Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v1, 2022/01
ISSN 2178-6925

LICENÇA MATERNIDADE PARA CASAIS HOMOAFETIVOS

MATERNITY LEAVE FOR HOMOAFFECTIVE COUPLES

Caroline Alves De Oliveira [1],
Thiago Pereira Marques [2],
Alex Soares deBarbuda[3]

Recebido 10/12/2021 - Aceito 01/02/2022

RESUMO

O conceito da família patriarcal sofreu transformações, sendo a família hoje considerada o núcleo formado por indivíduos que optaram em juntar-se pelo afeto. A união homoafetiva foi reconhecida em 2011 por meio do julgamento da ADI nº 4.277 proferido com efeito *erga omnes*, conferindo ao casal homoafetivo o reconhecimento de unidade familiar. A partir do reconhecimento dessa unidade familiar, os casais homoafetivos passam a gozar dos mesmos direitos assegurados às famílias tradicionais. Logo, a licença maternidade passa a ser vista como um direto a essas famílias. Esta pesquisa se propõe a compreender como esse direito tem sido aplicado no que tange aos casais homoafetivos. Trata-se de um estudo descritivo de caráter exploratório, de abordagem qualitativa, utilizando-se a revisão de literatura como instrumento para coleta de dados. Com base nos autores pesquisados e na legislação nacional, constata-se que a decisão que impera é que aquela que gestou, ou em casos de adoção, apenas uma das companheiras tenha direito a usufruir da licença maternidade de 120 dias, enquanto que a outra tenha direito a uma licença de 5 dias, assim como se processa com casais heteroafetivos, afim de materializar –se o principio da igualdade e isonomia.

Palavras-chave: Casais Homoafetivos; Licença Maternidade; União Homoafetiva.

ABSTRACT

The concept of the patriarchal family has undergone transformations, with the family today being considered the nucleus formed by individuals who chose to join together for affection. The homoaffective union was recognized in 2011 by the judgment of ADI Nº. 4.277 delivered with effect erga omnes, giving the homoaffective couple recognition of the family unit. From the recognition of this family unit, homoaffective couples start to enjoy the same rights guaranteed to traditional families. Therefore, maternity leave is seen as a right to these families. This research aims to understand how this right has been applied with respect to homoaffective couples. This is a descriptive exploratory study, with a qualitative approach, using the literature review as an collect instrument for data. Based on the authors surveyed and the national legislation, it appears that the prevailing decision is that the one who has given birth, or in cases of adoption, only one partner has the right to take 120 days maternity leave, while the other has the right to a 5-day leave, just as with hetero-affective couples, in order to materialize the principle of equality and equality.

Key words: Homoaffective Couples; Maternity Leave; Homoaffective Union.

[1]Graduanda do curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos - FUPAC -Teófilo Otoni/MG
e-mail: alvescarol918@gmail.com
[2]Graduando do curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos - FUPAC -Teófilo Otoni/MG

e-mail: Postomarquesov@gmail.com
[3]Graduado em Direito. Especialista em Direito Público e Direito do Trabalho. Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional. E-mail: alexbarbuda.unipac@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A licença maternidade é um instrumento que veio para garantir proteção à mãe, no que tange seu aspecto laboral e assegurar ao filho o recebimento de cuidado materno em condições satisfatórias na sua entrada na família.

A licença maternidade é entendida na atualidade como direito humano social, em concordância com os tratados e convenções internacionais de proteção à mulher trabalhadora e, sobretudo à criança, dos quais o Brasil é signatário-Pacto de San José da Costa Rica e Convenção Internacional sobre os direitos da criança – 1989 – ratificada pelo Brasil em 1990 (POZZETTI; LEITE, 2019).

As configurações de família foram mudando ao longo dos anos, se fazendo necessários critérios que integrassem o direito da licença maternidade aos novos arranjos familiares.

Os casos de união estável por casais homoafetivos não são raros, se tornando comum a aceitação de uma nova concepção de família, a qual possibilita que pares homoafetivos sejam considerados como entidade familiar. (FIGUEIREDO, 2018).

Tendo em vista a pouquidade de leis que garantam os direitos dos casais homoafetivos e os impasses quanto aos novos arranjos familiares, levanta-se o questionamento sobre as possibilidades de aplicação do direito a licença maternidade para esses casais.

A partir da ampliação da noção de família, os casais homoafetivos podem ser reconhecidos como uma entidade familiar. Passando, a família, ser entendida como local de afeto e de realização pessoal deve ser plural e dialogar entre as suas mais diversas concepções (PANDOLFO, 2017).

Mediante essa realidade, a pesquisa que se apresenta, busca discutir a temática da licença maternidade para casais homoafetivos, tendo como objetivo compreender o direito a licença maternidade dos casais homoafetivos, de modo a identificar os entraves e possibilidades da legislação brasileira à concessão da licença maternidade para esses casais.

Em virtude da necessidade de se cumprir os princípios de igualdade estabelecidos na Constituição Federal do Brasil, e considerando o melhor atendimento à criança, assegurando a esta seus direitos relacionados à família, essa pesquisa justifica-se pela importância das discussões teórico práticas referentes a

licença maternidade para casais homoafetivos e o papel da mesma para o desenvolvimento dos filhos e para as adaptações famíliares à chegada desse novo membro.

Desta feita, a pesquisa traz sua relevância por ressaltar a necessidade de conhecimento dos aspectos legais relacionados a licença maternidade em união homoafetiva de modo a contribuir por meio de argumentos que justifiquem a importância de ações que promovam o principio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Esta pesquisa trata-se de um estudo descritivo de caráter exploratório, de abordagem qualitativa, tendo-se utilizado a revisão de literatura como instrumento para coleta de dados. Os dados da pesquisa foram extraídos de bancos de dados pesquisados no Google acadêmico, banco de dados científicos eletrônicos na Literatura do SciELO Brazil (Scientific Electronic Library Online), revistas científicas, livros, teses e dissertações, além de jurisprudências e legislações nacionais que abordam a temática. A seleção foi baseada nos seguintes descritores: casais homoafetivos; licença maternidade; união homoafetiva.

1.1 Objetivos

- Compreender a concessão do direito a licença maternidade aos casais homoafetivos;
- Evidenciar os princípios norteadores do direito familiar;
- Identificar os entraves e possibilidades da legislação brasileira à concessão da licença maternidade para esses casais.

2 A LICENÇA MATERNIDADE NO CONTEXTO FAMILIAR

A licença-maternidade surgiu como instrumento de proteção à maternidade com a finalidade de resguardar a saúde da mãe e de seu filho e como meio de proteção a trabalhadora contra qualquer tipo de discriminação baseada na sua condição de mãe. Esta licença concedida à empregada gestante constitui-se um benefício de caráter previdenciário o qual se encontra estabelecido na Constituição da República e na Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que tal licença é

concedida à trabalhadora sem que esta tenha prejuízo do seu emprego e/ou salario. (TAVARES, 2021).

A licença maternidade e o salário-maternidade estão previsto no art.71 da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, o qual prevê o pagamento do beneficio durante o período de afastamento da gestante sendo este afastamento entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência desse. O benefício deve ser pago pelo empregador e descontado dos recolhimentos habituais devidos à Previdência Social (BRASIL, 1991).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde 1919, por meio da Convenção nº 3, a qual foi ratificada no Brasil em 1934 recomenda que seja concedida a licença-maternidade (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO-OIT, 2011).

Na visão de Gonçalves (2017) a licença maternidade surge como forma de proteção do trabalho da mulher, sendo uma conquista referente ao labor da mulher, que durante anos foi limitado aos afazeres domésticos. O ingresso da mulher no campo trabalhista representa uma conquista, uma quebra de paradigmas, conforme salienta Gonçalves (2017) desse modo a licença maternidade veio assegurar essa conquista.

Essa mesma visão é compartilhada por Pozzetti e Leite (2019), que entendem a licença maternidade como um meio de proteção à família, auxiliando à criança e à mãe nos primeiros meses de convivência para formação do singular vínculo sócio afetivo entre mãe e filho; confere proteção ao trabalho da mulher, e atende a um objetivo social, qual seja a defesa da família e da maternidade.

A licença-maternidade possibilita que a mulher se afaste do trabalho ao se tornar mãe, podendo ser esse afastamento pela via gestacional, pela via de adoção ou guarda judicial. A licença permite que a mulher cuide e proporcione estabilidade ao seu bebê, e cuide de si mesma em casos de aborto espontâneo ou ao dar a luz a um bebê natimorto (FIGUEIREDO, 2018).

Conforme entende Nascimento (2004), a intervenção do Estado em defesa da mulher apresenta fundamentos biológico e social. Nota-se o fundamento biológico ao considerar a constituição física da mulher, e o fundamento social ao levar em consideração o caráter familiar da mulher, sobretudo a maternidade.

A Constituição Federal no art. 6º estabelece a proteção à maternidade e à infância como um direito social, afirmando a família como base da sociedade, tendo

especial proteção do Estado (art. 226, caput, CF) e reconhece no art. 226, §5º, da CF que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

A presença de filhos influencia a carreira profissional de mulheres e homens: nesse sentido, a maternidade causa maior risco de absenteísmo e de menor concentração na vida profissional das mulheres, já que as responsabilidades familiares são maiores a elas do que para os homens. Em relação aos homens, a presença de filhos é vista como influencia positiva, pois supõe que um homem com família constituída é mais responsável, revelando maior compromisso com a vida laboral (GOSDAL, 2003, apud PANDOLFO, 2017)

De acordo com Tavares (2021) no Brasil, a proteção à maternidade se deu em sua primeira forma pelo Decreto Federal nº 16.300 de 31/12/1923, dos artigos 345 ao 350. Por meio desse decreto estabeleceu-se o descanso de 30 dias antes e após o parto, ficando também determinado que os estabelecimentos industriais e comerciais em que houvesse trabalhadoras que estivessem amamentando seus filhos, deveriam ser proporcionados a estas a possibilidade de fazê-lo.

Conforme a Constituição de 1934 em seu artigo 138, nos incisos “c” e “f”, é de competência da União, dos Estados e Municípios: c) amparar a maternidade e a infância; e f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a morbidade e a mortalidade infantis (BRASIL, 1934).

As Constituições seguintes mantiveram o mesmo cuidado com respeito a proteção à maternidade e à infância, é o que menciona Tavares(2021), ressaltando que essa proteção foi positivada apenas em 1943, com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Tavares (2021) evidencia que em 1952 a Convenção 103 da OIT buscando proteger o trabalho da mulher, afirma que o empregador não deveria ser o responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega; nesse aspecto a Lei nº 6.136/1974 trouxe importante ajuste assegurando o afastamento de 12 semanas (ou seja, 84 dias, conforme prazo da Convenção 103 da OIT), e estipulando que os salários do período da licença ficariam sob o encargo da Previdência Social, transformando a natureza dessa verba em previdenciária. A Constituição Federal de 1988 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 (TAVARES, 2021).

A licença maternidade no contexto familiar pode ser considerada como meio de possibilitar a melhoria da qualidade das relações de afeto do casal homoafetivo com o novo integrante familiar, de forma a estreitar vínculos e estabelecer uma nova rotina, visto que, a chegada de um integrante repercute não apenas no âmbito familiar, mas também laboral, uma vez que se tem a necessidade de adaptação de horários e em alguns casos há ocorrência de absenteísmo, decorrente de questões familiares advindas da nova dinâmica familiar. Resguardar o direito ao trabalho e à família constituem-se aspectos que se inter-relacionam a licença maternidade.

2.1 Novas configurações familiares

A família é a unidade social mais antiga do ser humano, conforme afirma Figueiredo (2018). Seu conceito histórico pode ser analisado por meio dos registros históricos e literários, que comprovam que a família ocidental se estabelecia sob a forma patriarcal, na qual a mulher era subordinada a autoridade marital e o pai exercia o papel de chefe e administrador dessa unidade social. (FIGUEIREDO, 2018).

O conceito da família patriarcal que se tem no Brasil, é de influência romana, segundo conceitua Orlando Gomes (2002, p.39) apud Figueiredo (2018): “O marco principal para os fins de estudo da evolução da família é o Direito de Família Romano, que deu a ela “estrutura inconfundível”, tornando-se unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe”.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu art.226, §3º reconhece o núcleo familiar como a união entre homens e mulheres devendo a lei facilitar a união Estável em casamento. Esse reconhecimento não contempla as novas construções sociais que alteram a concepção de família (POZZETTI; LEITE, 2019).

Tavares (2021) salienta que esse conceito passa a ser transformado no começo do século, havendo uma quebra do modelo tradicional vinculado ao casamento, dando lugar a formações familiares que optaram em juntar-se pelo afeto.

Essa nova visão foi introduzida com a Revolução Francesa, que trouxe o conceito da Família Pós-Moderna, na qual a afeição impera entre os membros, bem como a busca pela felicidade da família, resultando num declínio do autoritarismo. (FIGUEIREDO, 2018).

Pinheiro et al(2009) esclarece que a despeito das transformações verificadas nas famílias brasileiras nos últimos anos, a configuração familiar comumente encontrada é a de „casais com filhos‟, que se relaciona ao conceito de „família‟ presente no imaginário coletivo, ou seja, família nuclear, heterossexual. Entretanto, conforme esses autores, a predominância de famílias formadas por casais com filhos vem caindo, aumentando a proporção de outros tipos de famílias, como casais sem filhos, mulheres e homens morando sozinhos e famílias monoparentais masculinas ou femininas.

Diante dos novos arranjos familiares Pandolfo (2017) ressalta que não se pode fazer uma interpretação formalista do texto constitucional, mas compreender que a sociedade passa por transformações as quais não podem ser barradas por um sistema rígido, sendo que o autor supracitado faz referencia as afirmações de Matos (2014, p. 73) para evidenciar sua visão sobre este assunto:

> Destarte, com o transcurso do tempo, novas formas privilegiadas de afeto estarão a informar os modelos de família que deve o direito contemplar, pois nossa atual Constituição não apresentou um elenco taxativo de possibilidades de entidades familiares. Nem poderia desse modo proceder, porquanto os novos modelos de família brotam das relações sociais, não sendo criados conjuntamente com as aprovações dos textos normativos (MATOS, 2014, p. 73, apud PANDOLFO, 2017).

De acordo com Gonçalves (2017) a Lei Maria da Pena (Lei nº 11.340/06), ao abordar acerca das relações familiares, conceituou família como comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Partindo desse entendimento observa-se que a lei penal reconheceu a proteção da Lei Maria da Penha às uniões homoafetivas femininas.

A união homoafetiva passou a ser reconhecida como entidade familiar em 2011, após a Corte Suprema proceder ao julgamento da ADI nº 4.277 proferido com efeito *erga omnes*. O relator Aires Brito defendeu sob o princípio da isonomia que tanto os casais heterossexuais quanto os casais homossexuais tenham o direito subjetivo de formação autônoma da família. (POZZETTI; LEITE, 2019).

O texto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça relator Aires Brito trata de forma não reducionista o conceito de família, reconhecendo o dever do aparato jurídico de zelar pelo direito subjetivo de formação da família.

> Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do

> seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo − data vênia de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou igualmente. O arcabouço jurídico tem por fundamento garantir à mulher a proteção do bem da vida e subterrâneos. (...) (STF, ADI nº 4.277/DF, Relator Ministro AYRES BRITO, DJE 5/5/2011)

Desta forma, Pandolfo (2017) esclarece que não se pode mais compreender o modelo familiar como modelo único, já que a base contemporânea desses arranjos tem sido cada vez mais o espaço de satisfação pessoal; assim as novas configurações da família não se restringem a existência de um casal heterossexual ou da capacidade reprodutiva, mas se estabelecem pelo afeto entre seus integrantes, portanto, núcleos familiares constituídos por pessoas do mesmo sexo fazem jus à mesma proteção jurídica conferida às famílias heteroafetivas.

Observa-se então que, ao longo dos anos alterações se sucederam no conceito de família e possibilitaram o entendimento que se tem atualmente, de que família não se estabelece firmada no matrimonio, numa concepção patriarcal, mas trata-se de um convívio pautado no afeto, no qual se busca a satisfação e o crescimento em termos globais de todos os envolvidos. A partir dessa compreensão temos as novas configurações familiares, que tal qual a configuração tradicional, também é cercada de direitos. Alteram-se as configurações, mas os diretos humanos incidem de igual forma sobre os elementos que constituem as famílias plurais.

2.1.1 Princípios norteadores do direito de família

As mudanças nas configurações familiares levaram a uma interpretação mais extensiva do direito a licença maternidade, fazendo com que a concessão desta fosse realizada em conformidade com os princípios da igualdade, liberdade, diversidade familiar, da solidariedade, da afetividade, do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana (TAVARES, 2021).

O Princípio da dignidade da pessoa humana é tido como um “superprincípio”, pois constitui a base do Estado Democrático de Direito, tendo sido positivado no primeiro artigo da Carta Magna, em seu inciso III, conforme ressalta Gonçalves (2017). Mediante o exercício deste principio se estabelece a promoção dos direitos humanos e da justiça social, sendo este consagrado como valor nuclear da ordem constitucional (GONÇALVES, 2017).

O Princípio da dignidade da pessoa humana se refere aos valores fundamentais da pessoa, de modo a assegurar a todos a proteção contra tratamentos desumanos, que comprometam as mínimas condições para uma vida digna. Assim, em conformidade com o art. 227 da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana assegura a criança, ao adolescente e ao jovem o direito à dignidade, bem como o papel do Estado de ofertar especial proteção à família, independentemente da forma que se constitui, priorizando as qualidades como o afeto, carinho, respeito, solidariedade, confiança, que constituem a base para o desenvolvimento pessoal e social de cada membro (FIGUEIREDO, 2018).

A formação do núcleo familiar é direito de todos, e Figueiredo (2018) justifica que por meio desse direito cada indivíduo pode exercer livremente sua afetividade e sexualidade, sendo inviável utilizar da orientação sexual como justificativa para a não concessão de direitos, como por exemplo, ao pedido de adoção, pois desta forma o Estado fere profundamente a dignidade existente na união homoafetiva, além de ir contra o direito que o menor tem de pertencer a uma família legalmente apta, a qual lhe ofereça amparo emocional e material necessário para seu crescimento.

Pozzetti e Leite, (2019) expõe que o exercício do direito à dignidade se concretiza pela faculdade de escolher o modo e a pessoa com quem quer se relacionar, bem como por qual o gênero quer se identificar se feminino ou masculino. Essa prerrogativa diz respeito à intimidade e vida privada de cada um, cujo exercício também recebe status de direito fundamental (inciso X do art. 5º da CF/88), afirmam Pozzetti e Leite (2019).

Um conceito moderno acerca da família, levantado por Gonçalves, o qual decorre do entendimento da dignidade da pessoa humana (2017) é o conceito de família eudemonista. Este se refere à família como meio do qual seus membros buscam a felicidade, almejando a realização plena dos indivíduos, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, consideração e respeito mútuos. Para o autor,

esse direito à felicidade, tão pretendido, é consequência natural da dignidade da pessoa humana, que é entendida como sendo um superprincípio utilizado na interpretação das relações humanas (GONÇALVES, 2017).

No sentindo das novas configurações familiares Pozzetti e Leite(2019) enfatizam o principio da isonomia, que proporciona o reconhecimento de que todas as mulheres são iguais perante a lei, bem como os núcleos familiares formados por casais heterossexuais e homossexuais, e em decorrência disso, o direito à proteção a família e as garantidas dele decorrentes podem e devem ser exercidos por todas as mulheres/mães que se inserem em ambos os núcleos familiares.

Gonçalves (2017) evidencia que a Constituição Federal de 1988 é o princípio da igualdade, na qual se encontra garantido à igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

O princípio da igualdade esta pautado no conceito de equanimidade e moral, por meio do qual se busca fazer com que as leis e o direito em si sejam meios de alcançar a justiça, de forma a tratar os indivíduos, primeiramente, como sujeitos de direito (igualdade formal) e, ainda, disponibilizando tratamento diferenciado àqueles que se mostrem diferentes entre si (GONÇALVES, 2017).

O princípio constitucional da igualdade garante igualdade entre todos independentes de gênero, cor, raça, conforme dispõe o art. 5º da Constituição Federal de 1998: Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1998).

O princípio da liberdade permite que o individuo possa “tomar as rédeas” de sua vida. É a garantia que as pessoas possuem de constituir uma relação estável, casar, divorciar, dentre outros, usufruindo o direito de decidirem qual a melhor forma

para a união, o direito de constituir relações tanto hétero quanto homossexuais, conforme entendido por Gonçalves (2017).

Corroborando com esse entendimento, Figueiredo (2018) afirma que o princípio da igualdade e liberdade está associado ao da dignidade da pessoa humana, sendo garantida a liberdade de escolha do ser humano com quem se relacionar, sem a interferência de preconceito.

Não há espaço para preconceitos quando resguardado o principio da dignidade da pessoa humana e os princípios que dela decorrem, assegura Tavares (2021); diante disso, 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 (TAVARES, 2021).

Assim, entende-se que os novos rearranjos familiares suscitaram a necessidade de se estabelecerem princípios que fossem respaldados pela legislação brasileira para concessão da licença maternidade à casais homoafetivos. Destaca-se como tais princípios: o Princípio da dignidade da pessoa humana; o Princípio da isonomia, que é o princípio da igualdade, o qual garante igualdade e a justiça; e o Princípio da liberdade. Sendo que, o Principio da dignidade humana está atrelado a outros princípios e valores que são indispensáveis a condição de uma vida digna: liberdade, solidariedade, cidadania e igualdade.

2.2 Critérios para concessão da licença maternidade

Conforme a Consolidação das Leis Trabalhistas a licença maternidade é concedida às mulheres que possuem vinculo empregatício, que contribuem para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sendo estes desde cargos do serviço público e temporários até trabalhos terceirizados, autônomos e domésticos (FIGUEIREDO, 2018).

Tavares (2021) ressalta que embora a CLT (1943) já propunha a licença maternidade, contudo, foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se estabeleceu a licença maternidade de 120 dias (art. 7º, XVIII), sem prejuízo do emprego e do salário, inclusive para as domésticas, avulsas e rurais.

Conforme o texto original da CLT em 1943, a licença maternidade se destinava às gestantes, ficando excluídas as mães adotivas e sendo estabelecido

em seu art.393 que durante o período de afastamento, a mulher teria direito aos salários integrais, calculados de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho. (BRASIL, 1943a). Entretanto, houve alterações no texto original pela Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002, que no artigo 1º afirma que o art.392 passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.
> § 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.
> § 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.
> § 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. (BRASIL,2002).

Com relação ao parto antecipado a Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015, em seu parágrafo 5º do art. 343 afirma: "§ 5º Tratando-se de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto, este último comprovado mediante certidão de óbito, a segurada terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos em lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS" (BRASIL, 2015).

O direto à licença maternidade e o salario maternidade estabelecidos pela CLT 1943, passam a ser estendidos à mãe adotiva por meio da Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002 ficando assim expressos:

> Art. 2º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:
> Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º.
> § 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.
> § 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.
> § 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.
> § 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.
> Art. 3º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:
> Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade. (BRASIL, 2002).

A empregada deve solicitar 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. No caso da mulher desempregada esta deve solicitar o benefício diretamente no INSS a partir do parto, comprovando pela certidão de nascimento (TAVARES, 2021).

Figueiredo (2018) esclarece que não é preciso período de carência para obter direito a licença e conforme Instrução Normativa nº 77 do INSS: a licença maternidade é devida sem prazo de carência, com exceção das contribuintes facultativas, as quais precisam ter, no mínimo, 10 (dez) contribuições.

A Lei nº. 12.873 de 2013 modificou o texto da CLT e da Lei nº. 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social) possibilitando ao homem o direito à licença e ao salário-maternidade na situação que específica. Esses benefícios serão garantidos para os homens segurados pela Previdência Social na hipótese de adoção ou obtenção de guarda judicial para adoção. Entretanto, nas situações em que há o pedido de adoção ou de guarda em conjunto (a modificação não limita os adotantes a serem ou não do mesmo sexo), a licença maternidade e o salário-maternidade só poderão ser concedidos a apenas um dos adotantes (PANDOLFO, 2017).

A licença maternidade é, portanto um direito resguardado pela Constituição Federal de 1988 e que teve sua origem na Consolidação Trabalhista de 1943. Esse direito que assegura o afastamento remunerado das funções laborais por 120 dias em virtude da maternidade, garante também o vinculo empregatício da mãe decorrido esse período; entretanto, isso se observado os critérios de concessão já citados anteriormente. O que se aplicava no princípio apenas às mães biológicas se estende hoje às mães adotivas e até mesmo aos homens, em casos de guarda judicial para adoção ou a própria adoção, ficando então evidente um avanço no que tange a concessão da licença maternidade.

2.3 A licença maternidade para casais homoafetivos

As políticas públicas e as o aparato legal foram estabelecidos para o modelo tradicional de família heterossexual, na qual o papel do homem é ser o provedor e o da mulher é cuidar do lar, mediante isso, o Estado deve se adaptar as novas

configurações de famílias, de maneira que assegure a proteção social e legal das mesmas e estimule as transformações das convenções sociais de gênero com o objetivo que se estabeleça uma sociedade mais igualitária, na qual a equidade seja um meio em si mesmo para a promoção de uma sociedade mais democrática (PINHEIRO et al,2009).

Sabendo que o conceito de núcleo familiar passou por transformações, de maneira que o entendimento atual considera que apenas o sangue não constitui o laço familiar, mas a base desse núcleo é o afeto, assim, entende-se que também o direito à licença maternidade deve progredir no sentindo da proteção à integração da família, sendo a importância do convívio familiar, o motivo mais relevante para a pretensão do direito. (CARVALHO et al,2019).

Pozzetti e Leite (2019) entendem que em face de uma sociedade tão heterogênea, é necessária a aplicação da isonomia de forma que o jurista tenha uma interpretação integrativa da norma a fim de igualar indivíduos desiguais e possibilitar a todos o exercício de direitos sem que haja estabelecimento de discriminação de qualquer espécie.

Nesse sentindo Carvalho et al (2019) afirmam a inexistência de norma específica quanto à concessão da licença maternidade para casais homoafetivos, quando existem múltiplas relações maternas com a criança, sendo alguma delas biológica ou não. Os autores evidenciam que a situação é a mesma em relação à concessão da licença paternidade aos casais homoafetivos, constituídos por homens ou mulheres, sendo a jurisprudência a favor da extensão dos direitos jurídicos dos casais heterossexuais aos casais homoafetivos em entendimento ao princípio da igualdade e em analogia a outras leis do ordenamento jurídico vigente.

A condição de constituir família e criar filhos está relacionada ao principio da dignidade da pessoa humana, não havendo razão para a proteção de algumas entidades familiares em detrimento a outras, além do que, independentemente do modelo familiar, em que esteja a criança, toda criança merece a proteção de vida, e, portanto, os direitos que conferem o amparo das crianças recém-nascidas ou adotivas devem ser estendidos para os pais homossexuais já que visam exatamente à proteção da criança (PANDOLFO, 2017).

Com relação aos direitos relacionados à proteção da família, Tavares (2021) esclarece que a previdência social não atua em função do sexo dos beneficiários, mas opera com o objetivo de protegê-los contra as necessidades sociais causadas

pelos riscos sociais. Na questão da licença maternidade o risco social envolvido é a maternidade, que causa a incapacidade social para a atividade laboral em decorrência da atenção necessária ao infante. No caso da licença maternidade, 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.

Para Pandolfo (2017) a Lei 12.873 de 2013 trouxe clareza quanto algumas situações, como por exemplo: no caso de adoção por dois homens, um deles terá direito à licença-maternidade, com o entendimento do artigo 392-C, da CLT, combinado com o artigo 392-A, §5º da CLT. Quando duas mulheres adotarem uma criança, somente uma delas poderá usufruir da licença-maternidade, de acordo com o artigo 392-A, §5º da CLT. Desta feita, ao reconhecer outras configurações de núcleo familiar, a legislação necessitou considerar outros direitos que decorrem das novas relações familiares. Pandolfo (2017) considera que a Lei 12.873/13 possibilitou aos casais homoafetivos o direito à licença-maternidade e, por conseguinte, o salário-maternidade, de uma forma mais fácil, ou seja, sem a necessidade de se recorrer administrativa ou judicialmente.

No entendimento de Pozzetti e Leite (2019), aplicar proteção conferida à maternidade nas relações homoafetivas entre mulheres é conceder a ambas o direito à licença maternidade. Esse duplo reconhecimento segundo os autores, consubstancia-se no princípio da dignidade da pessoa humana – consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal, bem como do objetivo descrito no art. 3º, I e IV, de construção de uma sociedade livre, justa, sem preconceitos de qualquer espécie e solidária.

Contudo, Carvalho et al (2019) analisam que hoje, no caso de casais homoafetivos formados por duas mães, a decisão que impera é que somente aquela que gestou e deu à luz tem direito ao gozo de 120 dias de licença-maternidade, ou, em caso de adoção apenas uma das companheiras em caso, tendo a outra o direito a uma licença de 5 dias, como forma de materializar o princípio da igualdade e isonomia com casais heteroafetivos.

Tavares (2021) abarca o mesmo entendimento do autor supracitado, evidenciando que a partir do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das uniões homoafetivas e das alterações na CLT por meio da Lei nº 12.873/2013, a concessão de licença maternidade em casos de adoção ou guarda judicial conjunta,

contempla a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregado, considerando, portanto o atual art. 392-A, §5º, da CLT. E quanto ao salario maternidade, assegura o pagamento deste 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.

O evento gerador do salário maternidade conforme explica Tavares (2021), continua sendo apenas o parto, o aborto espontâneo, a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção. Entretanto, o autor entende que a constituição de família não se dá apenas por essas formas, o que então, tornam excluídas e deixando sem regulamentação as outras maneiras, como as inseminações ou as “barrigas de aluguel”.

De acordo com Pandolfo (2017), ao analisar os objetivos da licença maternidade, compreende-se que um deles é o maior contato da criança com a família nos primeiros dias de vida ou, no caso de adoção, a construção da base da relação familiar que irá se estabelecer. Desta forma, pode-se concluir que os direitos de proteção à família devem ser estendidos para os demais casos, além da adoção.

Pinheiro et al (2009) reforçam que a licença maternidade é garantia do direito ao exercício pleno da maternidade. Sendo que esse não se relaciona somente à população feminina, mas a toda a sociedade, já que ao se dedicarem aos cuidados dos filhos, as mulheres estão não apenas exercendo esse direito, mas estão cumprindo com uma função social que beneficia toda a sociedade, portanto, cabe ao Estado assegurar-lhes esse direito.

Assim sendo, Pozzetti e Leite (2019), concluem que diante do reconhecimento de novas formações familiares, cabe ao ordenamento jurídico pátrio estender, a todos esses núcleos familiares, as garantias necessárias à proteção à família, em conformidade com o art. 226 da Constituição Federal de 1988.

Com as novas configurações familiares e o reconhecimento da união homoafetiva, as questões relacionadas a concessão da licença maternidade levaram a necessidade de um ajustamento jurídico, no sentido de proporcionar a estes a extensão de direitos que anteriormente se configurava à família nuclear. A concessão da licença para os casais homoafetivos é realizada de forma a preservar a isonomia entre casais hetero e homoafetivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de família patriarcal como núcleo familiar constituído a partir da união do homem e mulher sofreu transformações ao longo do tempo, sendo hoje considerado como família o núcleo formado por indivíduos que optaram em juntar-se pelo afeto. A transformação desse modelo tradicional abriu espaço às novas configurações de família, como a destacada nesse estudo, constituída a partir de relação homoafetiva. Tal relação foi reconhecida em 2011 por meio do julgamento da ADI nº 4.277 proferido, com efeito, *erga omnes.*

A partir do reconhecimento dessa unidade familiar, os casais homoafetivos passam a gozar dos mesmos direitos assegurados às famílias tradicionais. Logo, a licença maternidade passa a ser vista como um direto a essas famílias. A Constituição Federal garante à proteção a maternidade e assegura o direito a licença maternidade com um período de afastamento de 120 dias (art. 7º, XVIII), sem prejuízo do emprego e do salário, inclusive para as domésticas, avulsas e rurais.

Essa pesquisa se propôs a compreender como esse direito tem sido aplicado no que tange aos casais homoafetivos. Assim, tendo como base os autores pesquisados e a legislação nacional, constata-se que a decisão que impera é que aquela que gestou, ou em casos de adoção, apenas uma (um) das(os) companheiras(os) tenha direito a usufruir da licença maternidade de 120 dias, enquanto que a(o) outra(o) tenha direito a uma licença de 5 dias, assim como se processa com casais heteroafetivos, afim de materializar -se o principio da igualdade e isonomia. Esta pesquisa deixa sua contribuição quanto ao tema, evidenciando a necessidade de mais pesquisas quanto a temática em discussão, como meio de promover subsídios a resolubilidade de questões pertinentes a área.

REFERENCIAS

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Texto promulgado em de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>Acesso em: 26 mar.2021

_____. 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: 26 mar.2021.

_____. **DECRETO-LEI Nº 5.452**, de 1º de maio de 1943 - Publicação Original. 1943(a). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 26 marr.2021

_____. **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: 26 mar.2021

_____.**LEI Nº 10.421**, de 15 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10421.htm#art1> Acesso em: 26 mar.2021

_____. **Instrução Normativa INSS nº 77**, de 21 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm> Acesso em: 26 mar.2021

_____.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 4.277/DF**, Relator Ministro Ayres Brito, DJE 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 26 mar.2021

CARVALHO, Mariana Vieira de;FLORES, Natália Lamego; CARNEIRO, Rômulo Almeida. O direito à licença maternidade e paternidade dos casais homafetivos constituídos por mulheres**. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça**. Mato Grosso do Sul, v.8, 2019. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/4106> Acesso em: 14 abr.2021

FIGUEIREDO, Gabriela Antunes. **Aspectos previdenciários na adoção por pares homoafetivos: licença e salário-maternidade.** 2018. 60 f. Monografia Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2018. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/handle/12345/6287> Acesso em: 14 abr.2021

GONÇALVES, Mirele Carneiro. **Licença maternidade para casais homoafetivos**. 2017. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/21611>. Acesso em: 14 abr.2021

NASCIMENTO, Amauri Mascaro **Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 932-933.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO- OIT . **Nota 4 – proteção da maternidade**. Brasília: 2011. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_229653/lang--pt/index.htm>. Acesso em: Acesso em: 14 abr.2021

PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista 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: Acesso em: 14 abr.2021

PINHEIRO, Luana; GALIZA, Marcelo; FONTOURA, Natália. Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 17, n. 3, p. 851-859, dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2009000300013&lng=en&nrm=iso> Acesso em: Acesso em: 14 abr.2021

POZZETTI, Valmir César; LEITE, Kaleen Sousa. Licença maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Percurso**, Curitiba, v.01, n.28, pp. 422-429, 2019. Disponível: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444> Acesso em: 14 abr.2021

TAVARES, Priscilla Rezende. A possibilidade de concessão da licença-maternidade no contexto das novas configurações familiares à luz do RE 1.211.446/SP. **Revista Caderno Virtual.** Brasília, DF. v. 1, n. 50, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5370>.Acesso em: Acesso em: 14 abr.2021

Atividade: Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo/Monografia.
Curso: Direito **Periodo:** 10 º **Semestre:** 2º **Ano:** 2021

Professor (a): Alex Soares De Barbuda

Acadêmico: Thiago Pereira Marques

Tema: Licença-Maternidade Parar Casais Homoafetivos		**Assinatura do aluno**
Data(s) do(s) atendimentos(s)	Horário(s)	
25/08/2021	09:27	Thiago Pereira Marques
13/09/2021	10:05	Thiago Pereira Marques
07/10/2021	09:23	Thiago Pereira Marques
01/11/2021	08/05	Thiago Pereira Marques

Descrição das orientações:

Após a escolha do tema procuramos Orientação do Professor Alex Soares De Barbuda, o qual nos orientou ao decorrer do trabalho, bem como nos foi orientado pesquisar e enriquecer o artigo com conteúdo específico. Na data do último acompanhamento o professor corrigiu e autorizou a entrega do trabalho de conclusão de curso.

FICHA DE ACOMPANHAMENTO INDIVIDUAL DE ORIENTAÇÃO DE TCC

Considerando a concordância com o trabalho realizado sob minha orientação, **AUTORIZO O DEPÓSITO** do Trabalho de Conclusão de Curso do (a) Acadêmico (a) Thiago Pereira Marques.

Assinatura do Professor

Digitalizado com CamScanner

Resultado da análise

Arquivo: tcc-direito- corrigido-licença maternidade para casais homoafetivos.docx

Estatísticas

Suspeitas na Internet: 34,75%

Percentual do texto com expressões localizadas na internet ⚠ .

Suspeitas confirmadas: 29,53%

Percentual do texto onde foi possível verificar a existência de trechos iguais nos endereços encontrados ⚠ .

Suspeitas nos arquivos locais: {PERCENTUAL_PLAGIO_LOCAL}

Percentual do texto com suspeitas de plágio localizadas nos arquivos locais ⚠ .

Texto analisado: 91,64%

Percentual do texto efetivamente analisado (imagens, frases curtas, caracteres especiais, texto quebrado não são analisados).

Sucesso da análise: 100%

Percentual das pesquisas com sucesso, indica a qualidade da análise, quanto maior, melhor.

Endereços mais relevantes encontrados:

Endereço (URL)	Ocorrências	Semelhança
https://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/download/37797/19128/0	65	19,15 %
https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/12451/1/21104330%20Ana%20Habibe.pdf	64	9,49 %
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212orig.htm	49	7,41 %
http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=WQdIfqNoXO4%3d&tabid=3683&mid=5359	40	4,82 %
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm	39	6,26 %
https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1991-07-24;8213	32	4,54 %

Arquivos locais mais referenciados

{LISTA_ARQUIVOS_LOCAIS_MAIS_REFERENCIADOS}

Expressões com mais ocorrências

{LISTA_EXPRESSOES_MAIS_OCORRENCIAS}

Texto analisado

LICENÇA MATERNIDADE PARA CASAIS HOMOAFETIVOS
MATERNITY LEAVE FOR HOMOAFFECTIVE COUPLES

Caroline Alves De Oliveira1, Thiago Pereira Marques, Alex Soares de Barbuda

RESUMO
O conceito da família patriarcal sofreu transformações, sendo a família hoje considerada o núcleo formado por indivíduos que optaram em juntar-se pelo afeto. A união homoafetiva foi reconhecida em 2011 por meio do julgamento da ADI nº 4.277 proferido com efeito erga omnes, conferindo ao casal homoafetivo o reconhecimento de unidade familiar. A partir do reconhecimento dessa unidade familiar, os casais homoafetivos passam a gozar dos mesmos direitos assegurados às famílias tradicionais. Logo, a licença maternidade passa a ser vista como um direto a essas famílias. Esta pesquisa se propõe a compreender como esse direito tem sido aplicado no que tange aos casais homoafetivos. Trata-se de um estudo descritivo de caráter exploratório, de abordagem qualitativa, utilizando-se a revisão de literatura como instrumento para coleta de dados. Com base nos autores pesquisados e na legislação nacional, constata-se que a decisão que impera é que aquela que gestou, ou em casos de adoção, apenas uma das companheiras tenha direito a usufruir da licença maternidade de 120 dias, enquanto que a outra tenha direito a uma licença de 5 dias, assim como se processa com casais heteroafetivos, afim de materializar se o principio da igualdade e isonomia.

Palavras-chave: Casais Homoafetivos; Licença Maternidade; União Homoafetiva.

ABSTRACT
The concept of the patriarchal family has undergone transformations, with the family today being considered the nucleus formed by individuals who chose to join together for affection. The homoaffective union was recognized in 2011 by the judgment of ADI Nº. 4.277 delivered with effect erga omnes, giving the homoaffective couple recognition of the family unit. From the recognition of this family unit, homoaffective couples start to enjoy the same rights guaranteed to traditional families. Therefore, maternity leave is seen as a right to these families. This research aims to understand how this right has been applied with respect to homoaffective couples. This is a descriptive exploratory study, with a qualitative approach, using the literature review as an collect instrument for data. Based on the authors surveyed and the national legislation, it appears that the prevailing decision is that the one who has given birth, or in cases of adoption, only one partner has the right to take 120 days maternity leave, while the other has the right to a 5-day leave, just as with hetero-affective couples, in order to materialize the principle of equality and equality.

Key words: Homoaffective Couples; Maternity Leave; Homoaffective Union.

1 INTRODUÇÃO

A licença maternidade é um instrumento que veio para garantir proteção à mãe, no que tange seu aspecto laboral e assegurar ao filho o recebimento de cuidado materno em condições satisfatórias na sua entrada na família.
A licença maternidade é entendida na atualidade como direito humano social, em concordância com os tratados e convenções internacionais de proteção à mulher trabalhadora e, sobretudo à criança, dos quais o Brasil é signatário-Pacto de San José da Costa Rica e Convenção Internacional sobre os direitos da criança 1989 ratificada pelo Brasil em 1990 (POZZETTI; LEITE, 2019).
As configurações de família foram mudando ao longo dos anos, se fazendo necessários critérios que integrassem o direito da licença maternidade aos novos arranjos familiares.
Os casos de união estável por casais homoafetivos não são raros, se tornando comum a aceitação de uma nova concepção de família, a qual possibilita que pares homoafetivos sejam considerados como entidade familiar. (FIGUEIREDO, 2018).
Tendo em vista a pouquidade de leis que garantam os direitos dos casais homoafetivos e os impasses quanto aos

novos arranjos familiares, levanta-se o questionamento sobre as possibilidades de aplicação do direito a licença maternidade para esses casais.
A partir da ampliação da noção de família, os casais homoafetivos podem ser reconhecidos como uma entidade familiar. Passando, a família, ser entendida como local de afeto e de realização pessoal deve ser plural e dialogar entre as suas mais diversas concepções (PANDOLFO, 2017).
Mediante essa realidade, a pesquisa que se apresenta, busca discutir a temática da licença maternidade para casais homoafetivos, tendo como objetivo compreender o direito a licença maternidade dos casais homoafetivos, de modo a identificar os entraves e possibilidades da legislação brasileira à concessão da licença maternidade para esses casais.
Em virtude da necessidade de se cumprir os princípios de igualdade estabelecidos na Constituição Federal do Brasil, e considerando o melhor atendimento à criança, assegurando a esta seus direitos relacionados à família, essa pesquisa justifica-se pela importância das discussões teórico práticas referentes a licença maternidade para casais homoafetivos e o papel da mesma para o desenvolvimento dos filhos e para as adaptações famíliares à chegada desse novo membro.
Desta feita, a pesquisa traz sua relevância por ressaltar a necessidade de conhecimento dos aspectos legais relacionados a licença maternidade em união homoafetiva de modo a contribuir por meio de argumentos que justifiquem a importância de ações que promovam o principio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.
Esta pesquisa trata-se de um estudo descritivo de caráter exploratório, de abordagem qualitativa, tendo-se utilizado a revisão de literatura como instrumento para coleta de dados. Os dados da pesquisa foram extraídos de bancos de dados pesquisados no Google acadêmico, banco de dados científicos eletrônicos na Literatura do SciELO Brazil (Scientific Electronic Library Online), revistas científicas, livros, teses e dissertações, além de jurisprudências e legislações nacionais que abordam a temática. A seleção foi baseada nos seguintes descritores: casais homoafetivos; licença maternidade; união homoafetiva.

Objetivos
Compreender a concessão do direito a licença maternidade aos casais homoafetivos;
Evidenciar os princípios norteadores do direito familiar;
Identificar os entraves e possibilidades da legislação brasileira à concessão da licença maternidade para esses casais.

2 A LICENÇA MATERNIDADE NO CONTEXTO FAMILIAR

A licença-maternidade surgiu como instrumento de proteção à maternidade com a finalidade de resguardar a saúde da mãe e de seu filho e como meio de proteção a trabalhadora contra qualquer tipo de discriminação baseada na sua condição de mãe. Esta licença concedida à empregada gestante constitui-se um benefício de caráter previdenciário o qual se encontra estabelecido na Constituição da República e na Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que tal licença é concedida à trabalhadora sem que esta tenha prejuízo do seu emprego e/ou salario. (TAVARES, 2021).
A licença maternidade e o salário-maternidade estão previsto no art.71 da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, o qual prevê o pagamento do beneficio durante o período de afastamento da gestante sendo este afastamento entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência desse. O benefício deve ser pago pelo empregador e descontado dos recolhimentos habituais devidos à Previdência Social (BRASIL, 1991).
A Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde 1919, por meio da Convenção nº 3, a qual foi ratificada no Brasil em 1934 recomenda que seja concedida a licença-maternidade (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO-OIT, 2011).
Na visão de Gonçalves (2017) a licença maternidade surge como forma de proteção do trabalho da mulher, sendo uma conquista referente ao labor da mulher, que durante anos foi limitado aos afazeres domésticos. O ingresso da mulher no campo trabalhista representa uma conquista, uma quebra de paradigmas, conforme salienta Gonçalves (2017) desse modo a licença maternidade veio assegurar essa conquista.
Essa mesma visão é compartilhada por Pozzetti e Leite (2019), que entendem a licença maternidade como um meio de proteção à família, auxiliando à criança e à mãe nos primeiros meses de convivência para formação do singular vínculo sócio afetivo entre mãe e filho; confere proteção ao trabalho da mulher, e atende a um objetivo social, qual seja a defesa da família e da maternidade.
A licença-maternidade possibilita que a mulher se afaste do trabalho ao se tornar mãe, podendo ser esse afastamento pela via gestacional, pela via de adoção ou guarda judicial. A licença permite que a mulher cuide e proporcione estabilidade ao seu bebê, e cuide de si mesma em casos de aborto espontâneo ou ao dar a luz a um bebê natimorto (FIGUEIREDO, 2018).
Conforme entende Nascimento (2004), a intervenção do Estado em defesa da mulher apresenta fundamentos biológico e social. Nota-se o fundamento biológico ao considerar a constituição física da mulher, e o fundamento social ao levar em consideração o caráter familiar da mulher, sobretudo a maternidade.

A Constituição Federal no art. 6º estabelece a proteção à maternidade e à infância como um direito social, afirmando a família como base da sociedade, tendo especial proteção do Estado (art. 226, caput, CF) e reconhece no art. 226, §5º, da CF que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).
A presença de filhos influencia a carreira profissional de mulheres e homens: nesse sentido, a maternidade causa maior risco de absenteísmo e de menor concentração na vida profissional das mulheres, já que as responsabilidades familiares são maiores a elas do que para os homens. Em relação aos homens, a presença de filhos é vista como influencia positiva, pois supõe que um homem com família constituída é mais responsável, revelando maior compromisso com a vida laboral (GOSDAL, 2003, apud PANDOLFO, 2017)
De acordo com Tavares (2021) no Brasil, a proteção à maternidade se deu em sua primeira forma pelo Decreto Federal nº 16.300 de 31/12/1923, dos artigos 345 ao 350. Por meio desse decreto estabeleceu-se o descanso de 30 dias antes e após o parto, ficando também determinado que os estabelecimentos industriais e comerciais em que houvesse trabalhadoras que estivessem amamentando seus filhos, deveriam ser proporcionados a estas a possibilidade de fazê-lo.
Conforme a Constituição de 1934 em seu artigo 138, nos incisos c e f, é de competência da União, dos Estados e Municípios: c) amparar a maternidade e a infância; e f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a morbidade e a mortalidade infantis (BRASIL, 1934).
As Constituições seguintes mantiveram o mesmo cuidado com respeito a proteção à maternidade e à infância, é o que menciona Tavares(2021), ressaltando que essa proteção foi positivada apenas em 1943, com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).
Tavares (2021) evidencia que em 1952 a Convenção 103 da OIT buscando proteger o trabalho da mulher, afirma que o empregador não deveria ser o responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega; nesse aspecto a Lei nº 6.136/1974 trouxe importante ajuste assegurando o afastamento de 12 semanas (ou seja, 84 dias, conforme prazo da Convenção 103 da OIT), e estipulando que os salários do período da licença ficariam sob o encargo da Previdência Social, transformando a natureza dessa verba em previdenciária. A Constituição Federal de 1988 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 (TAVARES, 2021).
A licença maternidade no contexto familiar pode ser considerada como meio de possibilitar a melhoria da qualidade das relações de afeto do casal homoafetivo com o novo integrante familiar, de forma a estreitar vínculos e estabelecer uma nova rotina, visto que, a chegada de um integrante repercute não apenas no âmbito familiar, mas também laboral, uma vez que se tem a necessidade de adaptação de horários e em alguns casos há ocorrência de absenteísmo, decorrente de questões familiares advindas da nova dinâmica familiar. Resguardar o direito ao trabalho e à família constituem-se aspectos que se inter-relacionam a licença maternidade.

2.1 Novas configurações familiares

A família é a unidade social mais antiga do ser humano, conforme afirma Figueiredo (2018). Seu conceito histórico pode ser analisado por meio dos registros históricos e literários, que comprovam que a família ocidental se estabelecia sob a forma patriarcal, na qual a mulher era subordinada a autoridade marital e o pai exercia o papel de chefe e administrador dessa unidade social. (FIGUEIREDO, 2018).
O conceito da família patriarcal que se tem no Brasil, é de influência romana, segundo conceitua Orlando Gomes (2002, p.39) apud Figueiredo (2018): O marco principal para os fins de estudo da evolução da família é o Direito de Família Romano, que deu a ela estrutura inconfundível, tornando-se unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe.
A Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu art.226, §3º reconhece o núcleo familiar como a união entre homens e mulheres devendo a lei facilitar a união Estável em casamento. Esse reconhecimento não contempla as novas construções sociais que alteram a concepção de família (POZZETTI; LEITE, 2019).
Tavares (2021) salienta que esse conceito passa a ser transformado no começo do século, havendo uma quebra do modelo tradicional vinculado ao casamento, dando lugar a formações familiares que optaram em juntar-se pelo afeto.
Essa nova visão foi introduzida com a Revolução Francesa, que trouxe o conceito da Família Pós-Moderna, na qual a afeição impera entre os membros, bem como a busca pela felicidade da família, resultando num declínio do autoritarismo. (FIGUEIREDO, 2018).
Pinheiro et al(2009) esclarece que a despeito das transformações verificadas nas famílias brasileiras nos últimos anos, a configuração familiar comumente encontrada é a de casais com filhos', que se relaciona ao conceito de família' presente no imaginário coletivo, ou seja, família nuclear, heterossexual. Entretanto, conforme esses autores, a predominância de famílias formadas por casais com filhos vem caindo, aumentando a proporção de outros tipos de famílias, como casais sem filhos, mulheres e homens morando sozinhos e famílias monoparentais masculinas ou femininas.
Diante dos novos arranjos familiares Pandolfo (2017) ressalta que não se pode fazer uma interpretação formalista do texto constitucional, mas compreender que a sociedade passa por transformações as quais não podem ser barradas por um sistema rígido, sendo que o autor supracitado faz referencia as afirmações de Matos (2014, p. 73)

para evidenciar sua visão sobre este assunto:

Destarte, com o transcurso do tempo, novas formas privilegiadas de afeto estarão a informar os modelos de família que deve o direito contemplar, pois nossa atual Constituição não apresentou um elenco taxativo de possibilidades de entidades familiares. Nem poderia desse modo proceder, porquanto os novos modelos de família brotam das relações sociais, não sendo criados conjuntamente com as aprovações dos textos normativos (MATOS, 2014, p. 73, apud PANDOLFO, 2017).

De acordo com Gonçalves (2017) a Lei Maria da Pena (Lei nº 11.340/06), ao abordar acerca das relações familiares, conceituou família como comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Partindo desse entendimento observa-se que a lei penal reconheceu a proteção da Lei Maria da Penha às uniões homoafetivas femininas.
A união homoafetiva passou a ser reconhecida como entidade familiar em 2011, após a Corte Suprema proceder ao julgamento da ADI nº 4.277 proferido com efeito erga omnes. O relator Aires Brito defendeu sob o princípio da isonomia que tanto os casais heterossexuais quanto os casais homossexuais tenham o direito subjetivo de formação autônoma da família. (POZZETTI; LEITE, 2019).
O texto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça relator Aires Brito trata de forma não reducionista o conceito de família, reconhecendo o dever do aparato jurídico de zelar pelo direito subjetivo de formação da família.
Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo data vênia de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou igualmente. O arcabouço jurídico tem por fundamento garantir à mulher a proteção do bem da vida e subterrâneos. (...) (STF, ADI nº 4.277/DF, Relator Ministro AYRES BRITO, DJE 5/5/2011)

Desta forma, Pandolfo (2017) esclarece que não se pode mais compreender o modelo familiar como modelo único, já que a base contemporânea desses arranjos tem sido cada vez mais o espaço de satisfação pessoal; assim as novas configurações da família não se restringem a existência de um casal heterossexual ou da capacidade reprodutiva, mas se estabelecem pelo afeto entre seus integrantes, portanto, núcleos familiares constituídos por pessoas do mesmo sexo fazem jus à mesma proteção jurídica conferida às famílias heteroafetivas.
Observa-se então que, ao longo dos anos alterações se sucederam no conceito de família e possibilitaram o entendimento que se tem atualmente, de que família não se estabelece firmada no matrimonio, numa concepção patriarcal, mas trata-se de um convívio pautado no afeto, no qual se busca a satisfação e o crescimento em termos globais de todos os envolvidos. A partir dessa compreensão temos as novas configurações familiares, que tal qual a configuração tradicional, também é cercada de direitos. Alteram-se as configurações, mas os diretos humanos incidem de igual forma sobre os elementos que constituem as famílias plurais.

2.1.1 Princípios norteadores do direito de família

As mudanças nas configurações familiares levaram a uma interpretação mais extensiva do direito a licença maternidade, fazendo com que a concessão desta fosse realizada em conformidade com os princípios da igualdade, liberdade, diversidade familiar, da solidariedade, da afetividade, do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana (TAVARES, 2021).
O Princípio da dignidade da pessoa humana é tido como um superprincípio, pois constitui a base do Estado Democrático de Direito, tendo sido positivado no primeiro artigo da Carta Magna, em seu inciso III, conforme ressalta Gonçalves (2017). Mediante o exercício deste principio se estabelece a promoção dos direitos humanos e da justiça social, sendo este consagrado como valor nuclear da ordem constitucional (GONÇALVES, 2017).
O Princípio da dignidade da pessoa humana se refere aos valores fundamentais da pessoa, de modo a assegurar a todos a proteção contra tratamentos desumanos, que comprometam as mínimas condições para uma vida digna. Assim, em conformidade com o art. 227 da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana assegura a criança, ao adolescente e ao jovem o direito à dignidade, bem como o papel do Estado de ofertar especial proteção à família, independentemente da forma que se constitui, priorizando as qualidades como o afeto, carinho, respeito, solidariedade, confiança, que constituem a base para o desenvolvimento pessoal e social de cada membro (FIGUEIREDO, 2018).
A formação do núcleo familiar é direito de todos, e Figueiredo (2018) justifica que por meio desse direito cada indivíduo pode exercer livremente sua afetividade e sexualidade, sendo inviável utilizar da orientação sexual como

justificativa para a não concessão de direitos, como por exemplo, ao pedido de adoção, pois desta forma o Estado fere profundamente a dignidade existente na união homoafetiva, além de ir contra o direito que o menor tem de pertencer a uma família legalmente apta, a qual lhe ofereça amparo emocional e material necessário para seu crescimento.

Pozzetti e Leite, (2019) expõe que o exercício do direito à dignidade se concretiza pela faculdade de escolher o modo e a pessoa com quem quer se relacionar, bem como por qual o gênero quer se identificar se feminino ou masculino. Essa prerrogativa diz respeito à intimidade e vida privada de cada um, cujo exercício também recebe status de direito fundamental (inciso X do art. 5º da CF/88), afirmam Pozzetti e Leite (2019).

Um conceito moderno acerca da família, levantado por Gonçalves, o qual decorre do entendimento da dignidade da pessoa humana (2017) é o conceito de família eudemonista. Este se refere à família como meio do qual seus membros buscam a felicidade, almejando a realização plena dos indivíduos, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, consideração e respeito mútuos. Para o autor, esse direito à felicidade, tão pretendido, é consequência natural da dignidade da pessoa humana, que é entendida como sendo um superprincípio utilizado na interpretação das relações humanas (GONÇALVES, 2017).

No sentindo das novas configurações familiares Pozzetti e Leite(2019) enfatizam o principio da isonomia, que proporciona o reconhecimento de que todas as mulheres são iguais perante a lei, bem como os núcleos familiares formados por casais heterossexuais e homossexuais, e em decorrência disso, o direito à proteção a família e as garantidas dele decorrentes podem e devem ser exercidos por todas as mulheres/mães que se inserem em ambos os núcleos familiares.

Gonçalves (2017) evidencia que a Constituição Federal de 1988 é o princípio da igualdade, na qual se encontra garantido à igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

O princípio da igualdade esta pautado no conceito de equanimidade e moral, por meio do qual se busca fazer com que as leis e o direito em si sejam meios de alcançar a justiça, de forma a tratar os indivíduos, primeiramente, como sujeitos de direito (igualdade formal) e, ainda, disponibilizando tratamento diferenciado àqueles que se mostrem diferentes entre si (GONÇALVES, 2017).

O princípio constitucional da igualdade garante igualdade entre todos independentes de gênero, cor, raça, conforme dispõe o art. 5º da Constituição Federal de 1998: Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1998).

O princípio da liberdade permite que o individuo possa tomar as rédeas de sua vida. É a garantia que as pessoas possuem de constituir uma relação estável, casar, divorciar, dentre outros, usufruindo o direito de decidirem qual a melhor forma para a união, o direito de constituir relações tanto hétero quanto homossexuais, conforme entendido por Gonçalves (2017).

Corroborando com esse entendimento, Figueiredo (2018) afirma que o princípio da igualdade e liberdade está associado ao da dignidade da pessoa humana, sendo garantida a liberdade de escolha do ser humano com quem se relacionar, sem a interferência de preconceito.

Não há espaço para preconceitos quando resguardado o principio da dignidade da pessoa humana e os princípios que dela decorrem, assegura Tavares (2021); diante disso, 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 (TAVARES, 2021).

Assim, entende-se que os novos rearranjos familiares suscitaram a necessidade de se estabelecerem princípios que fossem respaldados pela legislação brasileira para concessão da licença maternidade à casais homoafetivos. Destaca-se como tais princípios: o Princípio da dignidade da pessoa humana; o Princípio da isonomia, que é o princípio da igualdade, o qual garante igualdade e a justiça; e o Princípio da liberdade. Sendo que, o Principio da dignidade humana está atrelado a outros princípios e valores que são indispensáveis a condição de uma vida digna: liberdade, solidariedade, cidadania e igualdade.

2.2 Critérios para concessão da licença maternidade

Conforme a Consolidação das Leis Trabalhistas a licença maternidade é concedida às mulheres que possuem vinculo empregatício, que contribuem para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sendo estes desde cargos do serviço público e temporários até trabalhos terceirizados, autônomos e domésticos (FIGUEIREDO, 2018).

Tavares (2021) ressalta que embora a CLT (1943) já propunha a licença maternidade, contudo, foi com a

promulgação da Constituição Federal de 1988 que se estabeleceu a licença maternidade de 120 dias (art. 7º, XVIII), sem prejuízo do emprego e do salário, inclusive para as domésticas, avulsas e rurais.
Conforme o texto original da CLT em 1943, a licença maternidade se destinava às gestantes, ficando excluídas as mães adotivas e sendo estabelecido em seu art.393 que durante o período de afastamento, a mulher teria direito aos salários integrais, calculados de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho. (BRASIL, 1943a).
Entretanto, houve alterações no texto original pela Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002, que no artigo 1º afirma que o art.392 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.
§ 1o A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.
§ 2o Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.
§ 3o Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. (BRASIL,2002).

Com relação ao parto antecipado a Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015, em seu parágrafo 5º do art. 343 afirma: § 5º Tratando-se de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto, este último comprovado mediante certidão de óbito, a segurada terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos em lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS (BRASIL, 2015).
O direto à licença maternidade e o salario maternidade estabelecidos pela CLT 1943, passam a ser estendidos à mãe adotiva por meio da Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002 ficando assim expressos:

Art. 2o A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:
Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5o.
§ 1o No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.
§ 2o No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.
§ 3o No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.
§ 4o A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.
Art. 3o A Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:
Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade. (BRASIL, 2002).

A empregada deve solicitar 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. No caso da mulher desempregada esta deve solicitar o benefício diretamente no INSS a partir do parto, comprovando pela certidão de nascimento (TAVARES, 2021).
Figueiredo (2018) esclarece que não é preciso período de carência para obter direito a licença e conforme Instrução Normativa nº 77 do INSS: a licença maternidade é devida sem prazo de carência, com exceção das contribuintes facultativas, as quais precisam ter, no mínimo, 10 (dez) contribuições.
A Lei nº. 12.873 de 2013 modificou o texto da CLT e da Lei nº. 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social) possibilitando ao homem o direito à licença e ao salário-maternidade na situação que específica. Esses benefícios serão garantidos para os homens segurados pela Previdência Social na hipótese de adoção ou obtenção de guarda judicial para adoção. Entretanto, nas situações em que há o pedido de adoção ou de guarda em conjunto (a modificação não limita os adotantes a serem ou não do mesmo sexo), a licença maternidade e o salário-maternidade só poderão ser concedidos a apenas um dos adotantes (PANDOLFO, 2017).
A licença maternidade é, portanto um direito resguardado pela Constituição Federal de 1988 e que teve sua origem na Consolidação Trabalhista de 1943. Esse direito que assegura o afastamento remunerado das funções laborais por 120 dias em virtude da maternidade, garante também o vinculo empregatício da mãe decorrido esse período; entretanto, isso se observado os critérios de concessão já citados anteriormente. O que se aplicava no princípio apenas às mães biológicas se estende hoje às mães adotivas e até mesmo aos homens, em casos de guarda judicial para adoção ou a própria adoção, ficando então evidente um avanço no que tange a concessão da licença maternidade.

2.3 A licença maternidade para casais homoafetivos

As políticas públicas e as o aparato legal foram estabelecidos para o modelo tradicional de família heterossexual, na qual o papel do homem é ser o provedor e o da mulher é cuidar do lar, mediante isso, o Estado deve se adaptar as novas configurações de famílias, de maneira que assegure a proteção social e legal das mesmas e estimule as transformações das convenções sociais de gênero com o objetivo que se estabeleça uma sociedade mais igualitária, na qual a equidade seja um meio em si mesmo para a promoção de uma sociedade mais democrática (PINHEIRO et al,2009).

Sabendo que o conceito de núcleo familiar passou por transformações, de maneira que o entendimento atual considera que apenas o sangue não constitui o laço familiar, mas a base desse núcleo é o afeto, assim, entende-se que também o direito à licença maternidade deve progredir no sentindo da proteção à integração da família, sendo a importância do convívio familiar, o motivo mais relevante para a pretensão do direito. (CARVALHO et al,2019).

Pozzetti e Leite (2019) entendem que em face de uma sociedade tão heterogênea, é necessária a aplicação da isonomia de forma que o jurista tenha uma interpretação integrativa da norma a fim de igualar indivíduos desiguais e possibilitar a todos o exercício de direitos sem que haja estabelecimento de discriminação de qualquer espécie.

Nesse sentindo Carvalho et al (2019) afirmam a inexistência de norma específica quanto à concessão da licença maternidade para casais homoafetivos, quando existem múltiplas relações maternas com a criança, sendo alguma delas biológica ou não. Os autores evidenciam que a situação é a mesma em relação à concessão da licença paternidade aos casais homoafetivos, constituídos por homens ou mulheres, sendo a jurisprudência a favor da extensão dos direitos jurídicos dos casais heterossexuais aos casais homoafetivos em entendimento ao princípio da igualdade e em analogia a outras leis do ordenamento jurídico vigente.

A condição de constituir família e criar filhos está relacionada ao principio da dignidade da pessoa humana, não havendo razão para a proteção de algumas entidades familiares em detrimento a outras, além do que, independentemente do modelo familiar, em que esteja a criança, toda criança merece a proteção de vida, e, portanto, os direitos que conferem o amparo das crianças recém-nascidas ou adotivas devem ser estendidos para os pais homossexuais já que visam exatamente à proteção da criança (PANDOLFO, 2017).

Com relação aos direitos relacionados à proteção da família, Tavares (2021) esclarece que a previdência social não atua em função do sexo dos beneficiários, mas opera com o objetivo de protegê-los contra as necessidades sociais causadas pelos riscos sociais. Na questão da licença maternidade o risco social envolvido é a maternidade, que causa a incapacidade social para a atividade laboral em decorrência da atenção necessária ao infante. No caso da licença maternidade, 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.

Para Pandolfo (2017) a Lei 12.873 de 2013 trouxe clareza quanto algumas situações, como por exemplo: no caso de adoção por dois homens, um deles terá direito à licença-maternidade, com o entendimento do artigo 392-C, da CLT, combinado com o artigo 392-A, §5º da CLT. Quando duas mulheres adotarem uma criança, somente uma delas poderá usufruir da licença-maternidade, de acordo com o artigo 392-A, §5º da CLT. Desta feita, ao reconhecer outras configurações de núcleo familiar, a legislação necessitou considerar outros direitos que decorrem das novas relações familiares. Pandolfo (2017) considera que a Lei 12.873/13 possibilitou aos casais homoafetivos o direito à licença-maternidade e, por conseguinte, o salário-maternidade, de uma forma mais fácil, ou seja, sem a necessidade de se recorrer administrativa ou judicialmente.

No entendimento de Pozzetti e Leite (2019), aplicar proteção conferida à maternidade nas relações homoafetivas entre mulheres é conceder a ambas o direito à licença maternidade. Esse duplo reconhecimento segundo os autores, consubstancia-se no princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal, bem como do objetivo descrito no art. 3º, I e IV, de construção de uma sociedade livre, justa, sem preconceitos de qualquer espécie e solidária.

Contudo, Carvalho et al (2019) analisam que hoje, no caso de casais homoafetivos formados por duas mães, a decisão que impera é que somente aquela que gestou e deu à luz tem direito ao gozo de 120 dias de licença-maternidade, ou, em caso de adoção apenas uma das companheiras em caso, tendo a outra o direito a uma licença de 5 dias, como forma de materializar o princípio da igualdade e isonomia com casais heteroafetivos.

Tavares (2021) abarca o mesmo entendimento do autor supracitado, evidenciando que a partir do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das uniões homoafetivas e das alterações na CLT por meio da Lei nº 12.873/2013, a concessão de licença maternidade em casos de adoção ou guarda judicial conjunta, contempla a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregado, considerando, portanto o atual art. 392-A, §5º, da CLT. E quanto ao salario maternidade, assegura o pagamento deste 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.

O evento gerador do salário maternidade conforme explica Tavares (2021), continua sendo apenas o parto, o aborto espontâneo, a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção. Entretanto, o autor entende que a

constituição de família não se dá apenas por essas formas, o que então, tornam excluídas e deixando sem regulamentação as outras maneiras, como as inseminações ou as barrigas de aluguel.
De acordo com Pandolfo (2017), ao analisar os objetivos da licença maternidade, compreende-se que um deles é o maior contato da criança com a família nos primeiros dias de vida ou, no caso de adoção, a construção da base da relação familiar que irá se estabelecer. Desta forma, pode-se concluir que os direitos de proteção à família devem ser estendidos para os demais casos, além da adoção.
Pinheiro et al (2009) reforçam que a licença maternidade é garantia do direito ao exercício pleno da maternidade. Sendo que esse não se relaciona somente à população feminina, mas a toda a sociedade, já que ao se dedicarem aos cuidados dos filhos, as mulheres estão não apenas exercendo esse direito, mas estão cumprindo com uma função social que beneficia toda a sociedade, portanto, cabe ao Estado assegurar-lhes esse direito.
Assim sendo, Pozzetti e Leite (2019), concluem que diante do reconhecimento de novas formações familiares, cabe ao ordenamento jurídico pátrio estender, a todos esses núcleos familiares, as garantias necessárias à proteção à família, em conformidade com o art. 226 da Constituição Federal de 1988.
Com as novas configurações familiares e o reconhecimento da união homoafetiva, as questões relacionadas a concessão da licença maternidade levaram a necessidade de um ajustamento jurídico, no sentido de proporcionar a estes a extensão de direitos que anteriormente se configurava à família nuclear. A concessão da licença para os casais homoafetivos é realizada de forma a preservar a isonomia entre casais hetero e homoafetivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de família patriarcal como núcleo familiar constituído a partir da união do homem e mulher sofreu transformações ao longo do tempo, sendo hoje considerado como família o núcleo formado por indivíduos que optaram em juntar-se pelo afeto. A transformação desse modelo tradicional abriu espaço às novas configurações de família, como a destacada nesse estudo, constituída a partir de relação homoafetiva. Tal relação foi reconhecida em 2011 por meio do julgamento da ADI nº 4.277 proferido, com efeito, erga omnes.
A partir do reconhecimento dessa unidade familiar, os casais homoafetivos passam a gozar dos mesmos direitos assegurados às famílias tradicionais. Logo, a licença maternidade passa a ser vista como um direto a essas famílias. A Constituição Federal garante à proteção a maternidade e assegura o direito a licença maternidade com um período de afastamento de 120 dias (art. 7º, XVIII), sem prejuízo do emprego e do salário, inclusive para as domésticas, avulsas e rurais.
Essa pesquisa se propôs a compreender como esse direito tem sido aplicado no que tange aos casais homoafetivos. Assim, tendo como base os autores pesquisados e a legislação nacional, constata-se que a decisão que impera é que aquela que gestou, ou em casos de adoção, apenas uma (um) das(os) companheiras(os) tenha direito a usufruir da licença maternidade de 120 dias, enquanto que a(o) outra(o) tenha direito a uma licença de 5 dias, assim como se processa com casais heteroafetivos, afim de materializar se o principio da igualdade e isonomia. Esta pesquisa deixa sua contribuição quanto ao tema, evidenciando a necessidade de mais pesquisas quanto a temática em discussão, como meio de promover subsídios a resolubilidade de questões pertinentes a área.

REFERENCIAS

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Texto promulgado em de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>Acesso em: 26 mar.2021

_____. 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: 26 mar.2021.

_____. DECRETO-LEI Nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Publicação Original. 1943(a). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 26 marr.2021

_____. 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: 26 mar.2021

_____.LEI Nº 10.421, de 15 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10421.htm#art1> Acesso em: 26 mar.2021

_____. Instrução Normativa INSS nº 77, de 21 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm> Acesso em: 26 mar.2021

_____.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4.277/DF, Relator Ministro Ayres Brito, DJE 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 26 mar.2021

CARVALHO, Mariana Vieira de;FLORES, Natália Lamego; CARNEIRO, Rômulo Almeida. O direito à licença maternidade e paternidade dos casais homafetivos constituídos por mulheres. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça. Mato Grosso do Sul, v.8, 2019. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/4106> Acesso em: 14 abr.2021

FIGUEIREDO, Gabriela Antunes. Aspectos previdenciários na adoção por pares homoafetivos: licença e salário-maternidade. 2018. 60 f. Monografia Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2018. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/handle/12345/6287> Acesso em: 14 abr.2021

GONÇALVES, Mirele Carneiro. Licença maternidade para casais homoafetivos. 2017. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/21611>. Acesso em: 14 abr.2021

NASCIMENTO, Amauri Mascaro Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 932-933.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO- OIT . Nota 4 proteção da maternidade. Brasília: 2011. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_229653/lang--pt/index.htm>. Acesso em: Acesso em: 14 abr.2021

PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. Revista 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: Acesso em: 14 abr.2021

PINHEIRO, Luana; GALIZA, Marcelo; FONTOURA, Natália. Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 17, n. 3, p. 851-859, dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2009000300013&lng=en&nrm=iso> Acesso em: Acesso em: 14 abr.2021

POZZETTI, Valmir César; LEITE, Kaleen Sousa. Licença maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. Percurso, Curitiba, v.01, n.28, pp. 422-429, 2019. Disponível: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444> Acesso em: 14 abr.2021

TAVARES, Priscilla Rezende. A possibilidade de concessão da licença-maternidade no contexto das novas configurações familiares à luz do RE 1.211.446/SP. Revista Caderno Virtual. Brasília, DF. v. 1, n. 50, 2021. Disponível em: .Acesso em: Acesso em: 14 abr.2021

PAGE * MERGEFORMAT2

Aviso:
⚠ Não é recomendado utilizar percentuais para medição de plágio, os valores exibidos são apenas dados estatísticos. Essa análise considera citações como trechos suspeitos, apenas uma revisão manual pode afirmar plágio. Clique aqui para saber mais.

Estatísticas:
Expressões analisadas: 1907
Buscas Realizadas na Internet: 2234
Buscas Realizadas na Computador: 0
Downloads de páginas: 299
Downloads de páginas malsucedidos: 2242
Comparações diretas com páginas da internet: 334
Conteúdo de página obtido pelo cache: 35

Legenda:
▲ Endereço validado, confirmada a existência do texto no endereço marcado.

Expressão não analisada

Expressão sem suspeita de plágio

Total de endereços localizados: 2685
Quantidade média de palavras por busca: 9,29

Poucas ocorrências na internet

Várias ocorrências na internet

Muitas ocorrências na internet

Poucas ocorrências na base local

Várias ocorrências na base local

Muitas ocorrências na base local

Configurações da análise:
Limite mínimo e máximo de palavras por frase pesquisada: 8 a 13
Nível da Análise (quantas vezes o documento foi analisado): 3
Mínimo de palavras consecutivas para considerar suspeito (comparação direta): 6
Mínimo de referências para incluir no relatório: 3
Permite gerar expressões repetidas: Sim

Analisado por Plagius - Detector de Plágio 2.6.11

sexta-feira, 5 de novembro de 2021 14:48