

O DIREITO À LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE DOS CASAIS HOMAFETIVOS CONSTITUÍDOS POR MULHERES

Mariana Veira de Carvalho, Natalia Lamego Flores

Romulo Almeida Carneiro

Resumo: A Convenção nº 3 de 1919, da Organização Internacional do Trabalho, estabeleceu o direito da mulher à licença maternidade, acompanhada de estabilidade provisória no emprego, afastando os efeitos do aviso prévio durante esse período, ou seja, o direito à assistência maternidade e a repousos especiais diários, durante a amamentação. A Licença-maternidade está amparada pela Constituição Federal, artigo 7º, inciso XVIII, dispendo que, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: *XVIII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.* Tendo previsão expressa no artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho, com equiparação dos pais adotantes pelo artigo 392-A. No entanto, com as diferentes formas de família que surgiram e estão sendo reconhecidas jurisprudencialmente, surge a questão de como estas serão atendidas no âmbito da concessão de licença maternidade, em especial casais homoafetivos constituídos por duas mulheres.

Palavras-chave: casais homoafetivos; licença maternidade;

Introdução: No julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, foi reconhecida que a união estável se forma pelo vínculo afetivo existente entre as pessoas que a compõe, de tal sorte que sua realização enquanto dignidade humana só será completa se dentro do que desejam, sendo ou não uma relação homoafetiva. Infere-se do art. 1.723 do Código Civil, que a união estável se constitui no convívio público, contínuo e duradouro no qual o casal tem a intenção de constituir família. Assim, se tratando de entidade familiar, aplica-se todos os direitos próprios às relações familiares, quais sejam, alimentos, regulamentação de guarda de filhos, partilha de bens, além dos efeitos sucessórios.

Do direito à licença maternidade

A legislação trabalhista brasileira garante a proteção da mulher empregada em dois aspectos, a concessão da licença maternidade e a estabilidade da gestante no emprego, ambos para a garantia do amparo ao recém nascido em tempo integral por um dos genitores. Porém, com a integração de novos conceitos de família, novas questões vem sendo levantadas no que tange a concessão de benefícios trabalhistas, a exemplo da licença maternidade.

É sabido que a definição de núcleo familiar passou por diversas alterações, sendo hoje difundida a ideia de que não só o sangue consoma o laço, mas também o afeto. Assim, o direito à licença-maternidade progride no sentido de proteção à integração da família, sendo a importância do convívio familiar, o motivo mais relevante para a pretensão do direito.

No entanto, ao se discutir a licença maternidade para casais homoafetivos, nota-se a inexistência de norma específica quanto à concessão do benefício à mãe quando existem múltiplas relações maternas com a criança, sendo alguma delas biológica ou não.

Da mesma forma, também não há norma expressa em relação à concessão da licença-paternidade aos casais homoafetivos, constituídos por homens ou mulheres, sendo a jurisprudência favorável a extensão dos direitos jurídicos dos casais heterossexuais aos casais homoafetivos em homenagem ao princípio da igualdade e em analogia à outras leis do ordenamento jurídico vigente.

Hoje, na hipótese de casais homoafetivos formados por duas mães, o que vem sendo decidido é que apenas aquela que gestou e deu à luz tem direito ao gozo de 120 dias de licença-maternidade, ou, em caso de adoção a apenas uma das companheiras em caso, cabendo a outra uma licença de 5 dias, como forma de materializar o princípio da igualdade e isonomia com casais heteroafetivos, sendo raras as decisões a favor da concessão da licença-maternidade a ambas as mulheres que constituem o mesmo núcleo familiar.

Como é de se destacar, a exemplo, o julgado em mandado de segurança ajuizado por uma mulher, servidora pública do Estado de São Paulo, que buscava o direito a usufruir 180 dias de licença. O mandado de segurança foi acolhido apenas parcialmente, para conceder o direito ao gozo de 5 dias de licença, conforme ementa abaixo transcrita:

“MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA MATERNIDADE. SERVIDORA ESTADUAL. Escrivã de Polícia de 2ª Classe. Pretensão ao reconhecimento do direito ao gozo de licença maternidade pelo prazo de 180 dias. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE. Direito ao gozo de licença de cinco dias reconhecido. Impetrante que convive em união estável homoafetiva. Companheira da impetrante, à qual coube a gestação e parto, que já está gozando licença de 180 dias. Necessidade de se resguardar a isonomia entre casais homo e heteroafetivos. Ausência de previsão legal para o deferimento da extensão da licença também para a convivente que não vivenciou a gestação do filho comum. Precedentes desta Corte e dos tribunais superiores. Sentença mantida. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO. (10247278520168260053, Relator: ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Data de Julgamento: 24/07/2017, 10ª Câmara de Direito Público,TJ-SP).”

Quanto aos casais homoafetivos constituídos por homens, a justiça segue o mesmo parâmetro, concedendo licença-maternidade à apenas um dos pais.

Conclusão: Diante do exposto, é notável que a visão tradicional sobre a família foi alterada, deixando de servir a fins meramente patrimoniais, e passando a existir para a satisfação da vida plena comum entre os indivíduos. Restou, também, que a modificação nos paradigmas que envolvem o conceito de família, passando o direito a amparar não somente a família matrimonial, resultante do casamento, mas também, as famílias plurais. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar.

Conclui-se que, a preservação do menor é o ponto de partida da licença maternidade, uma vez que é um direito que visa assegurar ao menor, recém-nascido ou adotado, a convivência para criação de vínculo com seus pais, prevalecendo o melhor interesse da criança e do adolescente.

Logo, tendo o benefício o objetivo de garantir a vida do menor no seio familiar e tendo em vista que a família é formada pelo vínculo de afetividade, é certo que o benefício deverá ser isonomicamente conferido àquele que reúne as condições para a sua concessão.

Por fim, verifica-se que a jurisprudência não é pacífica quanto à temática exposta, sendo as decisões características dos casos concretos discutidos. No entanto, o entendimento que vem se consolidando é no sentido de que a licença-maternidade de 120 dias será garantida à mulher do casal homoafetivo que gestou a criança e que é responsável pela amamentação, enquanto a licença-paternidade de cinco dias será concedida à mãe não parturiente, ou no caso de adoção, a divisão entre os períodos seria escolha do casal.

- **Referências Bibliográficas**

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 827962/RS. 4ª Turma. Civil. Relação homossexual. União estável. Reconhecimento. Emprego da analogia. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJU, 21 jun. 2011.

<https://www.inss.gov.br/beneficios/salario-maternidade/>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=49310&pagina=4>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.