

A EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MULHER NÃO GESTANTE EM
RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO: ANÁLISE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

*THE EXTENSION OF MATERNITY LEAVE TO NON-PREGNANT WOMEN IN A
HOMOAFECTIVE RELATIONSHIP: ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN
LEGAL SYSTEM*

Isabela Monteiro Gomes;¹

Paula Teles de Aquino.²

Resumo: O presente artigo objetiva fazer uma análise acerca da possibilidade da extensão da licença-maternidade à mulher não gestante em relacionamento homoafetivo. Toma-se como base um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual foi objeto de exame do Recurso Extraordinário nº 1.211.446, ocasião na qual o Supremo Tribunal Federal entendeu estar presente a repercussão geral sobre o tema. Faz-se um estudo jurisprudencial quanto à matéria, através de decisões de 2ª instância, apresentando os argumentos utilizados pelas correntes majoritária e minoritária. Analisam-se, ainda, três entendimentos doutrinários sobre o assunto: o primeiro entende pela impossibilidade da extensão; o segundo pelo estabelecimento de uma licença-parental única para o casal, sem distinção entre licença-maternidade e paternidade; e o último pela possibilidade de extensão do direito. Além disso, é realizada uma avaliação das normas e princípios do ordenamento pátrio que regulamentam a matéria, para se chegar às conclusões relativas à possibilidade de extensão da licença-maternidade a essas mulheres. Para tal, utiliza-se o método indutivo mediante pesquisa jurisprudencial, bibliográfica documental e descritiva.

Palavras-chave: Licença-maternidade. Extensão. Mulher não gestante. Relacionamento homoafetivo.

Abstract: This article aims to analyze the possibility of the extension of maternity leave to non-pregnant women in a homoaffective relationship. It is based on a São Paulo Court of Justice's judgment, which was the subject of examination of Extraordinary Appeal No. 1.211.446. The Supreme Federal Court understood that the general repercussion of the subject was present. A jurisprudential study is made on the matter, through second instance decisions, presenting the arguments used by the majority and minority currents. Three doctrinal understandings of the subject are analyzed: the first understands for the impossibility of extension; the second for the establishment of a single parental leave for the

¹ Mestre e especialista em direito público pela PUCMINAS.

² Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

couple, without distinction between maternity and paternity leave; and the last understands for the possibility of the right extension. Besides that, an assessment about the rules and principles of national law that regulate the matter is made, in order to reach conclusions regarding the possibility of extend maternity leave to these women. For this, is used the inductive method through jurisprudential, bibliographic, documentary and descriptive research.

Keywords: Maternity Leave. Extension. Non-pregnant woman. Homoaffective relationship.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da possibilidade da concessão de licença-maternidade a mulheres não gestantes em relacionamentos homoafetivos, apesar de suas companheiras, as quais geraram a criança, terem recebido o benefício, tendo em vista que atualmente a legislação brasileira limita a concessão da licença-maternidade a apenas uma das mães/pais.

Justifica-se o tema ora em discussão em razão da falta de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro sobre a matéria, e, conseqüentemente, a quantidade de ações judiciais que a envolvem, tornando a sua análise jurídica de suma importância, considerando-se a crescente visibilidade das mulheres e das pessoas LGBTQ+ nas sociedades, bem como a luta pelos seus direitos.

Isto posto, objetiva-se apresentar os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca do assunto, bem como as normas e os princípios jurídicos que os perpassam, para que se analise os impedimentos e desimpedimentos jurídicos para tal concessão.

Escolheu-se como metodologia a análise jurisprudencial dos tribunais brasileiros, visto que há correntes divergentes em nosso ordenamento pátrio. Para isso, o estudo do referente tema tomou como base decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que concedeu licença-maternidade a servidora pública, em razão do acórdão da Turma da Fazenda ter sido submetido ao STF através de Recurso Extraordinário, o qual ainda não foi julgado, mas teve sua repercussão geral reconhecida.

Discorreu-se sobre duas correntes jurisprudenciais que tratam do assunto. Uma entende não ser possível a extensão da licença-maternidade, haja vista a ausência de norma autorizativa e a limitação atual existente na legislação, bem como os princípios da legalidade e da igualdade, consistindo no posicionamento majoritário dos tribunais brasileiros. Outra corrente defende a possibilidade de extensão do direito, considerando-se que, ainda que não haja gestação, a mulher também é mãe, de forma que tem seu direito garantido pela

Constituição e pela legislação infraconstitucional, bem como pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta.

Foi feito, ainda, exame doutrinário englobando os diferentes posicionamentos supracitados, e investigação sobre as normas e princípios que regulamentam a matéria, bem como análise crítica da controvérsia, avaliando-se a possibilidade da extensão da licença-maternidade.

O artigo inicia-se com a apresentação do acórdão paradigma, desenvolve os diferentes posicionamentos sobre o tema mediante a exposição de diversos julgados, discorre sobre os entendimentos doutrinários e examina a atual regulamentação da matéria através das previsões constitucionais, bem como das legislações infraconstitucionais e dos princípios que lhe são aplicados.

2 APRESENTAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA

O presente trabalho tomou como base para seu estudo o Acórdão decidido pela Turma da Fazenda do Tribunal de Justiça de São Paulo – São Bernardo do Campo, proferido no Processo nº 1028794-78.2017.8.26.0564, que tem como partes Tatiana Maria Pereira Fernandes e Município de São Bernardo do Campo, nem que houve a concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

A ação que deu origem ao processo supracitado foi proposta por Tatiana Maria Pereira Fernandes em face do Município de São Bernardo do Campo, através da qual foi pleiteada a concessão de licença-maternidade. A autora é servidora municipal e realizou junto com a sua companheira tratamento de fertilização *in vitro*, ocasião em que se utilizaram os óvulos da autora, gerando a gravidez em sua parceira.

A requerente alega que sua companheira é trabalhadora autônoma e possui uma microempresa individual, no entanto não recebeu o benefício da licença-maternidade ao qual teria direito pelo Regime Geral de Previdência Social. Desta forma, sem receber qualquer benefício, imprescindível a sua volta ao trabalho, o que levou a requerente a solicitar por analogia a licença-maternidade ao Município, conforme direito estabelecido no Estatuto do Servidor Público da Requerida - Lei Municipal nº 1.729/68, artigo 184-A, que prevê a

extensão da licença-maternidade à funcionária pública que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção, pedido que lhe foi negado.

A autora discorre, então, que também é mãe biológica da criança, tendo em vista que apesar de seu filho não ter sido gerado em seu ventre, mas no de sua companheira, o procedimento de fecundação foi feito com o uso de seus óvulos, razão pela qual lhe assiste direito a receber o benefício da licença-maternidade. Além disso, defende que sofreu discriminação ao ter negado seu pedido, já que se seu Estatuto reconhece e estende tal direito à mãe adotante, resta claro que como mãe biológica também deveria gozá-lo.

A requerente traz como fundamentação, ainda, que a falta de previsão legislativa sobre o tema não deve obstar a sua fruição do benefício, haja vista que a situação vivenciada afeta não só a proteção à maternidade, mas os direitos do nascituro, o direito da criança à convivência familiar, os novos núcleos familiares, o princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade e a não distinção entre filho biológico, adotivo e o que nasce em âmbito familiar diferenciado, devendo ser observada a Constituição Federal e o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Município de São Bernardo do Campo, por sua vez, alega que o ordenamento jurídico pátrio não vislumbra tal situação, não havendo previsão legislativa sobre o caso, o que impede a concessão do benefício. O artigo do Estatuto do Servidor Público, invocado pela requerente mediante analogia, não pode ser aplicado ao caso, tendo em vista que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, conforme estabelece a Constituição Federal em seu art. 37. Da mesma forma, a CLT não traz no art. 392-A a possibilidade do deferimento de licença-maternidade à situação fática vivenciada pela autora.

Discorre, ainda, que a Lei 8.213/91 somente autoriza a concessão do benefício do salário-maternidade à mãe biológica e adotante ou guardião judicial, e que conforme preleciona o art. 71-A, §2º, o mesmo não pode ser concedido a mais de um segurado, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. Desta maneira, como a companheira da requerente é segurada obrigatória do Regime Geral de Previdência Social, conforme art. 11, inc. V, alínea h, da Lei 8.213/91, tendo direito, portanto, a receber o salário-maternidade, tal fato impediria que a autora também o recebesse, bem como a licença-maternidade.

A sentença foi proferida reconhecendo procedente o pedido da autora, condenando a ré a conceder licença-maternidade pelo período de 180 dias, mediante remuneração, de modo

que o Município entrou com um Recurso Inominado para reforma do julgado e sua consequente absolvição.

O Colégio Recursal de São Bernardo do Campo negou provimento ao recurso por votação unânime, mantendo a sentença recorrida. Como se depreende do voto do relator, o direito à licença-maternidade, estabelecido no art. 7º, XVIII da CF/88, deve ser examinado de acordo com os entendimentos jurisprudenciais acerca das uniões homoafetivas e da multiparentalidade, citando-se aqui o reconhecimento da união estável em relacionamentos homoafetivos através da ADPF 132/RJ. Alega que como o óvulo da autora foi utilizado na fertilização, a mesma também é mãe biológica, não obstante a filiação ir além do parto e da gestação.

A Turma entende que o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade não se limita à recuperação física/psíquica da mãe gestante ou até mesmo à amamentação, mas também deve ser analisado por uma perspectiva de convívio familiar e cuidado da criança, de proteção à maternidade e ao filho(a), haja vista a importância desse contato inicial de vida entre a mãe e seu bebê, salientando-se que não importa como se deu a filiação.

Defende, ainda, que o afastamento do trabalho por tempo determinado e a dedicação ao lar e à criança vai ao encontro dos princípios elencados no ECA, atendendo ao art. 4º deste, que preza pelo “melhor interesse do menor”, considerando-se que o convívio do bebê com seus pais ou mães é de suma importância para sua criação, não havendo distinção entre biológicos ou adotivos. Por todo o exposto, finaliza estendendo o direito à licença-maternidade à recorrida, visando à maximização dos direitos fundamentais para as mães bem como para a criança.

Salienta-se que a questão foi parar no STF após Recurso Extraordinário 1.211.446, promovido pelo Município de São Bernardo do Campo. O Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do relator Min. Luiz Fux, entendeu que a questão é constitucional, apresentando repercussão geral sob o prisma social, jurídico e econômico.

Inicialmente, o STF esclarece que a titularidade da licença-maternidade é não somente da mãe, mas também da criança, tendo em vista que o benefício não se restringe à recuperação da mulher após o parto, mas também à proteção das mães não gestantes, que acabam cumprindo com diversas tarefas depois do nascimento do bebê. Deixa claro que não deve haver diferenciação entre a licença-maternidade conferida às mães que possuem filhos biológicos ou adotivos.

Destarte, lembra que a proteção à maternidade é um direito social elencado na Constituição Federal nos art. 6º c/c art. 201, e um dos objetivos da assistência social, haja vista o art. 203, inc. I, da Lei Maior. Cita-se, ainda, entendimento do próprio Egrégio Tribunal que reconheceu a qualidade de entidade familiar às uniões estáveis homoafetivas através da ADI 4.277.

Além disso, entende que o direito à licença-maternidade deve ser interpretado de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade – estando este expresso na CFRB/88, em seu art. 5º, caput –, da liberdade reprodutiva, do melhor interesse do menor e da proporcionalidade, vedando-se a proteção deficiente. O STF afirma que o benefício deve visar à proteção não somente da maternidade em relações heteroafetivas, mas também nas uniões homoafetivas. A interpretação do direito à licença-maternidade de maneira extensiva à mulher não gestante, que participa de união homoafetiva, coloca em prática a igualdade material, reconhecendo as diversidades sociais, as diferentes configurações familiares e fortalecendo a identidade e autorrealização das pessoas.

Salienta-se que a análise jurídica ora suscitada não se restringe à possibilidade de extensão do benefício à mãe não gestante em união homoafetiva, mas também aos limites e parâmetros dessa extensão. Para o STF a repercussão geral depreende-se, então, do prisma social, jurídico e econômico:

(i) social, em razão da própria natureza do direito à licença-maternidade e do impacto gerado pela sua extensão a qualquer servidora pública ou trabalhadora (art. 7º, XVIII, e art. 39, § 3º, da Constituição Federal) que vivencie a situação fática *sub examine*; (ii) jurídico, posto que envolve a proteção especial consagrada à maternidade (CF, art. 6º c/c art. 201), bem como a construção do âmbito de incidência do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, que deve albergar as múltiplas hipóteses de criação do vínculo maternal, e (iii) econômico, porque discute a concessão de benefício de natureza previdenciária, com custos para a coletividade e reflexos no equilíbrio atuarial dos sistemas de previdência social. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1211446 RG/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 07 nov. 2019, p. 7-8).

3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Não obstante o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da matéria ora examinada, bem como o reconhecimento do STF no sentido de existência de repercussão geral sobre o tema, observa-se que a jurisprudência brasileira julgou, diversas vezes,

improcedente o pedido de deferimento da licença-maternidade à mãe não gestante integrante de relacionamento homoafetivo.

Em razão da falta de um entendimento pacificado sobre o tema, haja vista o acórdão paradigma examinado ter tido sua repercussão geral reconhecida recentemente, far-se-á a análise tanto dos fatos geradores das ações judiciais quanto do mérito de algumas decisões acerca do assunto, investigando-se os fundamentos jurídicos utilizados, os quais auxiliam na reflexão a respeito da possibilidade de extensão da licença-maternidade no Brasil. Observa-se que se selecionaram decisões contrárias à concepção inicial do STF e do acórdão paradigma a fim de se fazer uma contraposição dos posicionamentos dos tribunais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão suscitado no Processo nº 1024727-85.2016.8.26.0053, negou provimento ao reexame necessário em decisão na qual servidora pública estadual teve seu pedido de licença-maternidade negado, tendo-lhe sido concedida licença-paternidade. No referido caso a parte autora possui relacionamento homoafetivo, o qual gerou a gravidez de sua companheira mediante fertilização *in vitro*.

Alega-se a ausência de amparo legal e jurisprudencial para a modificação da sentença, e que conceder a licença da mesma maneira que é devida aos casais heteroafetivos caracteriza a interpretação isonômica dos direitos aos diversos tipos de casais. Ao contrário, estender a licença-maternidade à mãe não gestante seria realizar uma discriminação em benefício da autora, indo de encontro aos Princípios da Legalidade, Isonomia e Tripartição de Poderes.

Da mesma forma julgou a 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Processo nº 1029429-10.2015.8.26.0506, através do reexame necessário de apelação. Assim como no caso supracitado, foi conferida licença-paternidade a servidora pública que realizou tratamento de fertilização *in vitro* com sua companheira, a qual veio a gerar seu filho. Em primeira instância foi julgado procedente o pedido, no entanto o Tribunal entendeu por reformar a sentença.

Cita-se como fundamento a ADI 4.277 e ADPF 132, nas quais o STF vedou a discriminação e reconheceu os casais homoafetivos como entidades familiares possuidoras dos mesmos direitos e deveres que os pares heteroafetivos. Em razão dessa interpretação extensiva da Suprema Corte, a concessão da licença-maternidade deve se dar nos mesmos moldes dos casais heteroafetivos. Deve-se observar, ainda, o Princípio da Moralidade e da Legalidade, haja vista nosso ordenamento não possuir suporte jurídico para essa extensão.

Salienta-se que o acórdão defende um período maior de licença-parental, tanto para casais hétero quanto homoafetivos, não devendo se restringir a 180 dias para a mãe e 05 dias para o pai. No entanto, tal alargamento ainda não foi estabelecido em nossa legislação.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, através de sua Segunda Turma Recursal, proferiu o Acórdão nº 1252262, no qual julgou pela não extensão do benefício em razão do Princípio da Legalidade Administrativa. Alegou-se que não há em nosso ordenamento jurídico autorização legal para a interpretação extensiva, de maneira que acolhê-la geraria um tratamento desigual aos casais heteroafetivos e até mesmo homoafetivos do gênero masculino, haja vista que somente as mulheres receberiam o benefício com prazo dilatado.

Além disso, traz como fundamento o Princípio da Isonomia, defendendo que a licença-maternidade, ou licença-parental de longo prazo, deveria ser concedida à genitora parturiente e a licença-paternidade, também chamada de licença-parental de curto prazo, à companheira não gestante. Observa-se, ainda, que, neste caso, a companheira da parte autora estava impossibilitada de amamentar, razão pela qual a autora solicitou a licença-maternidade, já que a mesma havia realizado procedimento de lactação.

Da mesma forma entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão da Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais, no Recurso Cível 71008100851. A companheira da autora havia dado luz a gêmeos, o que levou ao pedido do benefício. A Turma discorre que não há normatização específica para o caso, e por isso deve ser feita uma interpretação da Constituição e das leis observando-se os Princípios da Igualdade e Isonomia. Argumenta que conceder duas licenças-maternidade (de longo prazo) caracterizaria tratamento diverso aos outros casais, indo de encontro aos princípios supracitados e ensejando discriminação aos filhos de casais homoafetivos do gênero masculino.

Justifica, ainda, que o STF vedou o tratamento diferenciado entre as famílias homo e heteroafetivas, de modo que a diferenciação entre os prazos das licenças maternidade e paternidade – os quais seriam aplicados aos casais heteroafetivos – impossibilita a equiparação dos prazos aos casais homoafetivos compostos pelo gênero feminino – considerando-se que uma das mães deve necessariamente receber a licença-paternidade. Outrossim, cita a vinculação da Administração Pública ao Princípio da Legalidade, existindo tão somente norma que institui a licença-maternidade para mãe biológica ou adotante. Além

disso, argui que o art. 392-A, §5^a, da CLT prevê a concessão do benefício a apenas um dos entes da família. A decisão, portanto, foi pela concessão da licença-paternidade à parte autora.

4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Em relação ao tema ora analisado, a doutrina ainda não pacificou entendimento, haja vista o reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar ser algo muito recente, bem como todos os direitos decorrentes dessa reconhecimento. Não obstante tamanha importância de seu exame para a sociedade, a visibilidade da comunidade LGBTQ+ e de seus direitos vem crescendo paulatinamente, o que faz com que haja uma carência de discussão jurídica sobre determinados temas.

A corrente que parece ter maior número de adeptos, além de maior incidência jurisprudencial, defende que a licença-maternidade não pode ser estendida à mãe não gestante partícipe de relação homoafetiva. Argumenta-se que a legislação limita a licença-maternidade a apenas uma pessoa, tanto no caso de gestação quanto no caso de adoção ou guarda, conforme § 2º do artigo 71-A da Lei n.º 8.213/91, aplicável aos RPPS também por força do §12 do artigo 40 da Constituição, e art. 392-A, §5º, da CLT. Assegurar dois benefícios de licença e salário-maternidade dentro de uma mesma relação significaria dar um privilégio às mães em relacionamento homoafetivo que os casais heteroafetivos e homoafetivos constituídos por homens não possuem.

Desta forma, Figueiredo (2018) entende que a licença-maternidade só poderia ser recebida pela mãe não gestante se a outra não a obtivera, ou seja, na ausência de uma pessoa para cuidar e zelar pela criança. Caso contrário, visando ao não tratamento diferenciado e privilegiado entre as diversas formas de entidade familiar, defende-se a concessão da licença-maternidade à mãe gestante e da licença-paternidade à não gestante. Preza-se, aqui, pelo Princípio da Isonomia e da Legalidade.

Lima e Teles (2020), ao tratar sobre a duplicidade de salário-maternidade, o qual está intimamente ligado à licença-maternidade a casais homoafetivos formados por mulheres, consideram que conceder o salário-maternidade para as duas mães seria admitir uma situação discriminatória em relação a outras composições familiares, apesar de que tendo em vista o

escopo do benefício, qual seja assegurar uma maior segurança financeira para a família, o ideal seria que ambas recebessem.

Outra corrente correlaciona a possibilidade de escolha de quem gozará da licença-maternidade nos casos de adoção ou guarda, trazida pela Lei 12.873/13 e inserida na CLT em seu art. 392-A, §5º, com a implantação da licença-parental em nosso ordenamento jurídico. A licença-parental traz a possibilidade de o casal ter direito à licença e escolher e administrar seu prazo. Conforme Matos e Silva (2015, p. 18) seria garantido um período para a mulher gestante se recuperar fisicamente, e ressalvado esse tempo o casal deliberaria sobre a melhor disposição do benefício, o qual poderia ser usufruído em conjunto ou alternadamente.

Ou seja, com o fim da diferenciação entre licença-maternidade e paternidade, e com estabelecimento de uma licença-parental, resolver-se-ia o problema entre a extensão da licença-maternidade à mãe não gestante, visto que esta não mais ficaria limitada ao gozo da licença-paternidade, bem como não se configuraria a dupla aplicação do benefício, conforme alguns juristas defendem. Deste modo, a alegação de que com a concessão da licença haveria uma colisão com o Princípio da Isonomia não mais iria se subsumir ao caso.

Importante salientar que a adoção da licença-parental, além de solucionar a discussão objeto do presente artigo, considerando que ambas as mães poderiam dividir o tempo da licença da maneira que melhor lhes atendessem, tem como finalidade romper com o modelo patriarcal presente na sociedade brasileira e inserir plenamente a mulher no mercado de trabalho.

Pandolfo (2017, p. 56) afirma que a licença-maternidade e paternidade favorecem a manutenção da discriminação da mulher no âmbito laboral, principalmente em razão da discrepância de períodos entre as licenças. Ambas foram formuladas em um modelo de sociedade e família que já não são suficientes para acolher as demandas das diversas formas de entidades familiares.

Sabe-se que as mulheres possuem duplas jornadas de trabalho, pois a elas foi imposta a responsabilidade das tarefas domésticas e familiares, de forma que em pleno século XXI ainda é mais difícil a sua manutenção no mercado de trabalho. Muitos empregadores optam por não contratar mulheres pelo possível aumento de gastos caso elas engravidem, conforme expõe Matos e Silva (2015, p. 16), haja vista que ao contratar homens não haveria a necessidade de destinar parcela de seu tempo para a família. Além disso, há o reforço do

conceito de que cabe exclusivamente ou majoritariamente à mulher a educação dos filhos, o que acarreta naturalizada divisão sexual do trabalho.

Gosdal (apud Matos e Silva, 2015, p. 18) discorre que o que se pode discutir é acerca da concessão de licença-parental, ao invés de licença-gestante, que poderia ser usufruída em parte pelo pai, para cuidar da criança. Isso porque os empresários continuam considerando mais elevados os custos com a contratação de mulheres. Na hipótese de gravidez da empregada, o empregador não arca com o salário maternidade, mas continua recolhendo contribuição previdenciária da empregada que se encontra em licença e também com os custos da sua substituição, além de estar sujeito a maior absenteísmo da empregada nos primeiros anos de vida.

Desta maneira, a licença-parental seria uma alternativa para dar maiores garantias às mulheres dentro do mercado de trabalho, e incentivar uma maior participação dos pais dentro de casa e na criação de seus filhos. Para Matos e Silva (2015, p. 14) é necessária a concepção de mecanismos de intervenções estatais que alterem as estruturas reprodutoras de desigualdade, nos quais a licença-parental estaria inserida.

Além disso, insta ter em mente que a licença-parental contribuiria para o rompimento da “família tradicional brasileira”, normatizando e normalizando as necessidades das mulheres que lutam para não mais se inserir no modelo patriarcal de sociedade, aqui se incluindo tanto as mulheres homo quanto heteroafetivas.

Através de outro viés, o qual vai ao encontro do acórdão paradigma deste artigo, alguns autores entendem que ambas as mães em relacionamento homoafetivo devem gozar da licença-maternidade e do salário-maternidade.

Alega-se que o reconhecimento pelo STF das uniões homoafetivas como entidades familiares faz com que todos os direitos garantidos por nosso ordenamento pátrio sejam estendidos a estes núcleos familiares, inclusive os que asseguram proteção à família. Desta forma, nada mais lógico que nas relações entre pares de mulheres homoafetivas seja garantido a ambas o direito à licença-maternidade, haja vista este objetivar a proteção ao núcleo familiar.

O duplo reconhecimento da licença-maternidade consubstanciar-se-ia no Princípio da Dignidade Humana, e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de qualquer espécie, conforme arts. 1º, III, e 3º, I e IV, ambos da Constituição Federal. Destarte, para Pozzetti e Leite (2019, p. 426), não há como negar o direito de duas

mulheres se tornarem mães e conseqüentemente gozarem das garantias que a lei dispõe à mulher, quando configurada uma relação homoafetiva entre duas mulheres em que ambas se identificam pelo gênero feminino. Afastar tal reconhecimento e negar seus direitos iria de encontro à dignidade humana, promovendo atos preconceituosos, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, deve-se fazer uma interpretação integrativa da norma, prezando pelo Princípio da Igualdade em sua perspectiva material, ou seja, igualar indivíduos desiguais e garantir a todos o exercício de seus direitos. Estando pacificado o entendimento de que não há diferenciação entre casais hétero e homoafetivos, os direitos referentes à proteção da família devem ser gozados por todas as mulheres/mães que se inserem em ambos os núcleos familiares.

Conforme Pozzetti e Leite (2019, p. 427), o não reconhecimento de ambas as mulheres homoafetivas como mães, e conseqüentemente a não promoção de seus direitos, significa reconhecer apenas parcialmente a entidade familiar formada por duas mulheres, contradizendo o ordenamento jurídico.

Desta forma, para Pozzetti e Leite (2019, p. 427), aplicar a limitação supracitada do art. 71-A, §2º, Lei 8.213/91, às relações homoafetivas vai contra as normas constitucionais, devendo ser realizada uma interpretação conforme a Constituição para assegurar a igualdade material a todos, tendo em vista estarmos diante de uma sociedade heterogênea.

Os autores concluem (2019, p. 428) que a vedação legal atual alija uma das mulheres ao direito de exercer a maternidade de maneira ampla, bem como mitiga parcialmente a concepção de família já garantida pelo STF e promove a exclusão social.

Lima (2020, p. 15), ao discorrer sobre a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, faz um paralelo com a extensão da licença-maternidade à mãe não gestante. O autor explica que de acordo com a teoria pós-positivista a norma jurídica somente seria produzida no processo particular de solução jurídica de determinado caso, ou seja, de acordo com cada decisão judicial. Destarte, a norma jurídica como é hoje entendida separaria as normas dos fatos, possibilitando a atuação discricionária do Judiciário. Propõe-se, então, que a prática jurídica atenda o Estado Democrático de Direito mediante a racionalidade, discutibilidade e verificabilidade dos processos decisórios no âmbito familiar, observando-se os direitos e princípios fundamentais.

Para Lima (2020) o silêncio do Legislador sobre o tema ora analisado não pode levar a omissões do Judiciário. Em suas palavras,

não se trata de voluntarismo ou ativismo, mas de reconhecer a força normativa dos princípios e a importância da teoria dos direitos fundamentais. É imperioso que, em nome da igualdade e respeito às diferenças, assegure direitos a todas as situações merecedoras de tutela, a exemplo do reconhecimento e proteção às uniões homoafetivas do sexo feminino, cujas especificidades devem integrar a norma decisória quando da análise do programa e do âmbito normativo da licença-maternidade endereçada a estas entidades familiares. Esses preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado legislador, executor e julgador. No caso de haver omissão do legislador em regular situações dignas de tutela - que deveria estar atento às estruturas básicas do conteúdo social e histórico relativo ao âmbito da norma das relações homoafetivas masculinas e femininas - a plenitude do reconhecimento de direitos deve ser implementada pelo magistrado, que não pode negar proteção jurídica ou permitir a violação de direitos sob a alegação de 'ausência de lei', notadamente quando existe um catálogo de direitos e garantias fundamentais no texto constitucional, bem como de direitos fundamentais implícitos, passíveis de concretização no momento em que a problematização é trazida a linguagem. (LIMA, 2020, p. 48)

Em relação à concessão de licença-paternidade a essas mulheres, o autor declara que é inaceitável, uma vez que ao fazer isso desconsidera-se as particularidades psíquicas e culturais do gênero feminino, sobretudo nos casos em que duas mães pretendem exercer, conjuntamente, o direito à maternidade, sendo concedida a licença-maternidade só para a gestante. Dizer que a mãe não gestante exerce uma função análoga à figura tradicional do pai significa violar o princípio da igualdade na medida em que promove tratamento desigual entre as duas mães, as quais pretendem exercer juntas a maternidade.

5 REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA CONFORME ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito à licença-maternidade, no cenário internacional, foi inicialmente previsto pela OIT na Convenção sobre o amparo à maternidade. Nela, resta assegurado à mulher o benefício pelo prazo de pelo menos 12 (doze) semanas.

Em âmbito nacional, a Constituição de 1988 reconheceu a licença-maternidade como um direito social em seu art. 7º, XVIII, no qual estabeleceu o prazo de 120 (cento e vinte) dias de afastamento da gestante do trabalho, sem prejuízo de seu emprego e salário. A proteção à maternidade, por sua vez, também se caracteriza como um direito social, conforme se depreende do art. 6º c/c 201, II, da CF.

Ao mesmo tempo, ainda tratando-se da Carta Magna, a seção que dispõe acerca da assistência social apresenta a proteção à maternidade como um de seus objetivos, conforme art. 203, I.

A CLT instituiu uma seção voltada à proteção à maternidade, e dispõe sobre a licença-maternidade no art. 392 e seus parágrafos, o qual estabelece a licença por 120 (cento e vinte) dias, em conformidade com a Constituição. O art. 392-A aponta a extensão do direito em caso de adoção ou guarda judicial, o qual se dará nos mesmos termos das hipóteses em que há gestação. Salienta-se seu §5º, que limita a licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães, empregado ou empregada. Ou seja, abre-se a possibilidade de o homem gozar do benefício, e não apenas a mulher.

Os arts. 392-B e 392-C garantem a licença-maternidade a cônjuge ou companheiro em caso de morte da mãe, seja ela genitora ou adotante, pelo tempo integral ou parcial, a depender do caso. Observa-se que tal previsão também se aplica a casais homoafetivos.

Deve-se ter em mente, ainda, que a licença-maternidade possui íntima relação com o salário-maternidade, o qual é previsto na Lei 8.213/91, na Subseção VII, arts. 71 a 73.

A Lei 11.770/2008 trouxe a possibilidade de dilatar o prazo da licença-maternidade mediante a adesão da empresa ao Programa Empresa Cidadã. Desta forma, o prazo pode ser prorrogado por mais 60 (sessenta) dias, totalizando 180 (cento e oitenta) dias de afastamento, caso em que a pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido o total da remuneração integral da empregada pago nos dias de prorrogação. Observa-se que, nas mesmas condições, a licença-paternidade pode passar de 05 (cinco) a 20 (vinte) dias.

Além dos dispositivos supracitados, os quais criam o direito à licença-maternidade, o definem, estabelecem seu âmbito de incidência e seus destinatários, alguns princípios guardam estrita relação com o exame jurisprudencial ora realizado. Sobre os princípios, Lima (2020, p. 37) ressalta a importância de sua utilização para a compreensão, interpretação e concretização do direito positivo, de forma a adequar a justiça nas relações familiares. Em relação à concessão da licença-maternidade à mulher não gestante, Lima (2020) esclarece que

os princípios têm assento na Constituição Federal de 1988, e, lado a lado com os direitos fundamentais - individuais, sociais e coletivos - nela prescritos, constituem a base do programa normativo da licença-maternidade postulada, indispensável para o enfrentamento do tema proposto, constituindo alicerce sólido, não só para

compreender melhor as relações familiares homoafetivas, mas, igualmente, para conceder a elas a concretização de um direito que esteja próximo do ideal de Justiça. Para que isso aconteça, os princípios constitucionais devem ser vistos como normas de fechamento e não de otimização. (LIMA, 2020, p. 38)

Inicialmente, ressalta-se que já resta consolidado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira, que a licença-maternidade tem como objetivo não somente a proteção à mãe, com vistas à sua recuperação física-psíquica, mas também a proteção à criança e ao adolescente. Tanto é que tal direito é assegurado em caso de adoção, conforme já citado anteriormente. Dentro desta perspectiva, a extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em relacionamento homoafetivo observa os princípios norteadores do ECA, destacando-se o Princípio da Prioridade Absoluta e o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

O Princípio da Prioridade Absoluta está previsto na Constituição Federal, em seu art. 227, e no art. 4º, do ECA, e estabelece que os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, dentre eles o direito à convivência familiar, devem ser garantidos não só pela família, mas pela sociedade e pelo poder público com absoluta prioridade. Destarte, as crianças e adolescentes devem ter preferência na formulação e execução de políticas públicas, e.g., bem como destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas de proteção à infância e juventude.

Conforme Almeida (2010, p. 25) a proteção a crianças e adolescentes deve ser encarada como uma “meta prioritária”, caracterizando-se como uma norma de eficácia imediata. Nas palavras de Lima (2020, p. 55) o princípio da Prioridade Absoluta “justifica-se pela maior vulnerabilidade e fragilidade das crianças, sobretudo, do neonato, autorizando, com efeito, atribuir-lhes um tratamento especial de proteção, para que consigam se estruturar como pessoa humana e se autogovernar”. Dito isso, resta claro que o convívio entre a criança e suas mães é um direito que lhes deve ser garantido prioritariamente através da concessão da licença-maternidade.

O Princípio do Melhor Interesse do Menor, por sua vez, orienta que todas as ações ligadas a crianças e adolescentes atendam a seus interesses, zelando por sua boa formação e criação. Lima (2020, p. 55) explica que tal princípio significa que a criança, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade, deve ter seus interesses tratados com prioridade, tanto na elaboração como na aplicação das normas jurídicas, especialmente àquelas afetas as relações familiares.

Para Barboza (2000, p. 206), este princípio pode ser entendido como critério hermenêutico bem como cláusula genérica que promove os direitos fundamentais garantidos pela Constituição às crianças e adolescentes. A autora continua afirmando que com a Constituição de 88 o princípio ora analisado passou a ser obrigatoriamente observado, com caráter de absoluta prioridade, em quaisquer questões que envolvessem crianças e adolescentes, de maneira que tal princípio subsume-se à extensão da licença-maternidade, haja vista que o convívio da criança com a mãe traz benefícios para ambos.

Outro princípio que está intimamente ligado à extensão da licença-maternidade é o Princípio da Igualdade, previsto em nosso ordenamento jurídico no art. 5º, caput, da CF. A igualdade divide-se em igualdade formal, material e prospectiva. A primeira é a igualdade perante a lei, significa conferir tratamento equânime para todos, no entanto não leva em consideração as diferenças sociais dos indivíduos. Já a igualdade material vai além do plano jurídico-formal, buscando efetivar os direitos daqueles mais vulneráveis, que estão em situação de desigualdade. A efetivação da igualdade material, também chamada de substancial, deve ser feita através do legislador e dos operadores do direito, os quais devem buscar reparar as disparidades criadas pela sociedade ao longo dos anos. Acerca do tema, Lima (2020, p. 44) explica que a igualdade material “acolhe a normatividade vinculante dos princípios constitucionais, onde a principal consequência é a eficácia dos direitos fundamentais e o reconhecimento da força normativa do princípio da igualdade para todo ordenamento jurídico na efetiva redistribuição de poder social”.

Já a igualdade prospectiva é a construção dos institutos e das instituições jurídicas a partir dos fatos sociais e culturais, seja pela força constitutiva dos fatos, seja por imposição da realidade humana e social (2020, p. 44).

Assegurar a licença-maternidade à mãe não gestante homoafetiva é colocar em prática a igualdade material e prospectiva a um grupo de pessoas que se encontra em vulnerabilidade por dois aspectos: pelo gênero e pela orientação sexual. Reconhecer tal direito significa admitir a existência de diversos tipos de entidades familiares e adequar a legislação à realidade, reconhecendo-se a necessidade de promover tratamento diferenciado para a concretização de seus direitos.

Relacionado com o Princípio da Igualdade e ao caso em exame está o Princípio da Não Discriminação. Nas palavras de Lima (2006, p. 133), “a discriminação é entendida como uma distinção desfavorável alicerçada em um determinado motivo, de caráter antijurídico e

desprovida de razoabilidade e racionalidade”. Destarte, para Bondo (2015, p. 12), “o princípio da não discriminação supõe que deve ser dado um cuidado igual a indivíduos em situações iguais e implica a existência de uma norma que determine essa igualdade de tratamento.”

À mãe não gestante não pode ter negado seu direito à licença-maternidade e receber tratamento diferenciado por não ter gerado a criança em seu ventre, haja vista estar em situação de igualdade com a mãe gestante já que o benefício, como dito anteriormente, não tem como único objetivo a recuperação física-psíquica da parturiente, devendo receber tratamento igualitário por também ser destinatária do direito conforme ordenamento jurídico pátrio.

Outro Princípio que deve ser aplicado na extensão da licença-maternidade é o Princípio da Proporcionalidade. Para Barroso (2010, p. 305-306), o Princípio da Proporcionalidade possibilita a interpretação da norma no caso concreto, a qual deve ser feita com vistas ao fim constitucional da norma ou do sistema jurídico. Ou seja, imprescindível ter em mente, na extensão do benefício, o fim social da licença-maternidade. Correlaciona-se a esse princípio o art. 5º, da LINDB, a qual determina que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana também deve ser considerado na extensão do direito, princípio este de suma importância. A dignidade da pessoa humana está definida na Constituição, em seu art. 1º, III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Nas palavras de Andrade (2003, p. 317), pode-se entender a dignidade da pessoa humana como “o conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção”, haja vista que o mesmo é inerente à condição humana. O autor continua ao defender que a titularidade dos direitos existenciais independe até da capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar e sentir, de forma que dispensa a autoconsciência ou a compreensão da própria existência.

O conceito de dignidade da pessoa humana está ligado ao ordenamento jurídico como um todo e às percepções históricas e culturais de cada país, podendo ser classificado como um conceito jurídico indeterminado. Entende-se que são pilares da dignidade humana o Princípio da Igualdade, que para Andrade (2003, p. 318) significa dizer que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais, e o da Liberdade, aqui se compreendendo

como o exercício pleno dos direitos do homem, o que pressupõe a existência de condições materiais mínimas (2003, p. 319).

A dignidade da pessoa humana é algo inerente a todos. Ao negar à mãe não gestante e à criança seu direito à licença-maternidade e todas as consequências que dela decorrem, tais como a criação de um vínculo familiar, a proteção à criança, à infância e à maternidade, nega-se também o respeito à dignidade tanto da mãe quanto do filho, impedindo o gozo de todos os direitos que lhes são garantidos.

Lima (2020, p. 39) aponta a relação entre a dignidade humana e as diferentes estruturas familiares ao afirmar que a família é um espaço de realização existencial e afirmação de dignidade, de maneira que para lidar com as mudanças sociais familiares não basta a simples interpretação literal do texto constitucional, é preciso buscar no âmbito normativo – constituído por elementos empíricos de todas as áreas da ciência, como da sociologia, da psicologia e da psicanálise – os conteúdos complementares e indispensáveis à compreensão e concretização da dignidade da pessoa humana no caso concreto.

Desta forma, imprescindível que se perceba a existência de famílias constituídas por duas mães e que se busque maneiras de preencher as lacunas do ordenamento jurídico brasileiro para garantir a essas mulheres seu direito de exercer plenamente a maternidade promovendo assim a sua dignidade.

Observa-se que o tema ora analisado perpassa diversos direitos garantidos pela Organização Internacional do Trabalho, pela Constituição Federal, pela legislação infraconstitucional e por princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Em relação aos fundamentos legais utilizados pela parcela da jurisprudência que entende pela impossibilidade da extensão da licença-maternidade, citam-se os arts. 392-A, §5º e 392-B, ambos da CLT, já destrinchados anteriormente. Alega-se que a limitação destes artigos a apenas um dos adotantes ou guardiães da criança, e a garantia de licença à gestante, a menos que esta venha a falecer, caso em que será gozada por seu cônjuge ou companheiro, impossibilitam a concessão da licença-maternidade a mais de uma pessoa.

Da mesma forma, o art. 71-A, em seu §2º, da Lei 8.213/91, ao tratar do salário-maternidade, estabelece que o mesmo só pode ser concedido a um segurado no mesmo processo de adoção ou guarda, independentemente do Regime a que estejam submetidos, o que vedaria a extensão do benefício.

O principal argumento utilizado para a não concessão da licença à mãe não gestante é o atendimento ao Princípio da Legalidade, este elencado no art. 37, caput, da Constituição Federal. O princípio da legalidade limita a atuação da Administração Pública, de forma que toda atividade administrativa deve ser autorizada por lei. É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Como preleciona Carvalho Filho (2013, p. 20), “o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei”.

Destarte, a falta de previsão jurídica acerca do caso em comento e de autorização legal, por si só, já obstaría a concessão da licença-maternidade. Partindo do argumento de que não há lei que autorize a concessão do benefício, defendem a aplicação do Princípio da Igualdade, o qual já foi examinado anteriormente. Desta maneira, no caso de pares homoafetivos formados por mulheres, deve-se dar o mesmo tratamento que é oferecido aos casais heteroafetivos ou homoafetivos formados por homens, de maneira igualitária.

Por esta perspectiva, a ADI 4.277 e a ADPF 132, que reconheceram a união homoafetiva como instituto jurídico, fazendo-se uma interpretação não-reducionista da Constituição Federal e do Código Civil, e deferindo os mesmos direitos aos casais homoafetivos, corroborariam com esse entendimento. Ou seja, a vedação ao tratamento desigual a pares homoafetivos consolidaria a aplicação da licença-maternidade nos mesmos termos dos pares heteroafetivos. Sobre o tema, Lima (2020, p.72) discorre que tal argumento é impreciso e genérico, considerando-se que não se pode falar que os casais homoafetivos do sexo feminino estão na mesma condição de igualdade substancial dos outros tipos de casais em razão de fatores biológicos e existenciais, bem como por estarem sujeitos a preconceitos.

Outro princípio que tornaria impossível a extensão do direito é o da Moralidade, o qual estabelece que a Administração Pública observe os preceitos éticos em suas ações. Tal princípio encontra-se no art. 37, caput, CF, e, de acordo com Carvalho Filho (2013, p. 22), está intimamente ligado ao Princípio da Legalidade, pois há ofensa direta à lei, além de violar o Princípio da Legalidade, também pode se caracterizar como imoralidade. Além disso, também haverá ofensa ao Princípio da Moralidade no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, ao administrado. Para Bester (apud Cunha) “o ato e a atividade da Administração devem obedecer não somente à lei, mas também à moral, ligando a moralidade ao conceito

de bom administrador, que é quem faz o melhor e mais útil para o atingimento do interesse público”.

Entende-se, ainda, que a concessão da licença-maternidade à mãe não gestante iria de encontro ao Princípio da Separação dos Poderes, elencada na Constituição Federal em seu art. 2º. Sobre a Separação dos Poderes, Moraes (apud Lustosa, 2012) discorre:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito. (MORAES *apud* LUSTROSA, 2012, p. 16)

Desta maneira, haveria uma invasão de competência do Legislativo pelo Judiciário ao estender o direito à mãe não gestante já que o mesmo ainda está previsto em nosso ordenamento jurídico.

6 CONCLUSÃO

Inicialmente, salienta-se que a legislação de cada país é um reflexo de sua sociedade, e vivemos em uma sociedade patriarcal em que a mulher é posta em posição de inferioridade constantemente. Tanto o é que se precisam de leis de proteção à mulher, nas quais se enquadram as normas de proteção à maternidade.

A diferenciação entre a licença-maternidade e a licença-paternidade é apenas mais um reflexo do patriarcado, que impõe à mãe dedicação quase exclusiva ao filho, enquanto o pai participa minimamente de sua criação. Por este viés, nada seria mais lógico que dar à mulher 120 (cento e vinte) dias de licença e ao pai somente 05 (cinco) dias.

No entanto, o reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares, bem como a proteção aos seus direitos, significa um avanço no enfrentamento do patriarcado, e aqui entra em pauta a discussão acerca da extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em relacionamento homoafetivo. É inegável a importância da análise dessa extensão, tendo em vista a ausência de sua previsão legal e o alto número de pessoas que recorrem ao Judiciário em busca de um posicionamento favorável que garanta seus direitos.

É notável a admissão da legalidade de direitos das pessoas LGBTQ+ através da ADI 4.277 e da ADPF 132 pelo STF, haja vista a adequação do ordenamento jurídico à realidade brasileira. As leis devem se adequar à realidade, e não o contrário. O direito é uma ciência em constante evolução, e é dever do Poder Judiciário, bem como do Legislativo, a observância da sociedade, de suas necessidades e de suas demandas.

O reconhecimento das relações homoafetivas é algo muito recente. Assim como a união estável e o casamento foram-lhes garantidos, a extensão da licença-maternidade à mãe não gestante é uma consequência dessa aclamação. Desta forma, não se pode negar um direito a determinado grupo de indivíduos através da justificativa de que o ordenamento jurídico não prevê tal situação.

A mulher, esteja ela em um relacionamento hétero ou homoafetivo, ou até mesmo em nenhum relacionamento, se decidir ser mãe, seja gerando, adotando, ou por meio de métodos de fertilização, deve ser entendida e reconhecida como tal, tendo garantidos todos seus direitos. Aplica-se aqui o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Não importa se dentro de um relacionamento haja duas mães, ambas devem gozar da licença-maternidade e do salário-maternidade, conforme estabelece a Constituição Federal em seus artigos 7º, XVIII, 6ª c/c 201, II, e 203, I, assim como a CLT em seu art. 392 e na Lei 8213/91, em seu art. 71.

Não resta dúvida de que a limitação do art. 392-A, §5º, da CLT, não levou em consideração os casais homoafetivos formados por mulheres. Desta forma, deve ser feita uma interpretação integrativa e sistemática das normas que regulamentam a licença-maternidade, de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e os princípios gerais do direito, dentre eles os Princípios da Igualdade e da Não Discriminação.

Observa-se que utilizar o Princípio da Igualdade como argumento para negar a extensão da licença-maternidade é ir de encontro à sua aplicação substancial, já que não se pode dizer que os homoafetivos recebem ao longo de sua vida o mesmo tratamento que os heteroafetivos, tampouco que as mulheres percebem o mesmo trato que os homens. Como desiguais devem receber tratamento desigual, na medida de sua desigualdade, para que enfim seja garantida a igualdade. Deve-se ter em mente que se está diante de um grupo duas vezes discriminado: por seu gênero e por sua orientação sexual.

Insta salientar, ainda, o objetivo da licença-maternidade. A ideia de que a licença-maternidade é devida tão somente para a recuperação física-psíquica da gestante é ultrapassada, tanto o é que a mesma pode ser gozada em casos de adoção ou guarda judicial,

inclusive por homens, estejam eles em famílias biparentais ou monoparentais, ou ainda nos casos em há morte da genitora, ocasião em que o cônjuge ou companheiro terá assegurada a licença, conforme preleciona os arts. 392-A, 392-B e 392-C, da CLT.

Ou seja, o fato de o direito ser concedido quando não há gestação só ratifica o entendimento de que a licença vai além da recuperação biológica da mulher, mas visa à criação de um vínculo entre os pais e o filho(a), à proteção da criança e do adolescente, à convivência familiar e aos interesses da criança, conforme os Princípios da Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse do Menor. Mediante este posicionamento adotado pela legislação pátria, não há vinculação do direito à gestante, nem qualquer impedimento para que ambas as mães recebam a licença-maternidade, muito pelo contrário, pois só traria benefícios para a criança.

Em relação ao argumento utilizado por aqueles que são contra a extensão da licença-maternidade de que os casais heteroafetivos e homoafetivos formados por homens estariam em desvantagem em relação aos casais homoafetivos formados por mulheres, pressupondo-se que os pares homoafetivos devem receber os mesmos direitos e tratamento que os heteroafetivos, deve-se salientar que esse desfavorecimento é consequência do sistema patriarcal em que a sociedade brasileira está inserida. A mulher é vista como a única responsável pelo filho e pelo lar, enquanto o homem ocupa uma posição de coprotagonista na seara familiar.

A saída para acabar com essa desvantagem não é limitar um direito constitucionalmente garantido à mulher ou condicioná-lo a determinada situação em que ela se encontre, como é defendido atualmente por parcela da doutrina e da jurisprudência, de maneira que se a mãe parturiente gozar a licença-maternidade, a mãe não gestante não pode recebê-la.

Para acabar com a desvantagem ora mencionada deve-se dilatar o prazo da licença-paternidade ou instituir uma licença-parental no país, tendo em vista que o prazo da licença-paternidade é extremamente curto, não sendo suficiente para o estabelecimento de uma conexão entre o pai e a criança ou adolescente.

Desta maneira, haveria uma ruptura na visão da mulher como principal responsável pelo trabalho reprodutivo e doméstico, com o homem assumindo suas responsabilidades nas tarefas do lar, e conseqüentemente com uma redução na desigualdade de gênero em âmbito trabalhista, haja vista que muitas mulheres têm seu contrato de trabalho rescindido após

virarem mães, sendo o gênero feminino fator de análise na hora da contratação pelo empregador.

Diante de todo o exposto, entende-se que deve haver a concessão da licença-maternidade à mãe não gestante em relacionamento homoafetivo, ainda que a legislação atual limite a percepção da licença a apenas uma pessoa do mesmo relacionamento, com vistas ao melhor interesse da criança, ao vínculo familiar e ao gozo dos direitos garantidos às mulheres na Constituição e na legislação infraconstitucional, bem como nos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo em vista a necessidade de adequação das leis e entendimentos jurídicos à sociedade, além do tratamento diferenciado que deve ser promovido àqueles que vivem em situação de desigualdade imposta pelas concepções ultrapassadas da sociedade patriarcal, deve ser realizada uma interpretação conforme a Constituição para que haja uma mudança nas normas atuais, a fim de enxergar as mulheres homoafetivas como destinatárias da licença-maternidade pelo simples fato de serem mulheres e mães, independentemente da situação vivenciada em seus relacionamentos afetivos.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mágida Cristiane de. A educação básica e o princípio da prioridade absoluta. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 66, p. 21-32, 2010.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 316-335, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: *Congresso Brasileiro de Direito de Família – A família na Travessia do Milênio*, 2, 2000, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: 2000, p. 201-214.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BESTER, Gisela Maria. apud CUNHA, Marcus Vinicius Ribeiro. *O princípio da moralidade administrativa: por uma definição de parâmetros hermenêuticos sensíveis ao pluralismo e à segurança jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito “Jacy de Assis” – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015.

BONDO, Pitra Antônio dos Santos. *Princípio da não discriminação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito – Escola do Porto, Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2015.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Organização dos textos por Renato Saraiva, Aryanna Linhares e Rafael Tonassi Souto. 21 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

_____. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Dispõe sobre a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm.

_____. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

_____. *Lei 8.213 de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul. 1991.

_____. *Lei nº 11.770 de 9 de setembro de 2018*. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Diário Oficial da União, Brasília, 10 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto -Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ*. Relator: Min. Ayres Britto -Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1211446 RG/SP*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 7 nov. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/172606030/processo-n-1028794-7820178260564-do-tjsp>. Acesso em: 14 dez. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Processo - DF 0706292-70.2019.8.07.0018*. Relator: Almir Andrade de Freitas. Brasília, 03 jun. 2020. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858056145/7062927020198070018-df-0706292-7020198070018/inteiro-teor-858056165?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 dez. 2020.

FIGUEIREDO, Douglas Tanus Amari Farias de. Salário maternidade para a mãe não gestante de casal homoafetivo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 23, n. 5415, 29 abr. 2018.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 236, p. 161-182, 2011.

GONÇALVES, Mirele Carneiro. *Licença-maternidade para casais homoafetivos*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Bacharel de Direito) - Faculdade de Direito "Jacy de Assis" - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017.

GOSDAL, Thereza Cristina. apud MATOS, Ana Carla Harmatiuk; SILVA, Débora Simões da. Licença-parental e o enfrentamento da desigualdade de gênero no mercado de trabalho e âmbito familiar. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Rio de Janeiro, vol. 5, p. 10- 25, jul/set. 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

LIMA, João Roberto Alves de; TELES, Débora Leticia Nogueira de Almeida. Salário-maternidade – da duplicidade a casais homoafetivos compostos por uma mãe gestante e outra não. *ETIC – Encontro de Iniciação Científica*, v. 16, n. 16. 2020.

LIMA, Tullius Marcus Fiuza. *O direito à licença-maternidade para casais homoafetivos femininos*. Dissertação (Mestrado profissional em direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília - DF, 2020.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; SILVA, Débora Simões da. Licença-parental e o enfrentamento da desigualdade de gênero no mercado de trabalho e âmbito familiar. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Rio de Janeiro, vol. 5, p. 10- 25, jul/set. 2015.

MORAES, Alexandre de. apud LUSTOSA, Jorge Carlos Silva. *A legitimidade do poder normativo das agências reguladoras: análise a partir do princípio constitucional da separação dos poderes*. Monografia (Pós-graduação Lato-Sensu) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília – DF, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção sobre o amparo à maternidade (nº 103)*: aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, em 04 de julho de 1952. Disponível em: https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/conv_103.pdf. Acesso em: 14 dez. 2020.

PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. *Revista da ABET – Associação Brasileira de Estudos do Trabalho*, Paraíba, v. 16, n. 2, p. 56-74, jul./dez. 2017.

POZZETTI, Valmir César; LEITE, Kaleen Sousa. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. In: *Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania – CONBRADEC*, 8, 2019, Curitiba. Anais. Curitiba: 2019, p. 422-429, v. 1, n. 28.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Processo - 71008100851 RS*. Relator: Mauro Caum Gonçalves. Porto Alegre, 27 fev. 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684615815/recurso-civel-71008100851-rs/inteiro-teor-684615825?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 dez. 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Processo - 1024727-85.2016.8.26.0053*. Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez. São Paulo, 24 jul. 2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520040302/10247278520168260053-sp-1024727-8520168260053/inteiro-teor-520040317?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça. *Processo - 1029429-10.2015.8.26.0506*. Relator: Marrey Uint. São Paulo, 7 nov. 2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521115247/10294291020158260506-sp-1029429-1020158260506/inteiro-teor-521115272?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça. *Processo - 1028794-78.2017.8.26.0564*. Relator: Eduarda Maria Romeiro Corrêa. São Paulo, 23 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/172606030/processo-n-1028794-7820178260564-do-tjsp>. Acesso em: 14 dez. 2020.