento de 12 semanas (ou seja, 84 dias, conforme prazo da Convenção 103 da OIT), como estipulou que os salários do período ficariam sob encargo da Previdência Social, transformando a natureza dessa verba em previdenciária.¹¹

O critério da Convenção 103 e da Lei nº 6.136/1974 manteve incorporado pelas leis previdenciárias subsequentes (hoje, Lei nº 8.213/1990, art. 71, que dispõe sobre o salário-maternidade). A Constituição Federal ampliou o prazo de afastamento de 84 para 120 dias, cabendo os encargos à Previdência Social, e garantiu a estabilidade para todas as empregadas gestantes.¹²

O reconhecimento da proteção à maternidade nas constituições brasileiras como um direito social também simbolizou a grande influência destes movimentos internacionais no ordenamento nacional, assim como a inclusão de outros direitos chamados, mais tarde, direitos de segunda geração ou dimensão. Assim, nota-se que no século XX as Constituições foram trazendo ao seu bojo uma série de comandos relativos primeiramente à igualdade entre os sexos e, em seguida, à proteção ao trabalho da mulher. Tais comandos foram se ampliando para a proteção às gestantes e lactantes, visando à saúde da trabalhadora e do recém-nascido.¹³

Importante mencionar que o texto constitucional de 1824 não se refere especificamente ao trabalho da mulher, mas menciona que a lei seria igual para todos (art. 178, XII). Contudo, apenas uma parcela restrita da população tinha acesso aos direitos civis e políticos. Já o texto de 1891, ao assegurar o princípio da igualdade e abolir as regalias de nobreza, trouxe avanços no que se refere à inclusão de parcela maior da população na ordem legal, porém, omitiu-se em relação ao trabalho da mulher. Por sua vez, a Constituição de 1934 significou um verdadeiro avanço neste aspecto, ao dispor sobre igualdade de salários entre homens e mulheres, proibição de trabalho em condições insalubres, assistência médica e sanitária à gestante, descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego.¹⁴

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

¹² *Ibid.*, p. 1278.

¹³ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁴ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Este diploma foi um marco, porque destacou os até então não mencionados direitos da maternidade. Além da garantia do descanso remunerado, outros foram os direitos vislumbrados, como previdência em favor da maternidade e da infância, impondo contribuições específicas da União, Estados e Municípios para tanto (1% da arrecadação tributária).¹⁵

A Constituição de 1937, que deu sustentação ao Estado Novo, embora contendo o preceito formal de igualdade de todos perante a lei em seu artigo 122, eliminou o dispositivo da Constituição anterior que vedava a diferença de salários por motivo de sexo (art. 121, §1º, a, da Carta Fundamental de 1937), mas manteve os demais dispositivos protetivos em seu artigo 137, que dispunha sobre a legislação do trabalho.¹⁶

Em antítese a restrição de direitos trazida pela Constituição de 1937, foi em sua vigência que, por necessidade de unificação da espaiada legislação trabalhista, promulgou-se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, possuindo normas de proteção ao trabalho da mulher e garantindo a estabilidade no emprego e a licença-maternidade.¹⁷

Originalmente instituída pela proibição de trabalhar que vigorava a partir de seis semanas antes até seis semanas após o nascimento, a licença-maternidade sofreu alteração de seu texto no art. 392, da CLT, em ocasião do Decreto-Lei nº 229 de 1967, que alterou o período da licença para quatro semanas antes e oito após, fazendo permanecer o tom proibitivo do texto legal. Embora tenha ocorrido mudanças em 1967 no Capítulo III da CLT, que tratava da proteção do trabalho da mulher, através do Decreto supracitado, as Constituições de 1946 e 1967 não inovaram na proteção à maternidade.¹⁸

Assim como a Carta de 1934, as Constituições de 1946 e de 1967 (art. 158, III) proibiam salários diferentes entre homens e mulheres, além de asseguraram todos os outros direitos concedidos anteriormente. Contudo, o grande destaque da Constituição de 1967 é que esta

¹⁵ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

¹⁷ SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

¹⁸ SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

inovou na medida em que proibiu a diferença de critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil e assegurou a aposentadoria à mulher após trinta anos de contribuição.¹⁹

Finda a Ditadura Militar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi assegurado em seu art. 5º, I, a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, proibindo diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo, estado civil, idade e cor. Alongou a licença-maternidade de 90 para 120 dias (art. 7º, XVIII), sem prejuízo do emprego e do salário, inclusive para as domésticas, avulsas e rurais.²⁰

Nas condições atuais, a CLT reserva capítulo específico referente à Proteção ao Trabalho da Mulher, dos artigos 372 ao 401, estabelecendo que o afastamento da empregada poderá ter início entre o vigésimo oitavo dia anterior ao parto, regulado pelo §1º, do art. 392 da CLT. Além disso, a gestante tem direito à estabilidade desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, segundo preceito colocado no art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).²¹

Ademais, na Constituição de 1988 o salário-maternidade foi estendido à empregada doméstica e à avulsa, por força do art. 7º, parágrafo único, tendo como fonte de custeio a Previdência Social. Em 1994, a segurada especial passou a ter direito ao salário-maternidade (um salário mínimo), desde que comprove a atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos doze meses imediatamente anteriores ao do início do benefício, conforme parágrafo único do art. 39 da Lei nº 8.213/1991, com redação atual da Lei nº 8.861/1994.²²

Importante enfatizar que o Brasil, assim como vários outros países, sofreu grande influência de organismos internacionais para que criasse uma regulamentação protetiva à mulher. Contudo, tal influência não explica o salto na proteção constitucional oferecida especificamente no caso da licença-maternidade. De fato, o desenvolvimento econômico e a consolidação da democracia podem ajudar a viabilizar avanços significativos nesta área

¹⁹ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁰ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²¹ SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

²² PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

protetiva, mas igualmente não explicam o estágio alcançado. Foi necessária a presença de forças políticas favoráveis para que a resistência fosse vencida e houvesse avanço nesta direção.²³

Ressalta-se que a história do trabalho da mulher no Brasil pode ser dividida em eras ou épocas definidas por marcos jurídicos. Numa primeira fase, a mulher era excluída do mundo do trabalho e confinada no lar sob dominação masculina ou tinha participação econômica tutelada, sendo que este período que vai desde a República Velha (1891) até a Revolução de 1930. Na segunda fase, começa a emancipação legal e a proteção do trabalho da mulher, período que se inaugura com a Constituição de 1934 e, em especial, a promulgação da CLT (1943), indo até o momento de transição aberto pela Nova República (1985). A terceira onda, sob esta ótica, corresponde à consolidação dos direitos sociais, com ênfase na igualdade no trabalho e à maior efetividade da atuação das mulheres como atores sociais, sendo que este período parte da promulgação da Constituição Cidadã de 1988 e segue até os dias atuais.²⁴

Após tantas mudanças e avanços na proteção da maternidade, a Lei nº 10.421/2002 alterou a CLT para permitir que a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente também tivesse o direito à licença, desconectando a maternidade do aspecto apenas biológico, mas considerando também o aspecto afetivo.²⁵

Mais adiante, em 2011, por meio da ADIn 4277/DF e da ADPF 132/RJ, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a união homoafetiva. Após este reconhecimento, houve nova alteração legislativa na CLT, por meio da Lei nº 12.873/2013, que previu em seu artigo 6º que a adoção ou guarda judicial conjunta enseja a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.

Esta mesma lei também previu que 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. Além disso, também concedeu o benefício ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

²³ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁴ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁵ Depois disso, vieram mudanças infraconstitucionais, como o Decreto nº 6690/2008, que assegura aos servidores públicos federais a extensão da licença maternidade para 180 dias e a Lei nº 11770/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã. A empresa que amplia a licença a suas funcionárias em mais 60 dias, totalizando 180, obtêm benefícios fiscais. Estados e municípios também têm adotado as licenças estendidas a suas servidoras.

Assim, percebe-se novamente o aspecto afetivo em destaque, mas ressalta-se que também há uma desconexão da maternidade com o gênero, pois se os adotantes são duas mulheres ou dois homens, apenas um deles pode receber o benefício, independentemente do gênero.

Neste panorama, vale ressaltar que a sociedade brasileira vem passando por transformações nos últimos anos, as quais vêm influenciando diretamente as configurações familiares existentes, que se tornam cada vez mais plurais. Em decorrência disso:

As mudanças que vem ocorrendo na formação da família contemporânea tem conquistado espaço no conceito de entidade familiar, que, atualmente, não é mais entendida somente como a união entre o homem e a mulher pelo casamento com o objetivo de procriação, mas como verdadeiras uniões de afeto entre indivíduos que se unem para constituir uma relação de apoio mútuo.²⁶

Outro ponto relevante a se ressaltar é que a Constituição de 1988 trouxe uma interpretação mais ampla do conceito de família e que o artigo 226 da Carta Magna apresenta um comando inclusivo e não taxativo, permitindo, assim, que novas configurações familiares possam ser abrangidas pela proteção constitucional, além das já expressamente previstas na Constituição.²⁷

Assim, observa-se mudanças comportamentais no âmbito familiar, no qual as obrigações como o cuidado com os filhos e a divisão igualitária das tarefas domésticas entre os seus membros é uma realidade. Se a licença-maternidade é concedida com o objetivo de priorizar os cuidados necessários para com os filhos e a convivência com eles, esta também será uma tarefa de responsabilidade do pai. É natural que, se na sociedade conjugal homens e mulheres são iguais e dividem seus direitos reprodutivos, a responsabilidade pelo cuidado com os filhos seja compartilhada.²⁸

Ressalta-se que existem casos não abarcados pela legislação, como por exemplo: o homem que prefere ficar em casa cuidando do recém-nascido por questões financeiras, caso em

²⁶ SOUZA JÚNIOR, Paulo Roberto de. Licença-maternidade na união homoafetiva diante de uma abordagem contemporânea da família brasileira. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3943, abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27647/licenca-maternidade-na-uniao-homoafetiva-diante-de-uma-abordagem-contemporanea-da-familia-brasileira>. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do numerusclausus. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas%3A+para+al%C3%A9m+do+numerus+clausus>. Acesso em: 21 abr. 2020.

²⁸ RIBEIRO, Márcia Regina Lobato Farneze; SALIBA, Graciane Rafisa. (Re)pensando a finalidade e efetividade da licença maternidade e da licença paternidade diante das relações afetivas contemporâneas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 45, n. 1, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/42941>. Acesso em: 15 de abr. 2020.

que a companheira ganha mais, teria direito à licença-maternidade no lugar da companheira? Nos casos de barriga de aluguel, apenas um dos pais têm direito à licença-maternidade? Nos casos de união homoafetiva, a mãe não gestante teria direito à licença-maternidade? Neste último caso, foi reconhecida a repercussão geral da questão em 08/11/2019 no RE nº 1.211.446/SP.²⁹

Ao longo do tempo, percebe-se a desconexão da maternidade aos aspectos biológicos, sendo que já se entende a maternidade de forma mais afetiva. Nessa perspectiva, o legislador foi permitindo cada vez mais casos em que não só a gestante recebe o benefício, desde a mãe adotante até o casal homossexual e os homens que adotam sozinhos.

Considerando que esta possibilidade do casal homossexual escolher quem fica com qual das licenças já existe, seria interessante haver a possibilidade de disponibilidade em relação à licença-maternidade. Esta disponibilidade não se dá no sentido de abdicação, mas no sentido de haver escolha consensual sobre o benefício entre as pessoas responsáveis pela criança. Questiona-se a possibilidade de disponibilidade da licença-maternidade para que cada família pudesse escolher o melhor para a própria família e para a criança.

Diante desse cenário, destaca-se a licença parental ou compartilhada, a qual se configura como um período que pode ser dividido entre os progenitores ou adotantes de comum acordo. Tal licença pode ser uma maneira de abarcar a diversidade e a pluralidade de famílias que já existem e que venham a existir. Pode, ainda, ser uma maneira de desafogar o Judiciário, uma vez que estas pessoas decidiriam entre si como dividir a licença e não buscariam este Poder.

Tentando mudar essa realidade, existem diversas propostas no Congresso Nacional, as quais vão de encontro às necessidades dos atuais contextos sociais, e que buscam tornar a licença compartilhada ou parental uma realidade, como já ocorre em diversos países desenvolvidos. Por outro lado, as licenças maternidade e paternidade brasileiras não foram desenvolvidas tendo o viés da real necessidade da criança, dessa forma, é interessante a revisão da legislação. Ainda abarcadas por conceitos de discriminação de gênero e violência simbólica, as legislações acerca do tema seguiram a tradição e basearam-se em critérios biológicos para definir o tempo da mulher e do pai com a criança. Dessa forma, não houve a preocupação com a criança e suas necessidades emocionais e afetivas.³⁰

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.211.446, Tribunal Pleno. Recorrente: Município de São Bernardo do Campo. Recorrida: Tatiana Maria Pereira Fernandes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341717987&ext=.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

³⁰ BRITO, C. **Licença-maternidade e licença-paternidade: elementos de igualdade ou diferença de gênero?** Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, p. 64. 2017. Disponível em:

Diante dos conceitos abordados, o entendimento atual é a de que a criança precisa de suporte afetivo de ambos os pais ou mães, independentemente do gênero. Por este motivo, legislações como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil acertaram ao concentrar o poder/dever na família. A criança necessita da base familiar como um todo, dessa forma ocorre seu desenvolvimento completo, o que reflete em sua vida social.³¹

Percebe-se, assim, que o desenvolvimento da licença-maternidade no Brasil e a forma como se concede tal benefício atualmente advêm de uma série de construções sociais provenientes da evolução histórica. Nesse viés, a licença-maternidade surgiu no Brasil com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no contexto histórico da Era Vargas, com o intuito de garantir a recuperação física e psíquica da mãe e observar as circunstâncias pós-parto, como a amamentação.

Contudo, é possível observar que houve diversas mudanças sociais no âmbito da família desde que a licença-maternidade foi instituída no Brasil. Tais mudanças refletiram na legislação e, nessa perspectiva, é importante destacar que o critério biológico para a concessão da referida licença deixou de ser totalmente determinante e, assim, outros critérios para a formação do vínculo maternal, como a afetividade, foram tomando mais importância tendo em vista a pluralidade crescente das configurações familiares.

Com relação à crescente diversidade familiar, importante destacar o caso do Recurso Extraordinário nº 1.211.446/SP, em que se discute a possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, a qual é mãe biológica pois houve a fecundação de seu óvulo, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

2 NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES E CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE NESTE CENÁRIO

Neste capítulo serão analisados como o ordenamento jurídico brasileiro tem se moldado na questão da concessão da licença-maternidade às novas diversidades familiares.

<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20203/6/LicencaMaternidadeLicensa.pdf>. Acesso em: 20 de abr. 2020.

³¹ BRITO, C. **Licença-maternidade e licença-paternidade: elementos de igualdade ou diferença de gênero?** Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, p. 64. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20203/6/LicencaMaternidadeLicensa.pdf>. Acesso em: 20 de abr. 2020.

2.1 AS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES

A pluralidade das novas configurações familiares é crescente em nossa sociedade, devendo o Direito resguardar as escolhas pessoais de constituição de família. Neste sentido, Maria Berenice Dias acredita que a expressão “Direito de Família” já não é mais cabível na realidade atual, mas se fala em “Direito das Famílias”. Isto ocorre pela quebra do modelo tradicional para dar lugar às entidades familiares que escolheram estar juntas pelo afeto. Desde o começo do século a família sofre alterações profundas, não estando mais vinculada ao conceito de casamento: há uma pluralidade de formas e todas elas merecem a proteção do Estado.³²

A Constituição Federal ao outorgar proteção à família independentemente da celebração do casamento vincou um novo conceito, o de entidade familiar, que albergou vínculos afetivos outros. É exemplificativo o enunciado constitucional ao fazer referência expressa à união estável entre um homem e uma mulher e às relações de um dos ascendentes com sua prole. Assim, o *caput* do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.³³

Apesar da proteção do art. 226 da CF, nem todas as entidades familiares tinham reconhecimento, como as uniões homoafetivas. Mesmo diante da falta de reconhecimento, a Constituição prevê em seu artigo 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, garantindo tratamento isonômico e proteção igualitária a todos.

Entretanto, somente algumas relações de vida são consideradas pelo direito, nem sempre representando com fidelidade a realidade social. Por isso, é preciso que se reflita sobre essas transformações também no Direito de Família, em particular sobre a proteção jurídica das entidades familiares. Em que pese o texto constitucional ter dado abertura ao conceito de família, ele apenas formalizou três modelos, quais sejam: casamento, união estável e família

³² PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

³³ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2007. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a#:~:text=Di+reito%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a.,RESUMO%3A&text=A%20aus%C3%Aancia%20de%20regulamen+ta%C3%A7%C3%A3o%20imp%C3%B5e,ser%20reconhecido%20como%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel>. Acesso em 15 set. 2020.

monoparental. Dessa maneira, não se deve fazer uma interpretação estrita da Constituição, sob pena de excluir famílias não expressamente previstas em seu texto.³⁴

Nesse contexto, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não tuteladas expressamente nem na Constituição nem na legislação infraconstitucional, existem e fazem jus à tutela jurídica. A ausência de regulamentação impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares no âmbito do Direito de Família.³⁵

É importante ressaltar que o novo Direito de Família é voltado para a realização pessoal, tendo como base a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, é imperiosa a pluralidade de entidades familiares, pois as pessoas devem buscar o modelo que mais satisfaça suas aspirações pessoais. Por isso, não se deve fazer uma interpretação formalista do texto constitucional, pois é necessário ter em mente as transformações que a sociedade passa, não podendo existir um sistema rígido que barre essas mudanças. Assim, a melhor interpretação do texto constitucional de 1988 não é encarar os modelos familiares como um rol taxativo, mas sim como uma interpretação que prestigia o princípio da pluralidade familiar.³⁶

Desta forma, não há um Direito de Família, mas sim um Direito das Famílias, possibilitando aos indivíduos escolher viver da maneira que mais satisfaça seus desejos pessoais. Afinal, a família é um instrumento para realizações, não podendo o Direito selecionar as formas dignas de proteção, pois essa realização significa a plena dignidade da pessoa humana e, como princípio central, o Direito de Família encontra-se como pedra basilar: amor, afeto e solidariedade conformam e amoldam a família constitucional.³⁷

Além disso, a regra maior da Constituição brasileira é o respeito à dignidade humana, que serve de norte ao sistema jurídico nacional. Esse valor implica dotar os princípios da

³⁴ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2007. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a#:~:text=Di+reito%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a.,RESUMO%3A&text=A%20aus%C3%Aancia%20de%20regulamen+ta%C3%A7%C3%A3o%20imp%C3%B5e,ser%20reconhecido%20como%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel>. Acesso em 15 set. 2020.

³⁶ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

³⁷ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas.³⁸

No Direito de Família é de extrema importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus membros, não podendo ser concebida qualquer restrição a este espaço constitucional da realização do homem em sua relação sociofamiliar, devendo-se assegurar não apenas a eficácia imediata da norma constitucional, mas, sobretudo, sua efetividade social, questionando se realmente os efeitos da norma restaram produzidos no mundo dos fatos.³⁹

No ponto, a grande mudança no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. A família, nesse contexto, é espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de modo que as disposições esparsas pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.⁴⁰

Este compromisso do Estado de garantir a dignidade humana se assenta nos princípios da igualdade e da liberdade, sendo consagrados já no preâmbulo da Constituição, ao conceder proteção a todos, vedar discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.⁴¹

Outro princípio relevante a se ressaltar é o princípio da afetividade, que mesmo não sendo previsto expressamente na Constituição, é oriundo da interpretação de outros princípios constitucionais, como os da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2007. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a#:~:text=Di+reito%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a.,RESUMO%3A&text=A%20aus%C3%Aancia%20de%20regulamen+ta%C3%A7%C3%A3o%20imp%C3%B5e,ser%20reconhecido%20como%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel>. Acesso em 15 set. 2020.

³⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 122.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2007. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a#:~:text=Di+reito%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a.,RESUMO%3A&text=A%20aus%C3%Aancia%20de%20regulamen+ta%C3%A7%C3%A3o%20imp%C3%B5e,ser%20reconhecido%20como%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel>. Acesso em 15 set. 2020.

Parte-se para a despatrimonialização do Direito Civil e do Direito de Família, este não tendo mais como fundamento o casamento, e sim o afeto entre seus membros. Assim, trata-se de maior preocupação com os indivíduos do que com a forma ou modo de constituição de uma família, surgindo a necessidade de “reconhecer outras estruturas de convívio em que há o comprometimento mútuo decorrente da afetividade.”⁴²

Luiz Edson Fachin sustenta que a afetividade é o que vincula a família, devendo-se superar as concepções fundamentalistas acerca do instituto e entender que ele é complexo e sem polarizações.⁴³ Nesse sentido, o autor define a família como:

um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade.⁴⁴

No Brasil, até o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ, os homossexuais não podiam constituir formalmente uma família, o que representava uma verdadeira marginalização dos direitos homoafetivos. A decisão do STF, fruto de inúmeras lutas, está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que cada um pode exercer livremente sua liberdade, bem como partilhar sua vida com outras pessoas.⁴⁵

Portanto, quando prevista a dignidade da pessoa humana e os decorrentes princípios constitucionais, não há espaço para distinções de qualquer natureza, sendo que o não reconhecimento do casamento civil homoafetivo e da união estável homoafetiva afronta a dignidade humana dos cidadãos homossexuais na medida em que implica uma desvalorização da união homoafetiva em relação à união heteroafetiva. Ou seja, o não reconhecimento implicaria uma institucionalização da heteroafetividade em nossa sociedade, sendo a única

⁴² PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. Família cidadã. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2002. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/67/Fam%C3%ADlia+cidad%C3%A3>. Acesso em: 07 set. 2020.

⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. Família cidadã. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2002. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/67/Fam%C3%ADlia+cidad%C3%A3>. Acesso em: 07 set. 2020.

⁴⁵ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

relação digna de proteção do Estado. Diante disso, pela análise constitucional, não há fundamento lógico ou racional que justifique a discriminação de diversidade sexual.⁴⁶

Ainda, deve ser reconhecido o direito à parentalidade por pares homossexuais. Entretanto, como a sociedade é marcada predominantemente pela heterossexualidade, é enorme a resistência em admitir a filiação homoparental: direito à paternidade a pares homossexuais. Independentemente dessa resistência, fato incontroverso é que homossexuais têm filhos – próprios, adotivos ou concebidos por reprodução assistida.⁴⁷

A própria noção de constituir uma família e criar filhos está ligada à dignidade da pessoa humana e ao direito de personalidade, não havendo razão para proteger algumas entidades familiares e desproteger outras. Além disso, independentemente do modelo de família do qual ela faça parte, toda criança merece a proteção devida. Desse modo, os institutos que garantem o amparo das crianças recém-nascidas ou adotivas devem ser estendidos para os pais homossexuais, pois visam exatamente a proteção da criança.⁴⁸

A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração da conjugalidade e da parentalidade. Assim, não é permitido expressões discriminatórias como família ilegítima ou informal, que estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas nem com referências às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não mais se admite qualquer adjetivação.⁴⁹

É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite incluir no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem na afetividade, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes.⁵⁰

Inclusive, esse conceito plural de família é assegurado pela Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que em seu artigo seu artigo 5º, inciso, II, combinado com o parágrafo único, prevê:

⁴⁶ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁴⁷ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁴⁸ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 133.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.⁵¹

Esta lei conceitua família de modo a prevalecer a vontade de constituir uma entidade familiar, não impondo para seu reconhecimento formas específicas, incluindo também as famílias homoafetivas, sendo a Lei Maria da Penha considerada um marco legislativo na proteção da família, ainda que um marco infraconstitucional.⁵²

Agora a lei define a família atendendo seu perfil contemporâneo, não se podendo limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional, pois nova lei o alargou. Importante ressaltar que tal conceito não serve apenas para definir a violência como doméstica, pois, ainda que este seja seu objetivo, a Lei Maria da Penha acabou estabelecendo os contornos de seu âmbito de abrangência.⁵³

Nesse cenário, além da família tradicional matrimonial (única tutelada antes da Constituição de 1988), da homoafetiva já reconhecida pelo STF como união estável e da própria união estável, existem as figuras das famílias paralelas ou simultâneas; as famílias poliafetivas; as monoparentais; as parentais ou anaparentais; as compostas ou pluriparentais ou mosaico; a família natural, extensa ou ampliada; a família substituta; a eudemonista, entre outros arranjos.

As famílias paralelas ou simultâneas ocorrem quando um indivíduo possui dois relacionamentos simultâneos, sendo que todos os vínculos atendem aos requisitos legais de ostensividade, publicidade e notoriedade. A família poliafetiva ocorre quando o vínculo de

⁵¹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

⁵² PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

convivência de mais de duas pessoas acontece sob o mesmo teto.⁵⁴ Por sua vez, a família monoparental possui status constitucional e ocorre quando há a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar.⁵⁵ As famílias parentais ou anaparentais se inserem no contexto da convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito.⁵⁶

Compostas, pluriparentais ou mosaico são algumas das nomenclaturas que tentam definir as famílias constituídas depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas, as quais são caracterizadas pela multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência.⁵⁷

O conceito de família natural, por sua vez, é trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, trazendo a ideia de que a expressão família natural está relacionada à ideia de família biológica, na sua expressão nuclear. Contudo, nem a Constituição (art. 227) nem o ECA (art. 19), ao assegurar à criança e ao adolescente o direito de ser criado e educado no seio de sua família, estão se referindo à família biológica. Já a família extensa ou ampliada é aquela que estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.⁵⁸

2.2 OS DIFERENTES CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE

Diante dos conceitos abordados, nota-se a multiplicidade de famílias e, em decorrência disso, essas mudanças devem ser consideradas no momento da concessão da licença-maternidade. Por isso, deve-se entender como funciona a concessão do salário-maternidade à luz desses novos contextos, a partir da Lei nº 8.213/1991 e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

No sítio eletrônico do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), encontram-se informações acerca do referido benefício, no intuito de explicar de maneira simplificada como

⁵⁴ Ibid., p. 138.

⁵⁵ Ibid., p. 139.

⁵⁶ Ibid., p. 140.

⁵⁷ Ibid., p. 141.

⁵⁸ Ibid., p. 142.

funciona a concessão deste. Explica-se onde e quando é possível pedir o salário-maternidade, além dos principais requisitos para a concessão.

A empregada deve pedir o benefício diretamente na empresa, a partir de 28 dias antes do parto, comprovando por intermédio de atestado médico (caso se afaste 28 dias antes do parto) ou a certidão de nascimento ou de natimorto. A desempregada deve pedir o benefício diretamente no INSS a partir do parto, comprovando pela certidão de nascimento. As demais seguradas devem pedir o benefício no INSS a partir de 28 dias antes do parto, comprovando por intermédio de atestado (caso se afaste 28 dias antes do parto) ou a certidão de nascimento ou de natimorto.⁵⁹

Em caso de adoção, todos os adotantes devem pedir o benefício no INSS a partir da adoção ou guarda para fins de adoção, comprovando pelo termo de guarda ou certidão nova. Em caso de aborto não-criminoso, a empregada deve pedir o benefício na empresa a partir da ocorrência do aborto, por intermédio de atestado médico que comprove a situação. As demais trabalhadoras que passam por um aborto devem proceder da mesma maneira, mas em vez de pedir na empresa, deverão pedir no INSS.⁶⁰

Para ter direito ao salário-maternidade, a mulher deve atender aos seguintes requisitos na data do parto, aborto ou adoção: ter trabalhado 10 meses (carência) no caso de contribuinte individual, facultativo e segurada especial. São isentas desse tempo de carência as seguradas empregadas, a empregada doméstica e a trabalhadora avulsa (que estejam em atividade na data do afastamento, parto, adoção ou guarda para fins de adoção). Para as desempregadas, é necessário comprovar a qualidade de segurada do INSS e, conforme o caso, cumprir carência de 10 meses trabalhados. Caso tenha perdido a qualidade de segurada, deverá cumprir metade da carência de 10 meses antes do parto/evento gerador do benefício.⁶¹

Outro requisito importante encontra-se no artigo 71-C, da Lei nº 8.213/1991, que define que a percepção do salário-maternidade, inclusive no caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do benefício, está condicionada ao afastamento da segurada do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício.

Na CLT, é o artigo 392 que prevê o direito à licença-maternidade de 120 dias para a empregada gestante, sem prejuízo do emprego e do salário. Na Lei nº 8.213/1991, é o artigo 71

⁵⁹ BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional do Seguro Social. **Salário-maternidade**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/salario-maternidade/>. Acesso em: 17 set. 2020.

⁶⁰ BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional do Seguro Social. **Salário-maternidade**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/salario-maternidade/>. Acesso em: 17 set. 2020.

⁶¹ BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional do Seguro Social. **Salário-maternidade**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/salario-maternidade/>. Acesso em: 17 set. 2020.

que prevê o salário-maternidade à segurada da Previdência Social durante 120 dias. Para além da empregada gestante, a Lei nº 10.421/2002 alterou a CLT para permitir que a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente também tivesse o direito à licença, desconectando a maternidade do aspecto apenas biológico, mas considerando também o aspecto afetivo.

Após o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das uniões homoafetivas, houve nova alteração na CLT por meio da Lei nº 12.873/2013, que previu em seu artigo 6º que a adoção ou guarda judicial conjunta enseja a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada (atual art. 392-A, §5º, da CLT). Esta lei também alterou o artigo 71-A, §2º, da Lei nº 8.213/1991, dando redação semelhante ao artigo 392-A, §5º, da CLT, definindo que ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e no caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do benefício, não poderá ser concedido o salário-maternidade a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.

Esta mesma lei também previu que 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 (atual art. 392-B, CLT). Redação similar foi dada ao artigo 71-B, da Lei nº 8.213/1991, que explica que no caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.

Além disso, a Lei nº 12.873/2013 também concedeu o benefício ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção (atual art. 392-C, da CLT). Incluiu, ainda, o §3º no art. 71-B da Lei nº 8.213/1991, que concedeu o benefício ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Vale ressaltar o observado por Marisa Ferreira dos Santos, a qual lembra que o intérprete do Direito Previdenciário deve se atentar aos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito (arts 1º e 3º da CF), principalmente a dignidade da pessoa humana e a diminuição das desigualdades sociais. Assim, os fundamentos do Estado Democrático de Direito apontam para o conceito de justiça social. A dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a solidariedade social, o desenvolvimento, a redução das desigualdades sociais são o norte da

elaboração, da interpretação e da aplicação do direito. Nesse sentido, os resultados da interpretação da legislação previdenciária não devem aumentar as desigualdades nem tampouco desrespeitar a dignidade da pessoa humana.⁶²

Este é o contexto atual no que tange à concessão da licença-maternidade e do salário-maternidade.

2.3 A CORRESPONDÊNCIA OU NÃO ENTRE A LEGISLAÇÃO E AS HIPÓTESES DE ORGANIZAÇÕES FAMILIARES EXISTENTES

Nesta perspectiva, importante trazer o posicionamento de alguns autores do Direito Previdenciário.

Segundo João Ernesto Aragonés Vianna, a previdência social não opera em função do sexo dos beneficiários, mas tem a finalidade de protegê-los contra as necessidades sociais causadas pelos riscos sociais. O risco social envolvido no benefício é a maternidade, que acarreta a incapacidade social para o trabalho em decorrência da atenção necessária ao infante. No caso do referido benefício, a mesma necessidade social enfrentada pelos casais heterossexuais é enfrentada pelos casais homossexuais: a incapacidade para o trabalho em função dos cuidados com o novo membro da família.⁶³

Ainda de acordo com o autor, pela regra da contrapartida, nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total, observando-se o equilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário. Nos casais heterossexuais, basta que a mãe seja segurada para ter acesso ao benefício, independentemente da contribuição do pai. Nos casais homossexuais, se um dos(as) companheiros(as) for segurado(a), não haverá violação à referida regra, assegurando-se o equilíbrio financeiro e atuarial.⁶⁴

Analisando os artigos acerca do salário-maternidade previsto na Lei nº 8.213/1991, Daniel Machado da Rocha traz algumas reflexões. Explica que o operador do direito deve orientar sua atuação pelos princípios da universalidade e da proteção especial devida à criança e ao adolescente. Além disso, ensina que a ampliação da licença-maternidade para a empregada adotante não só aperfeiçoa o instituto da adoção, como também assegura a convivência familiar

⁶² SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶³ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 554.

em todas as formas, devendo prevalecer o melhor interesse da criança em detrimento de interpretação restritiva da legalidade.⁶⁵

Já em relação à concessão do benefício para os homens, importante ressaltar que o gênero feminino era uma exigência inafastável para o reconhecimento do direito. O salário-maternidade foi criado para amparar a maternidade, em virtude não apenas da questão biológica, mas uma função social que era atribuída à mãe. Com as mudanças que as famílias vem sofrendo, acentua-se a necessidade de proteger os laços afetivos que circundam o núcleo familiar, pois não se pode deixar de proteger a criança.⁶⁶

No mesmo cenário de proteção ao melhor interesse da criança é que se encaixa o artigo 71-B da referida lei, que permite, no caso de falecimento de segurado ou segurada com direito ao salário-maternidade, que o cônjuge ou companheiro receba o benefício, devendo ser segurado para a concessão da licença-maternidade.

Nesse sentido, os casais homoafetivos também estão amparados. Se um casal de companheiros ou companheiras adotar uma criança, pode haver opção, sendo o benefício devido a quem, tendo a qualidade de segurado, afastar-se do trabalho.⁶⁷

Discorrendo sobre o artigo 71-C da Lei nº 8.213/1991, o autor ainda explica que prevaleceu o interesse prioritário na proteção da família, bem como por uma questão de isonomia entre as empregadas, tal artigo vedou o exercício de atividade por parte das demais seguradas, sob pena de suspensão do benefício. O autor atenta para o fato de que, embora a medida seja bem-intencionada, existe dificuldade para fiscalização da aplicação desta medida.⁶⁸

Nota-se que as beneficiárias do salário-maternidade são as seguradas de todas as espécies e, a partir da Lei nº 12.873/2013, também os segurados do sexo masculino em casos de adoção ou guarda judicial para fins de adoção e, ainda, nos casos de falecimento da segurada ou segurado que faria jus ao recebimento do salário-maternidade originariamente, o que demonstra grande inclusão. Contudo, o evento gerador do salário maternidade continua sendo apenas o parto, o aborto espontâneo, a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção, o que não são as únicas formas de constituição de família, excluindo e deixando sem regulamentação as outras maneiras, como as inseminações ou as “barrigas de aluguel”.⁶⁹

⁶⁵ ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social – Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 461.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 461.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 464.

⁶⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Direito previdenciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Percebe-se que a legislação foi se adequando aos poucos às novas configurações familiares, mas ainda não consegue abarcar todos os tipos de família existentes. Contudo, diante dessas alterações legislativas, é possível perceber que os princípios explicados anteriormente, sobretudo o princípio da afetividade e do melhor interesse da criança, têm sido observados no momento da concessão do salário-maternidade. Ainda, considerando essas mutações ocorridas ao longo do tempo na Lei nº 8.213/1991 e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), observa-se a desconexão da maternidade com o gênero, como no caso de adotantes homossexuais por exemplo, situação em que apenas um deles pode receber o benefício, independentemente do gênero.

Nesse cenário de mudanças nas configurações familiares, entende-se que a licença-maternidade foi sendo interpretada de maneira extensiva e que essas modificações nas leis que dispõem sobre a licença-maternidade e sobre o salário-maternidade foram ao encontro dos princípios da igualdade, liberdade, diversidade familiar, da solidariedade, da afetividade, do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

É nesse contexto que se desenvolve o caso do RE nº 1211446, no qual se discute a possibilidade da concessão da licença-maternidade no caso da mãe não gestante em união homoafetiva em inseminação artificial na qual houve fecundação do óvulo da mãe não gestante, sendo também mãe biológica. Este caso deve levar em conta todos os tópicos aqui abordados, como os critérios de concessão do salário-maternidade, bem como os princípios que devem tutelar os arranjos familiares existentes e que venham a existir.

3 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1211446/SP

Neste capítulo serão analisadas as hipóteses propostas para o presente caso concreto. Nesse sentido, é importante entender o trâmite do Recurso Extraordinário.

O RE foi movido pelo Município de São Bernardo do Campo (SP) contra decisão de Turma Recursal do Juizado Especial da Fazenda Pública de São Bernardo do Campo que garantiu a licença-maternidade de 180 dias a uma servidora municipal cuja companheira engravidou por meio de inseminação artificial heteróloga (em que o óvulo fecundado é da mãe não gestante).⁷⁰

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF discutirá extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva.** Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429497&caixaBusca=N>. Acesso em: 8 set. 2020.

A mãe não gestante é servidora pública pertencente ao quadro do referido ente municipal e convive em união estável homoafetiva, ela e sua companheira realizaram tratamento de fertilização *in vitro* utilizando seus óvulos, o que ocasionou a gravidez em sua parceira, a qual atua profissionalmente como autônoma e não é filiada a qualquer regime de previdência, não tendo usufruído da licença-maternidade por este motivo. Argumentou que, pertencendo a criança a uma família composta por duas mães e, na impossibilidade de a mãe gestante ficar em casa, pois é autônoma e precisa trabalhar, tem a segunda mãe direito à garantia constitucional da licença-maternidade.⁷¹

Segundo a Turma Recursal, o direito à licença-maternidade é assegurado no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal e na legislação infraconstitucional e que esses dispositivos devem ser interpretados conforme os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade. Entendeu também que o benefício é uma proteção à maternidade e possibilita o cuidado e o apoio ao filho no estágio inicial da vida, independentemente da origem da filiação.⁷²

No Supremo Tribunal Federal (STF), o município alega que a interpretação extensiva atribuída ao direito à licença-maternidade contraria o princípio da legalidade administrativa (artigo 37, caput, da Constituição Federal), pois não há qualquer autorização legal para a concessão da licença no caso em comento. Argumenta ainda que o direito ao afastamento remunerado do trabalho é exclusivo da mãe gestante, que necessita de um período de recuperação em decorrência da gestação e do parto.⁷³

Para o Ministro Luiz Fux, relator do recurso, a questão apresenta repercussão geral do ponto de vista social, em razão da natureza do direito à licença-maternidade e do impacto gerado pela sua extensão a qualquer servidora pública ou trabalhadora que vivencie a situação jurídica em exame. Do ponto de vista jurídico, o ministro observa que a discussão envolve a proteção especial à maternidade, e, do econômico, trata da concessão de benefício de natureza previdenciária, com custos para a coletividade. Ainda, o debate transcende os limites individuais da causa e é passível de repetição em inúmeros casos em que se confrontam o

⁷¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF discutirá extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429497&caixaBusca=N>. Acesso em: 8 set. 2020.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF discutirá extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429497&caixaBusca=N>. Acesso em: 8 set. 2020.

interesse da mãe não gestante em união homoafetiva de usufruir da licença-maternidade e o interesse social concernente aos custos do pagamento do benefício previdenciário e à construção de critérios isonômicos em relação às uniões heteroafetivas. A manifestação do relator de considerar constitucional a questão e reconhecer a existência de repercussão geral foi seguida por maioria, vencido o ministro Edson Fachin.⁷⁴

Diante da elucidação do caso concreto, passa-se às hipóteses propostas para buscar possíveis soluções ao referido problema.

3.1 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE PARA AS DUAS MULHERES (MÃE GESTANTE E MÃE NÃO GESTANTE)

Analisando os conceitos abordados, percebe-se a importância de trazer os argumentos favoráveis e os argumentos desfavoráveis à concessão da referida licença para as duas mães (gestante e não gestante).

De um lado, seria possível que as duas mulheres recebessem, tanto a mãe gestante quanto a mãe não gestante. Considerando os conceitos abordados sobre as entidades familiares, não restariam dúvidas de que as duas mulheres constituem uma entidade familiar. Nessa perspectiva, a mãe gestante receberia a licença-maternidade por força do artigo 7º, XVII, da Constituição Federal e do artigo 392 da CLT, bem como do artigo 71 da Lei nº 8.213/1991, os quais explicitam que a gestante tem direito à referida licença. Nota-se, ainda, que a licença-maternidade surgiu para as mães gestantes, assim, ela teria seu direito assegurado.

No caso da mãe não gestante, ela também seria mãe biológica, tendo em vista que houve a fecundação de seu óvulo. Apesar de a origem do direito à licença-maternidade encontrar razões nas circunstâncias pós-parto ou a recuperação física-psíquica da mãe, este direito também poderia ser concedido considerando o convívio familiar e o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida.⁷⁵

Ainda, o afastamento estendido à mãe não gestante do trabalho atenderia ao princípio do melhor interesse do menor elencado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA),

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF discutirá extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva.** Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429497&caixaBusca=N>. Acesso em: 8 set. 2020.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1211446, Tribunal Pleno. Recorrente: Município de São Bernardo do Campo. Recorrida: Tatiana Maria Pereira Fernandes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341717987&ext=.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

considerando que o convívio da criança com os pais ou mães, biológicos ou adotivos, seria essencial para sua criação. Assim, configurada a entidade familiar, a partir do reconhecimento da união estável entre a mãe gestante e mãe não gestante (ADPF 132/RJ), o direito à licença maternidade deveria ser estendido à mãe não gestante, sob o fundamento de maximização de direitos fundamentais, tanto para as mães quanto para a criança, no âmbito familiar.⁷⁶

Apesar de o artigo 71-A, §2º, da Lei nº 8.213/1991 vedar a concessão da licença-maternidade a mais de um(a) segurado(a), não seria possível que este artigo fosse aplicado de modo literal às relações homoafetivas, sendo que poderia haver uma interpretação integrativa ao ordenamento jurídico considerando a isonomia material, aplicando ao caso a dignidade da pessoa humana, a proteção da família e a vedação a atos de discriminação de qualquer espécie, sendo todos estes princípios constitucionais. Tal interpretação garantiria à mulher, independentemente de sua orientação sexual, todos os seus direitos, sob pena de transformar o Estado Democrático de Direito um instrumento de exclusão.⁷⁷

Nota-se que a licença-maternidade seria instrumento de proteção ao núcleo familiar, pois trata-se de auxílio à criança e à mãe para formação de seus vínculos. Assim, aplicar tal proteção nas relações homoafetivas entre mulheres significaria conferir a ambas o direito à licença-maternidade. Esse duplo reconhecimento teria base na dignidade da pessoa humana, bem como na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de qualquer espécie.⁷⁸

Assim, diante de uma relação homoafetiva entre duas mulheres em que ambas se identificam pelo gênero feminino, não seria possível mitigar o direito de se tornarem mães e, por consequência, de usufruir das garantias que a lei confere à mulher, sob pena de se ferir o princípio da dignidade humana e de haver a promoção de atos preconceituosos, vedado pelo ordenamento brasileiro.⁷⁹

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1211446, Tribunal Pleno. Recorrente: Município de São Bernardo do Campo. Recorrida: Tatiana Maria Pereira Fernandes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341717987&ext=.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁷⁷ LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁷⁸ LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁷⁹ LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

Interpretando-se a ADI nº 4.277, as diferenças entre as relações heterossexuais e homossexuais deveriam ter como parâmetro a igualdade material prevista na Constituição Federal. Contudo, vive-se em uma sociedade diversa, em que a aplicação da isonomia deveria ser interpretada de maneira integrativa a fim de igualar indivíduos desiguais e permitir a todos o exercício de seus direitos sem qualquer discriminação. Nesse viés, importante reconhecer que todas as mulheres são iguais perante a lei, bem como as entidades familiares homossexuais e heterossexuais. Em virtude disso, o direito à proteção à família e as garantias dele decorrentes poderiam ser exercidos por todas as mulheres/mães que se inserem em ambas as entidades familiares.⁸⁰

Ainda, para que a família homoafetiva tenha o mesmo valor social, deveria ser estendido às duas mulheres o direito de se reconhecerem como mães, sob pena de reconhecimento apenas parcial da entidade familiar formada por duas mulheres, desvirtuando o sentido de família e mitigando o direito de constituição de família permitido a elas na ADI nº 4.277.⁸¹

Nesse contexto, a vedação legal de o benefício ser concedido a mais de um segurado feriria os direitos de uma das mulheres homoafetivas de exercerem a maternidade de maneira ampla, mitigaria parcialmente a concepção de família garantida pela ADI nº 4.277, além de promover exclusão social. Assim, a garantia da isonomia às mulheres homoafetivas perpassaria pela perspectiva material, ou seja, desprezar-se-ia a literalidade da lei para integrar a norma aos preceitos constitucionais, exigindo-se do intérprete uma hermenêutica conforme a Carta Magna, de modo a garantir a igualdade material a todos os gêneros e sexos, de modo a alcançar a todos o direito e acesso à justiça no mundo prático.⁸²

Por outro lado, há argumentos que não considerariam possível que as duas mulheres recebessem a licença, com base nos artigos 7, XVIII, da CF e 392, da CLT, os quais deixam explícito que o direito à licença-maternidade seria resguardado apenas para as gestantes, ou seja, aquela que teria um feto sendo desenvolvido no útero, o que não seria o caso da mãe não gestante, assim, não seria possível que ela recebesse a referida licença. Por este motivo, o direito conferido por interpretação analógica deixaria de observar o princípio da legalidade prevista no artigo 37 da Constituição Federal. Além disso, não seria possível que as duas recebessem a

⁸⁰ LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸¹ LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸² LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

licença-maternidade por força do artigo 71-A, §2º, da Lei nº 8.213/1991, que veda a concessão da licença-maternidade a mais de um(a) segurado(a).

Outro argumento contrário à concessão da licença-maternidade para as duas mulheres seria o de que assegurar dois benefícios de salário-maternidade seria um privilégio não assegurado ao relacionamento entre homem e mulher ou à família que adota uma criança, por exemplo. A regra previdenciária assegura o afastamento somente a um dos pais ou, no caso, a uma das mães. Assim, a concessão do salário-maternidade ao pai, ao adotante ou à mãe gestante tratar-se-ia de exceção em relação à natureza jurídica do benefício, que surgiu para assegurar à mãe gestante sua recuperação após o parto e as circunstâncias decorrentes dele. Em virtude disso, assegurar o benefício aos companheiros ou companheiras não gestantes seria admitido apenas na ausência de outro companheiro ou companheira que zele pelo convívio familiar do menor.⁸³

Nessa perspectiva, a concessão do benefício à mãe não gestante poderia existir caso a mãe gestante não pudesse cuidar da criança, deixando-a desprotegida. Se fosse concedida a licença-maternidade às duas mães, elas teriam o privilégio de desfrutarem deste período com o filho, situação desejada por todos os adotantes e pais, mas vedada pela sistemática adotada pela lei. Destaca-se que nenhum pai ou adotante tem direito ao salário-maternidade concomitantemente com o período em que o outro adotante ou a mãe está cuidando e zelando da criança, ainda que desempregados. A única autorização legislativa, expressa inclusive no caso do pai, seria que na ausência da mãe, o pai poderia receber o benefício.⁸⁴

No caso da mãe não gestante, deveria ser adotada a mesma sistemática, tendo em vista que a mãe gestante foi quem necessitou de semanas de recuperação, sendo que ela zelaria pelo filho durante esse tempo. Além disso, a mãe gestante foi quem produziu o leite materno e poderia assegurar a amamentação do filho e seu desenvolvimento saudável. Se o Estado permitisse a opção ao salário-maternidade em favor da mãe não gestante em detrimento da mãe gestante, estaria descumprindo a própria Constituição em relação à proteção da criança. Por este motivo, estando presente a mãe gestante no cuidado do filho, não se poderia conceder o

⁸³ FIGUEIREDO, Douglas Tanus Amari Farias de. Salário-maternidade para a mãe não gestante de casal homoafetivo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5415, abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65731/salario-maternidade-para-a-mae-nao-gestante-de-casal-homoafetivo>. Acesso em: 15 out. 2020.

⁸⁴ FIGUEIREDO, Douglas Tanus Amari Farias de. Salário-maternidade para a mãe não gestante de casal homoafetivo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5415, abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65731/salario-maternidade-para-a-mae-nao-gestante-de-casal-homoafetivo>. Acesso em: 15 out. 2020.

benefício à mãe não gestante, sob pena de conferir a ela tratamento diferenciado e privilegiado em relação aos pais adotivos ou ao pai.⁸⁵

Diante dos posicionamentos divergentes apresentados acerca da temática, interessante trazer também o parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) sobre o caso em comento. Analisando a situação, a PGR destacou a dimensão plural do benefício, tratando-se de tutela da relação parental e da família como um todo, bem como salientou a impossibilidade de a licença-maternidade concorrer com eventual benefício idêntico dentro da mesma entidade familiar, além de refutar a afronta ao princípio da legalidade no caso.⁸⁶

Manifestou-se a PGR no sentido de que o benefício teria o objetivo de tutelar o vínculo formado entre mãe e filho e, com base na interpretação sistemática da Constituição, possuiria dimensão plural, de forma a proteger os direitos de todos os envolvidos na relação parental, sendo que a concessão do benefício deveria levar em consideração, principalmente, a proteção constitucional à maternidade, ao melhor interesse do menor e à família. Deveriam ser sopesados os interesses de todos na relação parental (pais e criança), em uma interpretação que valorizasse a integração familiar, retirando da licença-maternidade seu caráter individualista, fundado na recuperação da mulher após o parto.⁸⁷

A PGR entendeu que o acórdão recorrido estaria em harmonia com os princípios da proteção à família e da primazia do vínculo afetivo e que, no caso de dupla maternidade e da impossibilidade de a mãe gestante usufruir da licença-maternidade, poderia ser concedido à mãe não gestante o gozo da licença, privilegiando-se o direito da entidade familiar de realizar os cuidados parentais e de fortalecer o vínculo afetivo.⁸⁸

Além disso, o parecer da PGR apontou a importância de considerar também os princípios da igualdade e da legalidade, para que não se crie discriminações entre os diversos tipos de família. Assim, no atual contexto jurídico-constitucional, que deveria favorecer a interação familiar, deveriam ser considerados também os princípios do equilíbrio atuarial na

⁸⁵ FIGUEIREDO, Douglas Tanus Amari Farias de. Salário-maternidade para a mãe não gestante de casal homoafetivo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5415, abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65731/salario-maternidade-para-a-mae-nao-gestante-de-casal-homoafetivo>. Acesso em: 15 out. 2020.

⁸⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

⁸⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

⁸⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

concessão dos benefícios previdenciários, da legalidade e da isonomia, sendo viável apenas a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais, defesa a concorrência de dois benefícios análogos no mesmo núcleo familiar e vedada a concessão de dupla licença-maternidade.⁸⁹

O entendimento que se firmou no parecer foi o de que a concessão da licença-maternidade seria balizada pela proteção constitucional à maternidade, ao melhor interesse do menor e à família, de modo que o fundamento para a concessão do benefício ultrapassaria os critérios biológicos e deveria promover os vínculos afetivos e a integração familiar.⁹⁰

Nesse sentido, entendeu-se pela não violação do princípio da legalidade pois a concessão do benefício à mãe não gestante estaria resguardada pelo estatuto constitucional da proteção à família. Apesar de tal proteção, somente seria possível a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais na mesma entidade familiar, sendo inviável a concessão de dupla licença-maternidade. Como explicitado, a mãe gestante atua profissionalmente como autônoma e não usufruiu da licença-maternidade, sendo, por isso, assegurada a outorga do benefício à mãe não gestante. Ao final do parecer, o Procurador-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário.⁹¹

3.2 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE APENAS PARA A MÃE GESTANTE

Como explicitado anteriormente, os argumentos que poderiam ser trazidos para que a licença-maternidade fosse concedida apenas para a mãe gestante vão no sentido de considerar a literalidade dos artigos 7º, XVIII, da CF e 392, da CLT, os quais deixam explícito que o direito à licença-maternidade seria resguardado apenas para as gestantes, ou seja, aquela que teria um feto sendo desenvolvido no útero, o que faz com que o direito não se estenda à mãe não gestante, não sendo possível que ela receba a referida licença.

Por este motivo, o direito conferido à mãe não gestante por interpretação analógica não observaria o princípio da legalidade prevista no artigo 37 da Constituição Federal. Além disso,

⁸⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

⁹⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

⁹¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

não seria possível que as duas recebam a licença-maternidade por força do artigo 71-A, §2º, da Lei nº 8.213/1991, que veda a concessão da licença-maternidade a mais de um(a) segurado(a).

Nesse sentido, tais argumentos considerariam a exegese do benefício como o ponto fundamental para sua concessão. Defender-se-ia que apenas a mãe gestante poderia receber a licença-maternidade pois o direito ao benefício surgiu para a recuperação física e psíquica da mãe que deu à luz, o que não é o caso da mãe não gestante. Este período também seria crucial para o recém-nascido tendo em vista que permitiria a amamentação, o desenvolvimento do recém-nascido, bem como a formação dos vínculos entre a mãe e o bebê.

Por essas circunstâncias, argumentar-se-ia que a mãe gestante deveria ter a prioridade no recebimento do benefício, em virtude de ser a responsável pelo zelo e desenvolvimento deste novo membro da família. Além disso, pela vedação legal de concessão do benefício a mais de um segurado, a mãe gestante deveria ser priorizada em detrimento da mãe não gestante justamente pelas circunstâncias físicas e psíquicas que ela vai passar, as quais a mãe não gestante não vai passar.

3.3 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE APENAS PARA A MÃE NÃO GESTANTE

Igualmente explicitado em tópico anterior, tem-se entendimentos divergentes acerca da concessão do benefício para a mãe não gestante.

De um lado, apesar de a origem do direito à licença-maternidade se basear nas circunstâncias pós-parto ou a recuperação física-psíquica da mãe, este direito também poderia ser concedido considerando o convívio familiar e o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida. Ainda, o afastamento da mãe não gestante do trabalho atenderia ao princípio do melhor interesse do menor elencado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), considerando que a integração familiar dos pais ou mães com o bebê seria essencial para sua criação.

No caso concreto, a mãe não gestante também é mãe biológica, tendo em vista que houve a fecundação de seu óvulo. Assim, seria possível a concessão do benefício apenas para a mãe não gestante, que também é mãe biológica e também possui papel fundamental no atendimento às necessidades do recém-nascido.

De outro lado, alegar-se-ia que, por vedação legal à dupla concessão da licença-maternidade, a concessão do benefício apenas para a mãe não gestante poderia existir somente no caso de a mãe gestante não conseguir zelar pela criança, deixando-a desprotegida.

Se houvesse a opção de salário-maternidade em favor da mãe não gestante em detrimento da mãe gestante, isso feriria a Constituição em relação à proteção da criança. Por este motivo, estando presente a mãe gestante no cuidado do filho, não se poderia conceder o benefício à mãe não gestante, sob pena de conferir a ela tratamento diferenciado e privilegiado em relação aos pais adotivos ou ao pai, por exemplo.

Assim, no caso de impossibilidade de a mãe gestante usufruir da licença-maternidade ou de zelar pela criança, o benefício poderia ser concedido à mãe não gestante, privilegiando-se o direito da entidade familiar de realizar os cuidados parentais e de fortalecer o vínculo afetivo.

Além disso, ressaltar-se-ia que é defesa a concorrência de dois benefícios análogos no mesmo núcleo familiar e vedada a concessão de dupla licença-maternidade, sendo que seria viável apenas a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais, como uma licença-maternidade e uma licença-paternidade. Por este motivo, no caso, como a mãe gestante é autônoma e não usufruiu da licença-maternidade por não ser filiada a qualquer regime de previdência, foi assegurada a concessão do benefício à mãe não gestante.

3.4 POSSIBILIDADE DE QUE AS DUAS MULHERES ESCOLHAM CONSENSUALMENTE QUAL DELAS RECEBE A LICENÇA-MATERNIDADE

Existe também a hipótese em que as duas mulheres poderiam decidir consensualmente qual delas receberia a licença-maternidade, sendo que a mãe gestante receberia o benefício por força dos artigos 7º, XVIII, CF e 392, da CLT. Já a mãe não gestante poderia receber em razão de tal direito ser concedido para possibilitar o convívio familiar e o cuidado com a criança, maximizando direitos fundamentais como a dignidade humana, a igualdade, a liberdade reprodutiva e o melhor interesse do menor.

Nesse sentido, existem projetos de lei (PLs) e também propostas de emenda constitucional (PECs) sobre a licença parental ou compartilhada, caso em que as duas poderiam ficar afastadas e estar com a criança, escolhendo o tempo de cada de uma de forma consensual.

A mais recente é a PEC nº 229/2019, que alteraria o inciso XVIII do artigo 7º da CF e revogaria o inciso XIX do artigo 7º da Constituição Federal e o §1º do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. Ou seja, a licença-maternidade com duração de 120 dias seria substituída pela licença parental

compartilhada, com duração de 180 dias, aos genitores e àqueles que adotarem ou obtiverem a guarda judicial para fins de adoção, sem prejuízo do emprego e do salário.⁹²

Na justificação da proposta, apresenta-se um estudo feito pela ONG Save the Children, em 2015, o qual constatou que os países considerados como os melhores para ser mãe possuem em suas legislações sistemas de licença-maternidade e de licença-paternidade mais flexíveis, em que se permite responsabilidades mais compartilhadas entre os genitores. Noruega, Finlândia, Islândia, Dinamarca e Suécia ocupam as primeiras cinco posições.⁹³

Nesse sentido, vários países estão substituindo a licença-maternidade pela licença parental compartilhada, em que os pais decidem quem fica com o filho e durante quanto tempo cada um fica com o infante, permitindo a igualdade na continuação das carreiras profissionais e maior convivência de ambos com a criança. Além disso, o sistema de licença parental compartilhada proporciona um desenvolvimento maior da autoestima e autocontrole dos filhos, tornando-os crianças e adultos menos impulsivos, com menor probabilidade de sofrer depressão, e com comportamento social adequado.⁹⁴

Considerando que, no caso em comento, as duas mães são biológicas, e que a PEC n° 229/2019 dispõe que os genitores teriam 180 dias à disposição, a PEC se aplicaria às duas mulheres, sendo que seria permitido que elas escolhessem consensualmente o tempo de cada uma com o bebê.

Assim, a licença parental compartilhada poderia ser uma hipótese para a resolução do problema enfrentado no RE n° 1211446, bem como importante instrumento para um tempo de convivência mais equilibrado entre todos os envolvidos, sendo que cada família escolhe o que for mais conveniente para si.

Por outro lado, apesar das diversas propostas neste sentido em trâmite no Congresso Nacional, ainda não há no Brasil a regulamentação da licença parental ou de um período de

⁹² BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n° 229/2019. Altera o inciso XVIII do art. 7° da Constituição Federal e revoga o inciso XIX do art. 7° da Constituição Federal e o § 1° do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8056601&ts=1594008770658&disposition=inline>. Acesso em: 2 out. 2020.

⁹³ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n° 229/2019. Altera o inciso XVIII do art. 7° da Constituição Federal e revoga o inciso XIX do art. 7° da Constituição Federal e o § 1° do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8056601&ts=1594008770658&disposition=inline>. Acesso em: 2 out. 2020.

⁹⁴ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n° 229/2019. Altera o inciso XVIII do art. 7° da Constituição Federal e revoga o inciso XIX do art. 7° da Constituição Federal e o § 1° do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8056601&ts=1594008770658&disposition=inline>. Acesso em: 2 out. 2020.

licença unificado para os responsáveis pela criança. Em virtude disso, pode-se defender que não é possível que as duas mulheres escolham consensualmente qual delas fica com a licença-maternidade e por quanto tempo, pois na legislação ainda não existe a possibilidade desse tipo de disponibilidade nas licenças parentais (maternidade e paternidade).

Outro argumento que poderia ser trazido seria o fato de que já existe no ordenamento a possibilidade de escolha consensual do benefício entre os casais homoafetivos nos casos de adoção ou guarda judicial para fins de adoção, previsto no artigo 392-A, §5º, da CLT. Restaria entender qual a consistência do critério de distinção entre a hipótese de adoção e o caso em estudo.

Nesse cenário, as famílias formadas por intermédio da adoção ou formadas por meio da inseminação artificial em nada se difeririam, considerando que se tratariam de entidades familiares, as quais deveriam ser respeitadas e tuteladas pelos princípios da afetividade, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Além disso, a pluralidade das novas configurações familiares é crescente em nossa sociedade, devendo o Direito resguardar as escolhas pessoais de constituição de família, diante da reconfiguração da conjugalidade e da parentalidade nesse contexto.

Invocando-se o artigo 392-A, §5º, da CLT, seria possível desprezar a literalidade deste dispositivo para integrar a norma aos preceitos constitucionais, em virtude da indiferença entre a inseminação e a adoção, que são apenas duas formas de constituição de família diferentes, mas são tuteladas da mesma maneira, pela proteção especial à família do artigo 226 da Constituição Federal.

Assim, se é possível a escolha de quem fica com o benefício na hipótese de adoção, não se justifica que não haja escolha na hipótese de duas mulheres em união homoafetiva que recorreram à inseminação artificial, de modo a garantir a todos o direito e acesso à justiça e a igualdade material.

Apesar de a hipótese de inseminação artificial ainda não se configurar como evento gerador do salário-maternidade e não ser critério de concessão para a licença-maternidade, deveria ser considerada como tal, mesmo que não expresso na lei, pois os princípios constitucionais autorizariam a concessão do benefício por hipótese de inseminação, sendo esta uma forma de constituição de família também tutelada e protegida pela Constituição. Por isso, seria possível que as duas mulheres escolhessem consensualmente qual delas ficaria com a licença.

Outro argumento que poderia ser trazido para defender que as duas mulheres escolham consensualmente quem receberia a licença-maternidade seria o de que deveria ser considerado

o fato de que o custeio da previdência social é realizado de forma idêntica por homens e mulheres. Além disso, a previdência social não opera em função do sexo dos beneficiários, mas tem a finalidade de protegê-los contra as necessidades sociais causadas pelos riscos sociais. Tomada a premissa de que a previdência tem natureza securitária, de formação de um fundo para necessidades futuras dos segurados, conforme plano de benefícios prevista na Lei nº 8.213/1991, poder-se-ia concluir que o benefício do salário-maternidade é custeado de forma idêntica por homens e mulheres.

Nesse sentido, o salário-maternidade seria um benefício comum familiar, já que os homens custeiam o benefício, mas não se beneficiam dele pessoalmente, mas indiretamente, quando tem sua família beneficiária. Conforme as ideias apresentadas, a escolha de conceder o benefício apenas para a mulher representaria mais uma decisão de política pública do que uma imposição contábil do modelo de previdência. Desse modo, não haveria empecilho algum em deixar que as duas mulheres escolhessem consensualmente quem receberia a licença-maternidade, pois aquele benefício auxiliaria toda a família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que a licença maternidade surgiu como forma de proteger a maternidade, de modo a resguardar a saúde da mãe e de seu filho ou filha, bem como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe. Contudo, as configurações familiares foram mudando, com isso, os critérios de concessão da licença-maternidade tiveram de ser interpretados de maneira extensiva, a fim de considerar e reconhecer essas novas famílias. É nesse contexto que se insere o RE nº 1.211.446/SP.

Nessa perspectiva, faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares e considere como entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem na afetividade, independentemente de sua conformação. Assim, o Direito deve resguardar as escolhas pessoais de constituição de família, não podendo selecionar as formas dignas de proteção, pois a proteção da família significa a plena dignidade da pessoa humana.

A partir da análise dos critérios de concessão da licença-maternidade, nota-se que as beneficiárias do salário-maternidade são as seguradas de todas as espécies, os segurados do sexo masculino em casos de adoção ou em caso de falecimento da segurada ou segurado que faria jus ao recebimento do salário-maternidade originariamente, o que demonstra grande inclusão. Todavia, o evento gerador do salário-maternidade continua sendo apenas o parto, o aborto espontâneo e a adoção, que não são as únicas formas de constituição de família,

excluindo e marginalizando outras configurações familiares, como as inseminações ou as “barrigas de aluguel”.

Em relação ao RE nº 1.211.446/SP, foram trazidas quatro hipóteses que poderiam auxiliar na solução do caso. A mais adequada para o caso é a última hipótese, que discute a possibilidade de que as duas mulheres (mãe gestante e mãe não gestante) possam escolher consensualmente qual delas recebe a licença-maternidade.

Esta hipótese se demonstra a mais harmônica porque, por intermédio dela, as duas mulheres podem escolher o que for mais conveniente para a família, permitindo a continuação das carreiras profissionais e maior convivência de ambas com a criança, sendo que essa possibilidade abriria um precedente que pode auxiliar na promoção da licença parental compartilhada no Brasil.

Além disso, é a hipótese mais conveniente porque já existe no ordenamento a possibilidade de escolha consensual do benefício entre os casais homoafetivos nos casos de adoção, previsto no artigo 392-A, §5º, da CLT. Os casais homoafetivos que adotam ou que recorrem à inseminação artificial em nada se diferem, visto que são entidades familiares, que devem ser respeitadas e tuteladas pelo Direito. Assim, é possível desprezar a literalidade do referido artigo para integrar a norma aos preceitos constitucionais.

Ainda, esta hipótese se demonstra a mais adequada porque a licença-maternidade é um benefício custeado de maneira igual por todos os segurados, mesmo os que não se beneficiam dela diretamente. Porém, todos se beneficiam dela mesmo que indiretamente quando tem sua família beneficiária. Percebe-se que a escolha de conceder o benefício apenas para a mulher é mais uma decisão de política pública do que uma imposição contábil do modelo de previdência. Desse modo, não há empecilho em deixar que as duas mulheres escolham consensualmente quem recebe a licença-maternidade, pois o benefício auxiliaria toda a família.

Entende-se esta última hipótese como a que mais se encaixa à realidade das duas mulheres (mãe gestante e mãe não-gestante), porém, é importante também acompanhar o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca do caso, no intuito de saber como a Corte vai entender a questão e qual entendimento vai prevalecer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 2 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Texto promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas 1/1992 a 107/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 16.300 de 31 de dezembro de 1923. Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d16300.htm. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20A%20Previd%C3%AAncia%20Social,daqueles%20de%20quem%20dependiam%20economicamente. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional do Seguro Social. **Salário-maternidade.** Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/salario-maternidade/>. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP.** Brasília, 2020. Disponível em:

http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 229/2019. Altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal e revoga o inciso XIX do art. 7º da Constituição Federal e o § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8056601&ts=1594008770658&disposition=inline>. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.211.446, Tribunal Pleno. Recorrente: Município de São Bernardo do Campo. Recorrida: Tatiana Maria Pereira Fernandes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341717987&ext=.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF discutirá extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429497&caixaBusca=N>. Acesso em: 8 set. 2020.

BRITO, C. **Licença-maternidade e licença-paternidade: elementos de igualdade ou diferença de gênero?** Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, p. 64. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20203/6/LicencaMaternidadeLicensa.pdf>. Acesso em: 20 de abr. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Direito previdenciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2007. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a#:~:text=Direito%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a.,RESUMO%3A&text=A%20aus%C3%Aancia%20de%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20imp%C3%B5e,ser%20reconhecido%20como%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel>. Acesso em 15 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Família cidadã. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2002. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/67/Fam%C3%ADlia+cidad%C3%A3>. Acesso em: 07 set. 2020.

FIGUEIREDO, Douglas Tanus Amari Farias de. Salário-maternidade para a mãe não gestante de casal homoafetivo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5415, abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65731/salario-maternidade-para-a-mae-nao-gestante-de-casal-homoafetivo>. Acesso em: 15 out. 2020.

LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do numerusclausus. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas%3A+para+al%C3%A9m+do+numerus+clausus>. Acesso em: 21 abr. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Nota 4 – proteção da maternidade**. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_229653/lang-pt/index.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

RIBEIRO, Márcia Regina Lobato Farneze; SALIBA, Graciane Rafisa. (Re)pensando a finalidade e efetividade da licença maternidade e da licença paternidade diante das relações afetivas contemporâneas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 45, n. 1, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/42941>. Acesso em: 15 de abr. 2020.

ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social – Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA JÚNIOR, Paulo Roberto de. Licença-maternidade na união homoafetiva diante de uma abordagem contemporânea da família brasileira. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3943, abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27647/licenca-maternidade-na-uniao-homoafetiva-diante-de-uma-abordagem-contemporanea-da-familia-brasileira>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.