

VIII CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS HUMANOS

A532

Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização VIII Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo;

Coordenadores: Sinara Lacerda Andrade Caloche, Abner da Silva Jaques e Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa – São Paulo, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-262-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br

Tema: Universalização do conhecimento e democratização da pesquisa

1. Pós-graduação. 2. Pesquisa. 3. Universidade. 4. Universalização do Conhecimento. 5. Democratização do Conhecimento. I. VIII Congresso Nacional da FEPODI (1:2021 : São Paulo, SP).

CDU: 34



VIII CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS HUMANOS

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 18 e 19 de março de 2021, o VIII Congresso Nacional da FEPODI, de maneira virtual, em que os eixos temáticos da edição foram a “universalização do conhecimento” e a “democratização da pesquisa”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da Associação Nacional dos Pós-Graduandos (ANPG), da Universidade de Marília (UNIMAR), do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 22 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na oitava edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 163 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 15 Grupos de Trabalhos, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Sinara Lacerda Andrade Caloche

Presidente da FEPODI

Wellington Oliveira de Souza dos Anjos Costa

Vice-presidente da FEPODI

Abner da Silva Jaques

Tesoureiro da FEPODI

**O RECONHECIMENTO DA LICENÇA-MATERNIDADE PARA OS CASAIS
HOMOALETIVOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL**
**RECOGNITION OF MATERNITY LICENSE FOR HOMOAFFECTIVE COUPLES
AS A FUNDAMENTAL RIGHT**

Elenice Rolemberg Santos ¹
Luis Felipe de Jesus Barreto Araújo ²

Resumo

O presente artigo está localizado no debate entre a licença-maternidade e a busca pelo reconhecimento deste direito como um direito fundamental, sem discriminação. Frente a omissão legislativa acerca do assunto, surgem, todavia, debates e questionamentos em relação a aplicação ou não do direito em casos concretos. Neste ínterim, com o intuito de analisar e responder alguns pontos, essa pesquisa tem como objetivo analisar os precedentes dos tribunais superiores brasileiros com o intuito de demonstrar se a licença já é um direito garantido a todos. Nesta conjuntura, para que isso seja possível, será feita uma busca das recentes decisões dos tribunais superiores que envolvam o direito à licença-maternidade para casais homoafetivos. Ao final, busca-se demonstrar a possibilidade da aplicação e extensão deste direito para os casais homoafetivos.

Palavras-chave: Licença-maternidade, Tribunais superiores, Homoafetivos

Abstract/Resumen/Résumé

This article is located in the debate between maternity leave and the search for the recognition of this right as a fundamental right, without discrimination. In view of the legislative omission on the subject, however, debates and questions arise regarding the application or not of the law in specific cases. Meanwhile, in order to analyze and answer some points, this research aims to analyze the precedents of the Brazilian higher courts in order to demonstrate whether the license is already a guaranteed right for everyone. At this juncture, to make this possible, a search will be made of the recent decisions of the higher courts involving the right to maternity leave for same-sex couples. In the end, we seek to demonstrate the possibility of the application and extension of this right for same-sex couples.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: License-maternity, Higher courts, Homoaffective

¹ Estudante de graduação em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe e estudante de graduação em Espanhol pela Universidade Federal do Ceará.

² Bacharel em Direito, Especialista em Direito Público, Mestre e Doutorando em Desenvolvimento e Meio Ambiente (Orientador).

INTRODUÇÃO

A licença é o período de tempo em que o empregado não vai ao trabalho por força de lei ou contrato, isto é, o empregado deve receber o valor devido do salário, contudo, está dispensado de comparecer ao trabalho. Outrossim, a licença-maternidade é um instituto que tem estatura constitucional e natureza trabalhista, sendo uma das formas disponíveis de licença, onde o empregador é obrigado a garantir o afastamento da empregada, proibido de demiti-la e descontar do salário pelo período de 120 dias, independente do meio de maternidade (MARTINEZ, 2020).

A gravidez não é uma doença, contudo, exige da gestante cuidados diferenciados, mas isso não a impede de trabalhar. No entanto, durante a gestação, parto e o período pós-parto, a mulher e a criança estão expostas a riscos, e isso pode implicar na necessidade de uma proteção especial em seu local de trabalho.

Destarte, historicamente o direito à licença-maternidade é concedido às mulheres que passam pela gestação como uma forma de se recuperar do parto e para fortalecer o vínculo afetivo com a criança. Contudo, mesmo diante do avanço jurisprudencial e do instituto familiar, casais homoafetivos ainda lutam para ter o direito à licença para construir laços afetivos com a criança que acabou de nascer ou que acabou de adotar. Neste contexto, deve a licença-maternidade ser um direito para todos, sem qualquer discriminação sobre orientação sexual ou forma de maternidade?

O objetivo da presente pesquisa é buscar precedentes dos tribunais superiores brasileiros com o intuito de demonstrar se a licença já é um direito garantido a todos. Além disso, busca analisar as recentes decisões dos tribunais superiores que envolvam o direito à licença-maternidade para casais homoafetivos; analisar as soluções trazidas pela jurisprudência para a ausência de amparo jurídico para os casais homoafetivos que adotam ou adquirem guarda judicial; examinar a evolução jurisprudencial do instituto da licença-maternidade. Para tanto, utilizou-se da técnica de pesquisa exploratória, visto que, o estudo envolve além do levantamento bibliográfico, análise jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

1. O SURGIMENTO DO DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE

O direito à licença-maternidade surgiu no Brasil em 1943 com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A licença inicialmente perdurava pelo período de 84 dias, entretanto, o grande problema era que essa licença era paga pelo empregador e isso gerava

uma grande restrição das mulheres no mercado de trabalho (BRASIL, 2021).

Destarte, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou três convenções acerca da proteção à maternidade, sendo elas: nº 3 (1919); nº 103 (1952) e nº 183 (2000). A primeira convenção tratou de garantir que a proteção a maternidade fosse assegurada a todas as mulheres empregadas. Independentemente do tipo de trabalho que exercessem, todas deveriam ter esse direito assegurado, até as mulheres empregadas que realizavam trabalhos atípicos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2021). De acordo com a OIT (2021) os trabalhos atípicos são as formas de empregos que não se assemelham com a tradicional, isto é, toda relação de emprego que não oferece uma proteção significativa para os empregados.

Já a Convenção nº 103 da OIT busca assegurar que todas as mulheres tenham o direito à licença de no mínimo 12 semanas, sendo obrigatório que uma parte seja tirada após o parto, estabelecendo ainda a proibição da demissão por parte do empregador durante o período da licença (BRASIL, 1966).

Por fim, a Convenção nº 183 estende o período de 12 semanas para um período mínimo de 14 semanas, dado que existe a possibilidade de ter um período adicional no caso de doenças, complicações ou algum risco com relação a gravidez. O grande salto estabelecido por essa convenção é que o benefício da licença-maternidade deverá ser pago pela previdência social e não deverá ser inferior a dois terços da renda prévia. Neste sentido, a Convenção caminha na direção de eliminar as discriminações sofridas pelas mulheres na hora da contratação no mercado de trabalho, visto que, o empregador não é mais o responsável por pagar o benefício (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2021).

No ano de 2018 uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) foi aprovada no Brasil, e tinha como finalidade ampliar a licença-maternidade e paternidade para todos os cidadãos brasileiros. Além disso, foi estabelecido pela PEC que a licença-maternidade iria ter a duração de 180 dias e a paternidade de 20 dias. Vale ressaltar que, a PEC também estendeu esses direitos aos pais adotantes, visto que, seria uma forma para estimular as adoções (SENADO FEDERAL, 2018).

2. A BUSCA PELO DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE PARA OS CASOS HOMOAFETIVOS

A licença maternidade é um direito assegurado para a família, visto que é uma forma de estabelecer um vínculo com a criança. É um período de convivência familiar entre a criança e os pais, independente de laço sanguíneo. Ademais, deve-se perceber que a partir do momento que indivíduos decidem adotar uma criança, tudo muda radicalmente, são novas preocupações e inseguranças, disputas e burocracias judiciais.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a família é a base da sociedade e é dever do Estado protegê-la (BRASIL, 1998). Diante disso, pode-se notar que uma família bem instituída e alicerçada dentro dos princípios corretos formará uma sociedade bem desenvolvida e humanizada para todos.

A Lei nº 10.421 de 2002 (BRASIL, 2002) estendeu o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade às mães adotantes, devendo a adotante ou guardiã apresentar o termo judicial de guarda para concessão da licença. Contudo, o período de 120 dias de licença só é concedido no caso de adoção ou guarda judicial de crianças até 1 ano de idade; no caso de crianças a partir de 1 ano até 4 anos, o período concedido será de 60 dias. Já os casos de crianças a partir de 4 anos até 8 anos o tempo será de 30 dias.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se mostrado conflitante em relação à estipulação do período de licença de acordo com a idade da criança (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016). Dado que, essa estipulação fere o princípio fundamental estabelecido pela Constituição Federal, denominado de princípio da igualdade que busca assegurar que todos sejam tratados da mesma maneira, então, como estipular que a necessidade de afeto, da presença dos pais, da criação do vínculo familiar deve ser fixada no prazo de 30 dias só porque a criança tem 8 anos? Como fica o melhor interesse da criança? Uma criança que acabou de sair do orfanato por exemplo, que tem que criar novos hábitos, criar um vínculo com os adotantes, deveriam ter o mesmo direito que uma criança de 1 ano, pois todos são iguais e merecem o mesmo tempo para se adaptar.

Destarte, o artigo 392-C da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que o empregado que adotar ou que obtiver guarda judicial fará jus a licença-maternidade (BRASIL, 1943). Já a CF traz em seu artigo 5º um dos principais fundamentos para que a licença-maternidade seja concedida, independente da orientação sexual, visto que todos são iguais perante a lei, que não deve haver nenhuma discriminação ou distinção de qualquer natureza. Neste contexto, o tratamento entre homens e mulheres deve ser igual,

independente da orientação sexual.

Nessa conjuntura é plenamente possível a existência de um casal formado por duas mulheres ou dois homens, formando assim uma família, possuindo o direito de adotar uma criança, pois o que deve ser levado em consideração é o melhor interesse da criança, e para assegurar que seja criado o laço afetivo entre o adotante e a criança, devem ter o direito a licença-maternidade e desta forma oferecer lar e afeto em período integral durante a fase de adaptação, pois isso independe da orientação sexual dos adotantes (GONÇALVES, 2017).

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O DIREITO DA LICENÇA PARA OS CASAIS HOMOAFETIVOS

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado no art. 1º, inciso III, da CF de 88, sendo instituído como um princípio fundamental e tem por objetivo garantir a igualdade entre as pessoas, proibindo qualquer tipo de discriminação, sendo ele um dos principais fundamentos para justificar e assegurar o direito da família homoafetiva de adotar uma criança (GARIGHAN, 2018).

O princípio da igualdade busca estabelecer que todos sejam tratados iguais na medida de suas desigualdades, isto é, busca deixar todos no mesmo nível de igualdade. No seio familiar não existe mais um chefe de família e o dever de manutenção da casa já não é mais só da mulher. Diante disso, entende-se que não existem mais os deveres da mulher e os deveres do homem, excluindo o patriarcado das relações conjugais. Neste contexto, os filhos não são só obrigações das mães de cuidar, são divididas com os pais de forma igualitária, sendo o casal homoafetivo formado por dois homens ou duas mulheres plenamente capazes de cuidar da criança que adotar ou obter guarda judicial (GONÇALVES, 2017).

Já o artigo 266, §6º, da CF de 88 trata sobre o direito do planejamento familiar, sendo este direito concedido a qualquer casal, independente da orientação sexual, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo a capacidade de exercer o papel de família responsável pela criança. O direito do planejamento familiar é personalíssimo (REIS, 2008) e deve ser concedido a qualquer indivíduo que tenha o desejo de criar família tendo como base o afeto, então privar alguém deste direito é o mesmo que ferir o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

4. O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO DIREITO A LICENÇA PARA OS CASAIS HOMOAFETIVOS

Foi na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união homoafetiva como uma entidade familiar, dotada de direitos e deveres (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015). Isto é, um casal homoafetivo não deve ser privado da licença-maternidade em virtude do sexo, visto que, a licença tem um caráter social que visa assegurar a família, preservando assim a sociedade e assegurando a criação de laço afetivo com a criança. Além disso, o STF entende que ninguém deve ser privado de um direito em decorrência da orientação sexual.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se o recurso especial nº 1.819.371, interposto contra um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O empregado estadual, transexual, vivendo em uma relação homoafetiva, busca garantir o direito de ter a licença paternidade estendida pelo período de 180 dias, sustentando que possui o mesmo direito de criar um vínculo com a criança recém nascida que uma mulher parturiente. Contudo, o STJ não conheceu o recurso, tendo como fundamento a súmula 280 do Supremo Tribunal Federal, alegando ainda que existe a ausência de prequestionamento inviabilizando o reconhecimento do recurso (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Em contrapartida, voltando ao âmbito do STF, o Recurso Extraordinário (RE) nº 1211446 teve repercussão geral foi reconhecido por maioria dos votos. O recurso é movido pelo Município de São Bernardo do Campo (SP) contra decisão de Turma Recursal do Juizado Especial da Fazenda Pública de São Bernardo do Campo que buscava garantir a licença-maternidade de 180 dias a uma servidora municipal, tendo ela uma companheira que engravidou por meio de inseminação artificial heteróloga (que ocorre com a doação de material genético de outrem, sendo as partes que recebem o material reconhecida legalmente como os pais da criança) (VILAS-BÔAS, 2020). Contudo, a companheira que era trabalhadora autônoma não possuía o direito da licença-maternidade, então a servidora que faria jus a licença. Outrossim, mesmo diante de todo avanço, esse recurso continua em andamento no STF.

CONCLUSÃO

Verifica-se, diante do exposto, que o direito à licença-maternidade é estabelecido

há décadas no ordenamento jurídico pátrio e nas normas internacionais. Todavia, movido por um retrógrado pensamento, e por uma defasagem legislativa, o Brasil ainda discute sobre a possibilidade de extensão de tal direito aos casais homoafetivos. Ainda que a Constituição garanta a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer tipo de discriminação, o tema ainda é objeto de debates.

Caberá aos Tribunais Superiores, quando provocados, a manifestação acerca do tema, que, acaso balizada nos princípios constitucionais e na dignidade da pessoa humana, deverá adotar uma linha garantista, assegurando a casais homoafetivos, através de decisões judiciais com efeito de precedentes vinculantes, o direito à licença, sem qualquer espécie de discriminação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho de 1943**. Rio de Janeiro: Presidência da república, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 02 de fev. 2021.

BRASIL. Lei 10.421, de 15 abril de 2002. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade [...]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 abr. 2002.

BRASIL. Reportagem especial. **Câmara dos deputados**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/293878-especial-licenca-maternidade-2-evolucao-das-leis-e-costumes-sobre-licenca-maternidade-no-brasil-0602/#:~:text=A%20licen%C3%A7a%20maternidade%20surtiu%20no,mulheres%20no%20mercado%20de%20trabalho.>> Acesso em: 27 de jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966**. Brasília: Presidência da república, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm> Acesso em: 27 de jan. 2021.

GARIGHAN, Natasha Nunes. **Princípio da dignidade da pessoa humana e possibilidade jurídica da adoção por famílias homoafetivas**. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/natasha_garighan.pdf> Acesso em: 27 de jan. 2021.

GONÇALVES, Mirele Carneiro. **Licença-maternidade para casais homoafetivos**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Uberlândia, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Proteção da maternidade**. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_229653.pdf> Acesso em: 27 de jan. 2021.

REIS, Clayton. **O planejamento familiar - Um direito de personalidade do casal**. Disponível: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/890/672>> Acesso em: 02 de fev. 2021.

SENADO FEDERAL. **A Primeira PEC de 2018 amplia a duração das licenças maternidade e paternidade**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/02/09/primeira-pec-de-2018-amplia-duracao-das-licencas-maternidade-e-paternidade>> Acesso em: 27 de jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário 1211446**. Relator: Min. Luiz Fux, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral10862/false>> Acesso em: 27 de jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário 1145624**. Relator: Min. Celso de Mello, 31 de agosto de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=1145624&sort=_score&sortBy=desc> Acesso em: 27 de jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário 846102**. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 05 de março de 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho497402/false>> Acesso em: 27 de jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário 778.889**. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 de março de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>> Acesso em: 02 de fev. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus 404545**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701466748&dt_publicacao=29/08/2017> Acesso em: 27 de jan. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial nº 1819371**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 19 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoese/doc.jsp>> Acesso em: 02 de fev. 2021.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Inseminação Artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro: A omissão presente no Código Civil e a busca por uma legislação específica**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Inseminacao%20artificial.pdf> Acesso em: 02 de fev. 2021.