

**UNIJUÍ - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

PATRÍCIA ESTÉFANI KREVER

**A LICENÇA MATERNIDADE NO CONTEXTO DAS NOVAS FAMILIAS
BRASILEIRAS**

Santa Rosa (RS)
2016

PATRÍCIA ESTÉFANI KREVER

**A LICENÇA MATERNIDADE NO CONTEXTO DAS NOVAS FAMILIAS
BRASILEIRAS**

Trabalho de Conclusão do Curso de
Graduação em Direito objetivando a
aprovação no componente curricular
Trabalho de Curso - TC.

UNIJUÍ - Universidade Regional do
Noroeste do Estado do Rio Grande do
Sul. DCJS - Departamento de Ciências
Jurídicas e Sociais.

Orientadora: MSc. Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi

Santa Rosa (RS)
2016

AGRADECIMENTOS

À minha família, que sempre esteve presente e me incentivou com apoio e confiança durante toda minha vida, e em especial durante a graduação, pois foi com quem aprendi que os desafios são as molas propulsoras para a evolução e o desenvolvimento.

À minha orientadora Nelci Meneguzzi, com quem eu tive o privilégio de conviver e contar com sua dedicação e disponibilidade, me guiando pelos caminhos do conhecimento.

“lutar pela igualdade sempre que as diferenças nos discriminem, lutar pelas diferenças sempre que a igualdade nos descaracterize.”
Boaventura de Sousa Santos

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso faz uma análise da licença maternidade nas diferentes constituições familiares, a fim de analisar como esse direito se aplica aos novos arranjos familiares. Durante o trabalho é mostrado o papel da maternidade na história, e como a mulher conquistou esse direito que sempre pertenceu a ela. Com a evolução dos direitos da mulher ela adquiriu conquistas como a licença maternidade, que é o direito conferido a mãe de 120 dias para amamentar e cuidar do seu filho. No entanto, com a evolução e modificação de costumes, as famílias ganharam novos arranjos familiares, e conseqüentemente os filhos ganharam dois pais, duas mães ou apenas um desses. Nesse sentido se faz necessária uma análise a respeito do direito da licença maternidade, e como funciona para essas famílias. A metodologia utilizada para a realização do presente trabalho foi do tipo exploratória, utilizando a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores. Finaliza-se o trabalho, concluindo que mesmo que as leis somente amparem o modelo tradicional de constituição familiar, se faz necessário usar o princípio constitucional da igualdade, sem discriminar nenhum arranjo familiar que tenha surgido atualmente.

Palavras-Chave: A maternidade na história. Licença maternidade. Os novos arranjos familiares.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course makes an analysis of maternity leave in the different family constitutions, in order to analyze how this right applies to the new family arrangements. During the work is shown the role of motherhood in history, and how the woman has conquered that right that always belonged to her. With the evolution of women's rights she has achieved achievements such as maternity leave, which is the right conferred on the mother of 120 days to breastfeed and care for her child. However, with the evolution and modification of customs, families have gained new family arrangements, and consequently the children have gained two parents, two mothers or just one of these. In this sense, an analysis is needed regarding the right to maternity leave, and how it works for these families. The methodology used to perform the present work was of the exploratory type, using the data collection in bibliographic sources available in physical media and in the computer network. The work is concluded, concluding that even if the laws only support the traditional model of family constitution, it is necessary to use the constitutional principle of equality, without discriminating any family arrangement that has arisen today.

Key words: Motherhood in history. Maternity leave. The new family arrangements.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE	9
1.1 A maternidade na história	10
1.2 A evolução da proteção à maternidade nas constituições brasileiras.....	12
1.3 A proteção trabalhista à gestante.....	13
1.4 A maternidade na visão histórico-previdenciária	16
1.5 A proteção à maternidade sob a ótica do direito constitucional.....	17
1.6 A licença maternidade e a estabilidade provisória da gestante na legislação laboral	18
1.7 A perspectiva previdenciária da proteção à maternidade	24
2 AS NOVAS FORMAS DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR E A PROTEÇÃO À MATERNIDADE	27
2.1 Conceito de família na Constituição Federal.....	27
2.2 Conceito de família no Estatuto das Famílias.....	28
2.3 As atuais formas de constituição familiar	29
2.3.1 <i>Tradicional</i>	31
2.3.2 <i>Monoparental</i>	31
2.3.3 <i>Homoafetiva</i>	33
2.3.4 <i>Adotiva</i>	35
2.4 A tendência jurisprudencial na concessão da proteção à maternidade frente as novas formas de constituição de família.....	36
2.5 A prospecção do futuro legislativo de proteção à maternidade e as novas formas de constituição das famílias.....	39
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta um estudo acerca das novas formas de constituição das famílias brasileiras. A licença-maternidade consiste, em geral, no benefício concedido para a mulher gestante em receber salário maternidade durante 120 dias. No entanto, no contexto atual as “tradicionais” famílias brasileiras (constituídas de homem e mulher) alteraram sua formação, e assim o direito trabalhista e previdenciário também inovou seus conceitos na questão da licença-maternidade.

A proteção à maternidade tem avançado consideravelmente na legislação pátria, tanto no aspecto previdenciário quanto na esfera trabalhista, voltando seu foco para a criança que está por nascer. Diante do contexto apresentado, necessária a abordagem da temática pela alta relevância jurídica tendo em vista a multiplicidade da formação familiar da atualidade investigando-se de que forma a licença maternidade pode ser efetivada nessa nova conjuntura familiar?

Esta pesquisa tem como objetivo efetuar uma análise da legislação trabalhista e previdenciária que assegura a licença maternidade no contexto das novas famílias brasileiras garantindo a toda e qualquer formação desta os benefícios econômicos e sociais que permeiam o tema.

Para a realização deste trabalho foram efetuadas pesquisas do tipo exploratória, utilizando a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores. Na sua realização do trabalho foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, observando a seleção de bibliografia e

documentos afins à temática e em meios físicos e na Internet, interdisciplinares, capazes e suficientes para construir um referencial teórico coerente sobre o tema em estudo, responda o problema proposto, corrobore ou refute as hipóteses levantadas e atinja os objetivos propostos na pesquisa, também se utilizou da leitura e fichamento do material selecionado e uma reflexão crítica sobre o material selecionado e exposição dos resultados obtidos através de um texto escrito monográfico.

Inicialmente, no primeiro capítulo, foi feita uma abordagem da maternidade na história, analisando a construção e evolução desse direito. Posteriormente, no segundo capítulo, se apresenta a licença maternidade vinculada as novas formas de constituição familiar e como a legislação teve que adequar as modernas famílias que hoje se apresentam na sociedade em geral.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

Ao longo do tempo, com a inserção da mulher no mercado de trabalho e os movimentos feministas reivindicando direitos, a mulher adquiriu benefícios como o da licença maternidade. A evolução dos costumes, a emancipação da mulher, o surgimento dos métodos contraceptivos, e a própria globalização levaram à formulação da estrutura da família. A família contemporânea não somente é constituída por laços biológicos e sim pela afetividade ou afinidade. Sendo assim, independente de qual seja as uniões em que há comprometimento mutuo merece ser chamada de família, independente do número ou do sexo de seus integrantes (DIAS, 2009, p. 382).

Com o advento da referida Constituição, houve o nascimento de um Sistema Nacional de Seguridade Social, o qual possui a finalidade precípua de assegurar o bem-estar e a justiça sociais, para que, desta forma, ninguém seja privado do mínimo existencial, ou seja, para que a todos os cidadãos seja assegurado o princípio da dignidade humana (NOLASCO, [s.d.]).

Segundo Sergio Pinto Martins (2000, p. 518), “havia necessidade de a legislação determinar que o pagamento da licença-maternidade ficasse a cargo da Previdência Social, principalmente como uma forma de incentivar a contratação de mulheres como empregadas”. Assim, houve maior interesse de parte dos empregadores na contratação das mulheres.

No cenário atual as mulheres ajudam a compor o grupo familiar com as despesas da casa, o que historicamente somente era feito pelo homem. A sociedade, e o mundo enxergou que a mulher também era capaz de fazer aquilo que antes somente era feito pelos homens, e com isso as grandes empresas começaram a contratar mais mulheres. Assim, as mulheres foram conquistando seu espaço no mercado de trabalho, e adquirindo direitos como a licença-maternidade.

1.1 A maternidade na história

As condições de maternidade através dos tempos se verificam pela desvalorização dada à mesma, na Antiguidade e na Idade Média, na qual prevalecia o poder paterno, e o homem era o centro da família, sendo a esposa e filhos apenas submissos a ele.

Segundo Júlia Toledo de Farias (apud ARIÉS, 1981), na Antiguidade e Idade Média, os filhos ficavam pouco tempo com suas mães, eram entregues aos 7 anos à outras famílias para receber instrução como aprendizes. Durante o século XVII, período denominado de Idade Média, o sentimento de família e de infância praticamente não existia.

Neste período assim que as crianças podiam prescindir dos cuidados maternos ou das amas, passavam à condição de adultos, misturando-se a eles em suas atividades. Os casamentos eram por contrato baseando-se em interesses econômicos e alianças políticas, não havendo qualquer manifestação de afetividade entre os casais, ou mesmo entre pais e filhos, o amor conjugal assim como o amor entre a família não era necessário, o importante era ter o poder, o que era obtido através das posses.

Neste período a mulher era vista apenas como procriadora de filhos, tendo como responsabilidade dar continuidade a vida.

Já a partir do século XVIII percebem-se algumas transformações no sentido familiar associado à valorização da infância. Os motivos para que essa maternidade possa ter surgido é que na metade do século XVIII, o foco ideológico desloca-se de pai para mãe, pois a nova ordem econômica que passa a vigorar com a ascensão da burguesia enquanto classe social impunha a sobrevivência das crianças (LASCULSKI, 2013).

A partir do século XIX, desenhou-se uma nova imagem de sua relação com a maternidade, segundo a qual o bebê e a criança transformam-se nos objetos privilegiados da atenção materna. Aqui, a mulher fica restrita as atividades privadas,

na ignorância e submissão ao homem, e passa a ser objeto de um amor cortês, idealizado e platônico (LASCULSKI, 2013).

[...] ao longo da história da humanidade podem-se observar constantes transformações sociais, culturais, políticas e econômicas que caracterizam o modo de viver de épocas, determinando o comportamento e a forma de se relacionar das pessoas deste período, mudanças estas que refletem também nas relações familiares. A mulher ao longo do tempo derrubou barreiras que as dividiam dos homens, e assim adquiriu direitos em igualdade dos sexos (FARIAS, 2005, p. 2).

Assim, uma nova imagem da mulher com relação à maternidade, o bebê e as crianças transformaram-se nos objetos da atenção materna a "devoção e a presença vigilante da mãe surgem como valores essenciais" (apud MOURA; ARAÚJO, 2004, p. 47).

A mulher passou a assumir além das funções relacionadas aos cuidados essenciais à sobrevivência, a tarefa de educadora e, muitas vezes, a de professora. À medida que aumentava as responsabilidades maternas com relação aos filhos, aumentava o sentimento de sacrifício materno em relação a estes e à família, criando um modelo social, incentivado pelo discurso médico e filosófico da época, de como deveria fazer uma mãe (apud MOURA; ARAÚJO, 2004).

Segundo Hrdy (2001), a partir do século XIX os movimentos feministas ganham força com a revolução industrial e marcam o início de grandes transformações no papel social da mulher. No século XX, a mulher encontra-se devidamente inserida no mercado de trabalho, descobrindo sua realização através deste, passando a encontrar satisfação pessoal além da maternidade.

Grant (2001) coloca que embora a sociedade tenha acolhido de forma inclusiva a mulher no mercado de trabalho, cria-se para estas dificuldades em conciliar o ser mãe e o ser profissional (apud FARIA, 2005, p. 2). Essa é umas das dificuldades encontradas pela mulher contemporânea, que deve conciliar o papel de ser mãe e ter uma carreira profissional. Hoje a escolha pela maternidade implica em uma coragem e organização muito diferentes de outros tempos.

1.2 A evolução da proteção à maternidade nas constituições brasileiras

Segundo Neiverth e Mandalozzo (2009), o direito da mulher à licença-maternidade começa a aparecer em manifestações legislativas no âmbito internacional no século XVIII. Na Itália, em 1902, a Lei Carcano proibia o trabalho da mulher em subterrâneos e instituía a licença-maternidade de quatro semanas após o parto, porém, não dispunha sobre o pagamento da mulher nesse período tampouco sobre a garantia de emprego após o seu retorno.

Segundo Barros (1995, p. 34) Organização Internacional do Trabalho (OIT), “adotou em 1919, a Convenção Internacional n.3, ratificada pelo Brasil em 27 de Março de 1934, promulgada por meio do Decreto n. 423 de 12 de Novembro de 1935, e denunciada em 18 de dezembro de 1962, pelo Decreto n. 51.627. Essa Convenção n.3 foi revista em 1952, resultando a de n.103, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 58.820, de 14 de julho de 1966.” Ainda da OIT são as Recomendações n. 12 de 1921 e n. 95 de 1952 que tratam da tutela à maternidade (NEIVERTH; MANDALOZZO, 2009).

A Convenção n. 103 da OIT além de criar normas de proteção à maternidade cuidou de que as mesmas fossem compatíveis com a realidade dos empregadores de modo a não prejudicar as mulheres ao saírem em busca de oportunidades de trabalho. Pelas normas dessa Convenção, a gestante terá direito a licença remunerada por um sistema de seguro obrigatório, esclarecendo que em nenhum caso o salário-maternidade será responsabilidade do empregador. A regulamentação sobre o afastamento da gestante e o sistema de seguro para pagamento da mesma ficou a cargo da legislação de cada País que ratificou a Convenção (NEIVERTH; MANDALOZZO, 2009).

A Constituição brasileira de 1934 com tendência social democrática garantiu assistência médica e sanitária à gestante, salário-maternidade e licença-maternidade. Desta forma, a referida Constituição foi a primeira no Brasil a prever que o trabalhador, o empregador e o Estado deveriam contribuir para o financiamento da Previdência Social, o que significou um grande progresso de tal Instituto em nosso país (NOLASCO [s.d.]).

Contudo, a Carta de 1937, fruto de um golpe de Estado não mencionou garantia de emprego à gestante, mas, na vigência desta, por necessidade de unificação da legislação trabalhista vigente é promulgada a CLT em 1943 contendo normas de proteção ao trabalho da mulher garantindo-lhe estabilidade e licença-maternidade (NEIVERTH; MANDALOZZO, 2009).

As Constituições brasileiras de 1946 e 1967 não inovaram na proteção à maternidade. No entanto, a CF de 1946 não representou nenhuma mudança de conteúdo no que tange à Previdência Social se comparada com a Constituição anterior. A maior inovação trazida pela Constituição Federal no âmbito previdenciário foi a da CF de 1967, na instituição do seguro desemprego. Ademais, importante salientar também que foi neste texto constitucional que ocorreu a inclusão do salário família, que antes só havia recebido tratamento infraconstitucional (NOLASCO, [s.d.]).

Conforme se sabe, a Constituição Federal brasileira de 1988 marca o retorno de um Estado democrático de direito em nosso país, tendo contemplado vários direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. Inicialmente, o empregador era quem pagava o período em que a gestante ficava afastada para dar à luz. Assim, em consequência, a contratação de mulheres era mais escassa, pois o empregador não se interessava em ter esse encargo (NEIVERTH; MANDALOZZO, 2009).

1.3 A proteção trabalhista à gestante

A proteção à trabalhadora gestante é garantida, no Brasil, tanto no âmbito do Direito do Trabalho como no do Direito Previdenciário.

No campo das relações de trabalho, a proteção da gestante se dá: (a) pela estabilidade conferida, na forma do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, à empregada urbana ou rural, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, até que venha a ser disciplinada a matéria disposta no inciso I do art. 7º do Texto Constitucional; (b) pela licença-maternidade, de 120 dias, prevista no art. 7º, XVIII; (c) pela possibilidade de alteração do local de trabalho ou

função, por prescrição médica, a fim de evitar problemas na gestação e pela liberação do trabalho, para fins de consultas médicas e exames, num mínimo de seis vezes, durante o período de gravidez – § 4º do art. 392 da CLT; (d) pela autorização legal para rompimento do vínculo de emprego quando prejudicial à gestação, sem que seja devido qualquer desconto ou indenização – art. 394 da CLT; e (e) pela vedação expressa à discriminação da mulher no tocante ao seu estado de fertilidade e gravidez, caracterizada a conduta discriminatória do empregador como ilícito penal, além de trabalhista – Lei n. 9.029/95.

No campo previdenciário, evidencia-se a proteção da mulher gestante pela concessão do benefício denominado salário-maternidade com duração em regra geral de 120 dias.

A proteção ao emprego é um dos diversos princípios do Direito do Trabalho, além de também ser prevista na Constituição Federal de 1988. O artigo 7º, inciso I, que proíbe a “dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

A garantia ao emprego é um dos direitos das gestantes e encontra fundamento no artigo 10º, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Assim, desde a confirmação da gravidez, até 05 meses após o parto, fica vedada a dispensa sem justa causa da gestante.

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A confirmação da gravidez não significa, necessariamente, que tanto a empregada gestante ou a empregadora devam ter ciência da gravidez. Por exemplo: Não mais desejando contar com os serviços de determinada funcionária, a empregadora a dispensa sem justa causa, com o devido pagamento das verbas rescisórias. Porém, meses depois, a funcionária dispensada descobre que já estava grávida naquela época.

A jurisprudência tem entendido que, mesmo não sabendo que estava grávida, é garantida a indenização decorrente da estabilidade provisória.

ESTABILIDADE DA GESTANTE. DESCONHECIMENTO DA GRAVIDEZ PELO EMPREGADOR E EMPREGADA NA ÉPOCA DA DISPENSA. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA.

O art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A Súmula n.º 244, I, do TST, ao interpretar o artigo, atribui a responsabilidade objetiva ao empregador, levando em conta a premissa de que o importante é a concepção no curso do contrato de trabalho, independentemente de que reclamado e reclamante tenham ciência do fato no tempo da demissão. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST – RR: 15672120135120012, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 01/10/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014).

Inclusive este é o que determina a Súmula 244 do TST:

Súmula nº 244 do TST – GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

É direito das gestantes também a licença maternidade, benefício que consiste em uma licença remunerada de 120 dias e que será custeado pelo empregado. Até o filho completar seis meses, as gestantes têm direito a duas pausas de 30 minutos cada, durante a jornada de trabalho, para amamentação. Esse direito é previsto no artigo 396 da CLT e deve ser respeitado, sob pena, de pagamento de horas extras, como nos casos de não concessão ou supressão de intervalo intrajornada.

O intervalo para amamentação previsto no art. 396 da CLT acarreta os mesmos efeitos determinados no art. 71, § 4º, da CLT, aplicável analogicamente.

Assim, é devido o tempo suprimido acrescido do respectivo adicional e seus reflexos. Recurso de revista conhecido e provido.

1.4 A maternidade na visão histórico-previdenciária

Segundo João Batista Lazzari (2014, p. 595), as regras para concessão desse benefício da previdência social foram disciplinadas nos arts. 71 a 73, sendo concedido inicialmente às seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica, sem exigência de carência, com duração de cento e vinte dias, podendo ter início no período entre vinte e oito dias antes do parto e a data de ocorrência deste.

A Lei n. 8.861, de 25 de março de 1994, estendeu à segurada especial o direito à percepção do benefício, fixando o valor em um salário mínimo, desde que comprovado o exercício da atividade rural nos últimos doze meses imediatamente anteriores à data do início do benefício, mesmo que de forma descontínua (carência posteriormente reduzida para dez meses).

Na sequência, a Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999, estendeu o salário-maternidade à segurada contribuinte individual e facultativa, criando regras próprias em relação ao valor e ao prazo de carência. Por sua vez, a Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002, que alterou a CLT e a LBPS (Lei Benefício da Previdência Social), estendeu o direito à segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança com idade até 8 anos.

Com o advento da referida Constituição, houve o nascimento de um Sistema Nacional de Seguridade Social no qual a legislação determinou que o pagamento da licença-maternidade ficasse a cargo da Previdência Social, principalmente como uma forma de incentivar a contratação de mulheres como empregadas. Esse sistema possui a finalidade de assegurar o bem-estar e a justiça sociais, para que, desta forma, ninguém seja privado do mínimo existencial, ou seja, para que a todos os cidadãos seja assegurado o princípio da dignidade humana (NOLASCO, [s.d.]).

Assim, com o objetivo de permanecer com a mulher no mercado de trabalho, o legislador achou melhor que o pagamento desse cargo ficasse com o INSS, assim como segue na Lei n. 6.136 de 1974, situação que permanece até hoje.

Segundo Ibrahim (2015, p. 657), o benefício era originariamente restrito às seguradas empregadas, domésticas, avulsas e seguradas especiais. Foi estendido às contribuintes individuais e facultativas por meio da Lei n. 9.876 de 1999.

O salário-maternidade é devido à segurada empregada, trabalhadora avulsa, empregada doméstica, contribuinte individual, facultativa ou segurada especial, durante 120 (cento e vinte) dias, com início até 28 (vinte e oito) dias anteriores ao parto e término 91 dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto.

Naturalmente, a regra exposta não é rígida, ou seja, se a segurada continua a trabalhar até o parto, terá ainda o direito aos 120 (cento e vinte) dias de licença, com o respectivo pagamento de salário-maternidade durante todo o período.

1.5 A proteção à maternidade sob a ótica do direito constitucional

No direito pátrio existe uma gama de ordenamentos jurídicos que visam proteger a mulher que se encontre no período de gravidez e após o parto. Temos que a Consolidação das Leis Trabalhistas foi o primeiro ordenamento legal a garantir o descanso remunerado à gestante. Posteriormente, tal direito foi assegurado na Carta de 1967, que estabeleceu também a proteção da Previdência Social em relação à maternidade.

De acordo com a Constituição em seu art. 7º, inciso XVIII, fixa a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. Essa inovação constitucional, que ampliou a antiga licença de noventa para cento e vinte dias. Especificamente em relação à gestante, a Constituição também fixou, no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Há que destacar que se trata de benefício previdenciário atribuído a todas as seguradas inscritas no regime de previdência social, de forma que abrange não apenas as

empregadas, mas também as trabalhadoras autônomas inscritas no regime de previdência social.

Assim, temos que o salário-maternidade é um direito garantido constitucionalmente, tanto aos trabalhadores urbanos quanto aos rurais, constituindo-se em uma proteção ao emprego e ao salário da mulher (agora, também do homem), que tiver filho, seja ele consanguíneo ou adotado.

Conforme artigo elaborado por Cristiane Miziara Mussi (2013, p. 1), intitulado Inovações trazidas pela Lei n. 12.873 de 2013 ao salário-maternidade, esse benefício:

[...] garante a proteção ao risco social maternidade em sentido amplo, protegendo essa situação de necessidade, surgida com a chegada de uma criança ao lar, a qual merece total cuidado por parte da Previdência Social. Referido benefício - até o advento da Lei 12.873 de 24 de outubro 2013 - era concedido pela Previdência Social apenas à mulher que sofresse um parto, adotasse ou obtivesse guarda judicial para fins de adoção.

A Constituição Federal também fixa a licença paternidade no inciso XIX do art. 7º. Essa lei regulamentadora teve uma mudança no dia 08 de março de 2016, no qual foi sancionada a licença paternidade de 05 para 20 dias. A norma determina um conjunto de ações para o início da vida entre zero a seis anos de idade (Lei 13.257/2016).

1.6 A licença maternidade e à estabilidade provisória da gestante na legislação laboral

Segundo Lazzari (2014), a concessão do salário-maternidade independe do número de contribuições pagas pela segurada empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. Para as seguradas contribuintes individuais, segurada especial (enquanto contribuinte individual) e segurada facultativa, o prazo de carência é de dez contribuições mensais. Será devido o salário maternidade à segurada especial, desde que, comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do

benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua, conforme determina o art. 93, § 2º, do Decreto n. 3.048/99, com a redação conferida pelo Decreto n. 5.545/2005.

A proteção previdenciária à segurada especial menor de 16 anos deve ser garantida à época do parto, mesmo após a edição da Lei n. 11.718/2008. Neste sentido é a orientação do TRF da 4ª Região:

A norma constitucional insculpida no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, tem caráter protecionista, visando coibir o trabalho infantil, não podendo servir, porém, de restrição aos direitos do trabalhador no que concerne à contagem de tempo de serviço para fins previdenciários. Tendo sido o trabalho realizado inclusive pelo menor de 14 anos, há que se reconhecer o período comprovado para fins de concessão de salário-maternidade (AC nº 0017923-80.2011.404.9999. D.E. 16.03.2012).

A Lei n. 9.876/99, ao criar o prazo de carência para a concessão do salário-maternidade, estabeleceu que em caso de parto antecipado o período de dez meses será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado. Destarte, a segurada que iria conceber dez meses após sua filiação ao RGPS e teve parto antecipado involuntariamente mantém o direito ao benefício.

O entendimento do STF reconheceu a existência de repercussão geral à controvérsia relativa ao reconhecimento do direito de gestante, contratada por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão não ocupante de cargo efetivo, à licença-maternidade e à estabilidade provisória, quando a gravidez tenha ocorrido durante a prestação dos serviços (art. 7º, XVIII, da CF; art. 10, II, “b”, do ADCT).

Muito embora pendente o julgamento do mérito dessa repercussão geral, entendemos que o salário-maternidade é devido em tais hipóteses, pois até mesmo o contrato por prazo determinado gera direito à estabilidade provisória e, caso não respeitada a estabilidade, a qualidade de segurada perdura em face do período de graça previsto no art. 15 da Lei n. 8.213/1991. A respeito da matéria, foi editada a Súmula n. 244 do TST com o seguinte teor:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

A duração do salário-maternidade é devido à segurada da previdência social durante 120 dias, com início até 28 dias anteriores ao parto e término 91 dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto. Ocorrendo parto antecipado, o benefício é pago por cento e vinte dias após o parto. 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 cento e vinte dias previstos em lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS.

Quando houver efetivo risco para a vida do feto, da criança ou da mãe, os períodos de repouso anteriores e posteriores ao parto poderão ser prorrogados, excepcionalmente, por duas semanas, mediante atestado médico específico. Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas.

Ocorrendo a situação do parto de natimorto, comprovado por atestado médico, ainda será devido os 120 (cento e vinte) dias de salário maternidade quando o parto de natimorto acontecer somente a partir do 6º (sexto) mês de gestação. Caso esse fato ocorra antes do 6º (sexto) mês de gestação, o benefício previdenciário devido é auxílio doença, pois o natimorto corresponde ao nascimento sem vida após 6 (seis) meses de gestação. Mesmo que sobrevenha o óbito da criança, a licença maternidade deve ser mantida durante o prazo pertinente, uma vez que a lei não condiciona tal vantagem à sobrevivência do menor (ALVARENGA, 2010).

O benefício tem início com o afastamento do trabalho pela segurada, o qual é determinado com base em atestado médico ou certidão de nascimento do filho. Compete à interessada instruir o requerimento do benefício com os atestados médicos necessários. Não há mais o prazo de até 90 dias após o parto, antes exigido para o requerimento do benefício, que constava da redação do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 8.213/91, tendo este sido revogado pela Lei n. 9.528/97.

O salário-maternidade também era devido à segurada que adotou ou obteve guarda judicial a partir da publicação da Lei n. 10.421, de 15.04.2002. Num primeiro momento a norma limitava o pagamento para fins de adoção de criança com idade até 8 anos e com duração variável de 30 a 120 dias (LEI 12873/3, ART 71-A).

No âmbito trabalhista, a Lei n. 12.010, de 29.07.2009, revogou os §§ 1º a 3º do art. 392-A da CLT, que também previam tal escalonamento, passando a licença da mãe adotante para 120 dias (art. 71-A, da Lei nº 12.783/2013), que deixou de fazer distinção em razão da idade do adotado.

Outra relevante alteração reside no que se diz respeito ao titular do benefício, se na anterior redação havia expressa menção da segurada, isto é, da mulher como titular do benefício, na nova redação, há previsão de que o benefício seja pago a qualquer dos adotantes, tanto ao homem quanto à mulher.

Verifica-se, assim, que houve uma transmutação da natureza do benefício que de prestação individual destinada à segurada gestante passou a benefício familiar, relacionado à maternidade.

Tais alterações buscaram resguardar situações em que apenas o homem é o adotante, bem como aquelas em que a adoção se dá por uniões homoafetivas.

Com efeito, até a nova redação, se o casal era composto por duas mulheres, ou por um homem e uma mulher, o benefício seria concedido às mulheres. O que fez a lei, foi dar tratamento isonômico aos casais adotantes, permitindo aos homens a percepção do benefício.

Segundo o Lazzari (2014, p. 598), a Lei de Benefícios foi mantida a regra do escalonamento até o advento da Medida Provisória n. 619, de 06 de junho de 2013, cuja exposição de motivos assinalou:

Propõe-se ainda a alteração da redação do art. 71-A da Lei n. 8.213, de 1991, a fim de que seja assegurado o salário maternidade, pelo período de 120 (cento e vinte) dias, à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, independentemente da idade. Sabe-se que o art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação alterada pela Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, ampliou o período de licença da segurada empregada, sem restrição de idade da criança, mas não houve a mesma ampliação no que se refere ao benefício previdenciário.

Dessa forma, a medida ora proposta se coaduna com a proteção à infância e com a necessidade de convívio mais intenso entre adotante e adotado, evitando, assim, qualquer discriminação no mercado de trabalho da mulher, na medida em que a despesa da empresa com a sua remuneração no período será custeada pelo Regime Geral de Previdência Social.

Cumprido esclarecer, finalmente, que tal alteração vem ao encontro da sentença proferida na Ação Civil Pública n. 5019632- 23.2011.404.7200, em 03 de maio de 2012, pelo Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC, que já vem sendo plenamente cumprida, por parte do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em todo o território nacional, de forma que a proposta em tela atende o contido no art. 195, § 5º, da Constituição Federal, havendo correspondente fonte de custeio.

No Congresso Nacional, a Medida Provisória recebeu acréscimos, tendo sido convertida na Lei n. 12.873/2013, que deu nova a redação ao art. 71-A e acrescentou os arts. 71-B e 71-C, com novidades bastante interessantes, *verbis*:

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de cento e vinte dias.

§ 1º O salário-maternidade de que trata esse artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

§ 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o

benefício 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.

Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.

§ 1º O pagamento do benefício de que trata o caput deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário.

§ 2º O benefício de que trata o caput será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado sobre:

- I – a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso; II – o último salário de contribuição, para o empregado doméstico;
- III – um doze avos da soma dos doze últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado; e
- IV – o valor do salário mínimo, para o segurado especial.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Art. 71-C. A percepção do salário-maternidade, inclusive o previsto no art. 71-B, está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício.

Dessa forma, o benefício passa a ser devido a segurados de ambos os sexos em caso de adoção e permanecerá sendo pago ao cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, em caso de falecimento do(a) primeiro(a) beneficiário(a).

Nas hipóteses em que a mãe falecer no parto ou durante o período que teria direito ao recebimento do salário-maternidade, entendemos que o pai ou o próprio filho podem buscar o recebimento da prestação. Embora o benefício seja pago à mãe, o destinatário final dessa proteção previdenciária é a criança ou o nascituro, que por disposição constitucional tem direito à proteção familiar, social e estatal, sendo que o salário maternidade é devido à segurada justamente para que ela possa prestar a assistência necessária a esse filho em seus primeiros meses de vida.

Ou seja, o salário-maternidade visa à proteção tanto da mãe quanto do seu filho, tendo em vista o disposto no art. 6º da CF/88 que prevê expressamente a proteção à maternidade e a infância.

1.7 A perspectiva previdenciária da proteção à maternidade

A nossa Constituição Federal destinou à Previdência Social o dever de arcar com a mais importante prerrogativa social conferida à mulher trabalhadora: o salário-maternidade, isto é, o salário integral da empregada durante o período de 120 dias em que estiver afastada do trabalho pelo nascimento de seu filho.

Referido benefício está previsto na Seção V – “Dos Benefícios”, Subseção VII, da Lei nº 8.213/91, que trata dos Planos de Benefícios da Previdência Social, da seguinte forma:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Por sua vez, o artigo 72 deixa claro que o pagamento do salário maternidade deve ser compensado pela Previdência Social:

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral.

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

O Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99) estabelece:

Art. 93. O salário-maternidade é devido à segurada da previdência social, durante cento e vinte dias, com início vinte e oito dias antes e término noventa e um dias depois do parto, podendo ser prorrogado na forma prevista no § 3º.

Art. 94. O salário-maternidade para a segurada empregada consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral e será pago pela empresa, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física

que lhe preste serviço, devendo aplicar-se à renda mensal do benefício o disposto no art. 198.

Art. 97. O salário-maternidade da empregada será devido pela previdência social enquanto existir a relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa.

O inciso II, do artigo 131 da Consolidação das Leis do Trabalho também determina que o salário-maternidade será pago pela Previdência Social:

Art. 131 – [...]

II – durante o licenciamento compulsório da empregada por motivo de maternidade ou aborto, observados os requisitos para percepção do salário-maternidade custeado pela Previdência Social.

A Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98, estabelece no seu artigo 201, inciso II que a previdência social atenderá a proteção à maternidade, *in verbis*:

Art. 201. **A previdência social** será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, **e atenderá, nos termos da lei, a:**

II – **proteção à maternidade**, especialmente à gestante;

Da análise das normas conclui-se que o sujeito passivo da obrigação de pagar o salário maternidade é o INSS, sendo o empregador simples agente pagador que adianta à trabalhadora o valor de seu salário, efetuando posteriormente a compensação quando do recolhimento de suas contribuições ao INSS.

Em vista disso, no nosso entendimento, o salário-maternidade não se harmoniza na definição de remuneração, por não ter a natureza contraprestação de atividade laboral, trata-se na verdade de benefício de natureza previdenciária (NÃO..., 2012, p. 1).

Assim, o salário-maternidade, em princípio foi estabelecido como uma forma de garantir a proteção ao mercado de trabalho da mulher, propiciando a ela poder usufruir o direito à maternidade, bem como possibilitando sua presença nos primeiros meses de vida da criança.

2 AS NOVAS FORMAS DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR E A PROTEÇÃO À MATERNIDADE

O segundo capítulo versa sobre o conceito de família na Constituição Federal e no Estatuto das Famílias, bem como aborda as atuais formas de constituição familiar.

Além disso, apresenta a tendência jurisprudencial na concessão da proteção à maternidade frente as novas formas de constituição de família e a prospecção do futuro legislativo de proteção à maternidade e as novas formas de constituição das famílias.

2.1 Conceito de família na Constituição Federal

Segundo Izabela Yassue (2010), a Constituição Federal de 1988 positivou aquilo que já existia, ampliando o conceito de família, e protegendo de forma igualitária todos os seus membros. Podemos dizer que essa constituição reconheceu a evolução da sociedade e o inegável fenômeno social das relações de fato.

Os princípios constitucionais do Direito de Família trouxeram significativa evolução ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente por reconhecer o pluralismo familiar existente no plano fático, em virtude das novas espécies de família que se constituíram ao longo do tempo.

A nova perspectiva do Direito de Família “Civil-Constitucional” engloba valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF); isonomia, ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e o tratamento jurídico igualitário dos filhos (artigo 5º, I da CF); a solidariedade social (artigo 3º, I da CF); e a afetividade que, nesse contexto, ganha dimensão jurídica.

De acordo com Yassue (apud DINIZ, 2005), o moderno direito de família, marcado por grandes mudanças e inovações, rege-se por princípios, tais como o Princípio da “*ratio*” do matrimônio e da união estável, segundo o qual o fundamento básico da vida conjugal é a afeição e a necessidade de completa comunhão de vida; o Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, no que atina aos seus direitos e deveres; o Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art. 227, § 6º, e CC, arts. 1.596 a 1.629); o Princípio da pluralidade familiar, uma vez que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental); o Princípio da consagração do poder familiar (CC, arts. 1.630 a 1.638), substituindo o marital e o paterno, no seio da família; o Princípio da liberdade, fundado no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável; e o Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, que constitui base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227).

Com base no artigo 226, § 3º a Constituição Federal de 1988 representou uma inovação na forma de se compreender uma constituição familiar, agora não necessariamente proveniente de um casamento formal, mas fruto de uma “união estável”, entre um homem e uma mulher, como entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. A Lei Maior também menciona a possibilidade de a família ser constituída por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, § 4º), reafirma a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (artigo 226, § 5º) e estabelece o tratamento igualitário dos filhos, sem qualquer designação discriminatória.

2.2 Conceito de família no Estatuto das Famílias

Para compreender melhor o conceito de família no Estatuto das Famílias, primeiramente esclarece-se que esse é um projeto de lei que tramita (ainda está sendo analisado) na Câmara dos Deputados. O texto desse projeto tenta definir o que pode ser considerado uma família no Brasil. Ou seja, estabelece (cria) regras jurídicas para que tipo de grupo de pessoas possa ser chamado de família.

Segundo Instituto Brasileiro de Direito de Família, a legislação atual está ultrapassada e defasada em relação à realidade da família que hoje deixou de ser essencialmente um núcleo econômico para dar lugar à livre manifestação do afeto.

As fontes do Direito de Família como a doutrina e os princípios são avançadas, mas as regras jurídicas ficaram ultrapassadas. Embora o Código Civil seja de 2002, ele traduz concepções morais da década de 1960. Daí a necessidade de adequar essas regras às novas formatações de família que não são protegidas pela legislação atual, afirma.

Esse projeto também se faz necessário, pois a Constituição de 1988 já tem uma definição do que é uma família, no entanto, ela diz que uma família é o resultado da união entre um homem e uma mulher ou um dos pais e seus filhos. Assim, o projeto de lei serviria para criar regras mais claras para isso.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que pessoas do mesmo sexo também podem se unir juridicamente, com os mesmos direitos e deveres dos outros casais. Na prática, os casais homossexuais agora podem se casar no cartório por causa dessa decisão. O Estatuto da Família é, na verdade, uma tentativa de reagir a isso e definir em lei que tipo de família poderá ter acesso a direitos como pensão, INSS e licença-maternidade.

O STF serve justamente para interpretar questões difíceis, que não têm solução óbvia e tomar uma decisão respeitando os princípios da nossa Constituição. Nesse caso, mesmo que o texto da Constituição diga que a família é formada por homem e mulher, o que vale é a decisão do STF dizendo que casais de pessoas do mesmo sexo podem se casar.

2.3 As atuais formas de constituição familiar

Conforme Maria Berenice Dias (2015), nos dias de hoje, o elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns,

gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento.

A família já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento da reprodução assistida fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse de balizar o conceito de família. Caiu o mito da virgindade e sexo - até pelas mulheres - se pratica fora e antes do casamento. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade, até porque relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento constitucional.

O pluralismo das relações familiares ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.

A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como família marginal, ilegítima, espúria, impura, adúltera, informal, não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório e estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não mais se admite qualquer adjetivação.

Sempre que se pensa em família ainda vem à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento, com o dever de gerar filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que seu conceito se pluralizou. No dizer de Michele Perrot, despontam novos modelos de família, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo (apud DIAS, 2012).

As mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziram reflexos nas relações jurídico-familiares. Ainda que continue a família a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação em seu conceito. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.

Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, ele Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem.

2.3.1 Tradicional

Uma família tradicional é normalmente formada pelo pai e mãe, unidos por matrimônio ou união de fato, e por um ou mais filhos, compondo uma família nuclear ou elementar, no entanto essa não pode mais ser considerada a família atual.

A família é considerada uma instituição responsável por promover a educação dos filhos e influenciar o comportamento dos mesmos no meio social. O papel da família no desenvolvimento de cada indivíduo é de fundamental importância, pois, é no seio familiar que são transmitidos os valores morais e sociais que servirão de base para o processo de socialização da criança, bem como as tradições e os costumes perpetuados através de gerações.

O ambiente familiar é um local onde deve existir harmonia, afetos, proteção e todo o tipo de apoio necessário na resolução de conflitos ou problemas de algum dos membros. As relações de confiança, segurança, conforto e bem-estar proporcionam a unidade familiar (O QUE...,2015).

2.3.2 Monoparental

Na sociedade contemporânea, as famílias monoparentais são um modelo cada vez mais frequente, tanto a partir de um divórcio, como diante do desejo de ter filhos, mesmo sem estar em um casamento.

Os modelos de família na sociedade contemporânea estão mudando. Tanto é assim, que a estrutura familiar tradicional vai cedendo passo a uma diversidade de tipos de família, entre os quais, a família monoparental é um dos que mais cresceu, nos últimos tempos. Seja como produto de um divórcio ou como uma escolha de vida, diante da decisão de ter filhos sem formar um casal, as famílias monoparentais são uma realidade, que apresenta sua problemática particular.

Uma família monoparental nada mais é do que uma família formada por um só pai ou chefe de família. Com mais frequência se trata de mães que ficaram sós no cuidado dos seus filhos depois de um divórcio. Entretanto, também há pais nessa situação.

Em outros casos, as famílias monoparentais se constituem a partir de um homem ou mulher, que não deseja sacrificar seu desejo de paternidade ou maternidade, pelo fato de não ter formado um casal. Nesse caso, recorrem à adoção ou às técnicas de fertilização assistida (O QUE...,2015).

Conforme Maria Berenice Dias (2005), a Constituição, ao esgarçar o conceito de família, elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 § 4). O enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, subtrai a conotação de natureza sexual do conceito de família. Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar.

De forma injustificável, o legislador omitiu-se em regular seus direitos, que acabaram alijados do Código Civil, apesar de esta ser a realidade de um terço das famílias brasileiras.

2.3.3 Homoafetiva

Conforme Maria Berenice Dias (2010, p.1), a tendência de engessamento dos vínculos afetivos sempre existiu, variando segundo valores culturais e, principalmente, influências religiosas dominantes em cada época. No mundo ocidental, tanto o Estado como a Igreja buscaram limitar o exercício da sexualidade ao casamento.

A sacralização do casamento e a tentativa de sua manutenção como única estrutura de convívio lícita e digna de aceitação fez com que os relacionamentos chamados de marginais ou ilegítimos. Por fugirem do molde legal seus atores não são reconhecidos, sujeitando-se a severas sanções.

Os vínculos afetivos extramatrimoniais, por não serem admitidos como família, eram condenados à invisibilidade. Ainda assim, existiam. Chamada a Justiça para resolver as questões de ordem patrimonial, identifica uma relação de natureza trabalhista, e só se via labor onde existia amor. Depois, a jurisprudência passou a permitir a partilhar do patrimônio, considerando uma sociedade de fato o que nada mais era do que uma sociedade de afeto. Mas as ações eram julgadas nas varas cíveis e segundo o Direito das Obrigações.

Mesmo inexistindo qualquer diferença estrutural com os relacionamentos oficializados, a sistemática negativa de estender a estes novos arranjos os regramentos do direito familiar, nem ao menos por analogia, mostra a tentativa de preservação da instituição da família dentro dos padrões convencionais.

No entanto, a Constituição Federal tem como regra maior o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), que serve de norte ao sistema jurídico. Os princípios da igualdade e da liberdade estão consagrados já no seu preâmbulo. O artigo 5º da Carta Constitucional, ao elencar os direitos e garantias fundamentais,

proclama: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Garante o mesmo dispositivo, de modo expresso, o direito à liberdade e à igualdade (DIAS, 2012).

As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta afetiva no que respeita à inclinação sexual. A discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual. Rejeitar a existência de uniões homossexuais é afastar o princípio insculpido no inc. IV do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou de que tipo. A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições, configurando afronta à liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano.

O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluído entre os direitos de personalidade, no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. Acresce ainda lembrar que a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada é a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo um atributo inerente e inegável da pessoa humana.

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais e acaba por causar sentimento de rejeição e sofrimentos. A orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação de discriminação à homossexualidade.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não-previstas expressamente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo

do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas.

Em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, deve o juiz cumprir com sua função de dizer o Direito, atendendo à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, precisa valer-se da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. Nada justifica tais uniões a modo de impedir que essas sejam definidas como família.

2.3.4 Adotiva

Conforme Maria Berenice Dias (2012), ninguém duvida que é necessário fazer algo diante de um dos maiores problemas sociais brasileiro: as milhares crianças e adolescentes que se encontram em abrigos, à espera de um lar. Quando os pais não assumem ou foram afastados dos encargos decorrentes do poder familiar, a responsabilidade para com este enorme contingente de cidadãos do amanhã precisa ser assumido por todos.

É absolutamente equivocado o prestígio que se empresta à família natural, quando se busca manter, a qualquer preço, o vínculo biológico, na vã tentativa de manter os filhos sob a guarda dos pais ou dos parentes que constituem a chamada família estendida. Essas infrutíferas tentativas fazem com que as crianças, ao serem rejeitados por seus pais e parentes, acumulem sucessivas perdas e terrível sentimento de abandono que trazem severas sequelas psicológicas. Somente depois de vencida esta etapa é que tem início a ação de destituição do poder familiar. Finalizado o processo, que por vezes demora anos, é que finalmente ocorre a inscrição no cadastro da adoção, permanecendo a criança institucionalizada às vezes por muitos anos.

Neste percurso ela perde a sua infância, período mais significativo para o sadio desenvolvimento e a construção da própria identidade. Ela cresce e

geralmente perde a possibilidade de ser adotada, pois o interesse dos candidatos à adoção é por crianças pequenas. Por isso, é necessário que se priorize o interesse de quem tem o constitucional direito de ser protegido e amado, e não os pretensos direito de pais e familiares que não souberam ou não quiseram assumir os deveres parentais. Afinal, não é o elo biológico que merece ser preservado, e sim os vínculos afetivos que precisam ser assegurados a quem tem o direito de ser amado como filho.

A adoção se caracteriza como uma possibilidade de criar uma família, sem os vínculos consanguíneos, mas fundada em laços afetivos. No entanto, as representações de família presentes no imaginário social fundamentam-se nos laços consanguíneos. A maioria das pessoas atribui a eles um grande poder, considerando-os indissolúveis, por serem os “verdadeiros laços naturais” (DIAS, 2012).

As famílias adotivas, aos poucos, vêm adquirindo visibilidade, saindo da clandestinidade a que haviam sido relegadas, sufocadas que estavam pelo estigma dos mitos e preconceitos arraigados no imaginário popular. Os esforços conjuntos da sociedade em geral e os muitos exemplos de adoções bem-sucedidas de que se tem notícia ultimamente têm contribuído neste sentido (SCHETTINI; AMAZONAS; DIAS, 2006).

Assim, a adoção se tornou um meio de constituição familiar, no qual muitos casais realizam o sonho de tornarem-se pais, e essas crianças desamparadas realizam o sonho de ter uma família.

2.4 A tendência jurisprudencial na concessão da proteção à maternidade frente às novas formas de constituição de família

Conforme Renata Olandim Reis e Lívia Mendes Moreira Miraglia (2012) diante dos novos modelos de constituição das famílias contemporâneas, surge a necessidade de se adequar os direitos trabalhistas de licença-maternidade e salário

maternidade a atual realidade da família brasileira. Neste sentido, propõe-se o emprego da analogia para a interpretação e aplicação da legislação que trata de tais

institutos trabalhistas, de modo a ultrapassar a letra fria da lei e efetivar seu real significado de proteção às crianças e às famílias brasileiras.

Tanto a Constituição da República, quanto a Consolidação das Leis do Trabalho, com o intuito de resguardar a proteção às crianças e suas respectivas famílias, determina o direito à licença-maternidade, e a não interrupção de salário, às empregadas gestantes ou às empregadas que adotarem ou obtiverem guarda legal para fins de adoção de crianças, sendo cabíveis aos empregados homens, segundo os supracitados diplomas legais, licença paternidade pelo período de 20 dias, conforme artigo 38 da Lei 13.257/16.

Tais preceitos não condizem com as diversas conjunturas familiares existentes na atualidade, por não abarcarem as hipóteses de estruturas familiares formadas unicamente por homens que, seja atuando como pais solteiros, seja atuando em parceria com um companheiro, possuem tanta responsabilidade e necessidade de estarem com seus filhos, biológicos ou adotados, quanto uma mulher teria.

Ao elencar os direitos e garantias fundamentais, o art. 5º da Constituição da República preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto, ao garantir os supra referidos benefícios trabalhistas somente aos empregados do sexo feminino, diante de inúmeros casos em que é possível que empregados homens estejam em situações análogas às vivenciadas pelas trabalhadoras mães, biológicas ou adotivas, está a legislação brasileira confrontando princípios basilares do Estado Democrático de Direito, uma vez que dispõe o sexo do trabalhador como mais importante que a proteção à criança e à família. Deste modo, está a legislação pátria tratando homens e mulheres de maneira desigual, sem que haja, entretanto, fundamento para tal diferenciação, uma vez que tal discriminação não gera a efetivação da igualdade entre os trabalhadores.

Ainda, mais do que tratar de forma preconceituosa e discriminatória os homens que se encontram na condição de pais, ausentes da figura materna, a interpretação restrita e literal de tais preceitos vigentes trata com desigualdade, também, as crianças que se encontram sob a guarda unicamente masculina,

contrariando o real intuito da legislação, ou seja, resguardar o interesse social de que o novo ser humano alcance desenvolvimento pleno e satisfatório sob os aspectos físicos e psicológicos, contribuindo para sua formação saudável e plena.

Desse modo, em tais casos, ao se aplicar a regra dos vinte dias para a licença paternidade, estamos permitindo, na realidade, tratamento diverso a pessoas que se encontram na mesma situação, qual seja, a de buscar promover para seus filhos uma melhor adaptação e convívio familiar. Ainda que, para o Direito do Trabalho, não faça desigualdade de tratamento entre homens e mulheres em alguns casos específicos, de modo a conferir igualdade de condições no plano fático, não há nenhum fundamento constitucional capaz de corroborar tal discrepância existente entre o período de tempo concedido na licença-maternidade e na licença-paternidade, quando a família se encontra ausente da figura materna. Pelo contrário, ao não se conceder iguais condições ao trabalhador que acaba de se tornar pai, está-se contrariando preceitos basilares contidos na Constituição da República, além de negligenciar e discriminar a criança que somente possuem figuras paternas.

Desde o advento da Constituição da República de 1988, o conceito de família vem evoluindo, não mais se confundindo com o conceito de casamento, sendo a família contemporânea constituída não somente por laços biológicos, mas também pela afetividade ou afinidade.

Atualmente, é bastante comum na sociedade a existência de famílias não convencionais, como as famílias monoparentais, compostas somente por uma figura materna/paterna e seu(s) filho(s), e as famílias homoafetivas, compostas por um casal homossexual, seja de homens ou mulheres, que exercem, ambos, a função de pais/mães.

Dentre esses novos modelos familiares, encontram-se os que são ausentes das tradicionais figuras maternas, mas, ainda assim, são considerados pela doutrina e pela jurisprudência como legítimas instituições detentoras do status de entidade familiar e do poder paternal sendo, portanto, merecedoras da tutela jurídica dispensada às famílias, uma vez serem tais instituições, conforme a Constituição da

República, bases da sociedade brasileira, consoante prevê o art. 226 que dispõe que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Acerca do artigo constitucional supra, Dias:

A norma (CF 226) é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer a tutela legal. (DIAS, 2009, p. 382).

Desse modo, conclui-se que deve ser um dos fins últimos das famílias (e, aqui, incluídas também as monoparentais e as compostas por casais homossexuais, conforme já explicitado) do Estado e de toda a sociedade, a proteção da criança e do adolescente e a superveniência de seus interesses acima de todos os outros.

Assim sendo, mais do que razoável, é veementemente necessária a adequação dos direitos trabalhistas de licença-maternidade e salário-maternidade à realidade fática da atual família brasileira, superando a visão estritamente biológica dos laços parentais, e ampliando-se os direitos do trabalhador do sexo masculino quando, devido aos seus deveres paternos, estes lhe forem imprescindíveis para a proteção, cuidado e adaptação da criança e adolescente sob sua tutela.

2.5 A prospecção do futuro legislativo de proteção à maternidade e as novas formas de constituição das famílias

Atualmente a nossa legislação vem se adequando as novas formas de constituição familiar. Os avanços cabem ser mensurados não só na órbita do Judiciário, mas também no âmbito do Legislativo, que, de um modo geral, acaba transformando em lei o que a justiça já vinha reconhecendo ao solver os conflitos que lhe batem à porta.

As mudanças sociais são primeiro percebidas pelo juiz, porquanto é ele que tem o compromisso de dar uma resposta aos anseios de uma sociedade sempre em

mutação, o que deixa brechas na legislação que tem dificuldade de acompanhar a evolução social. Como a falta de lei não significa ausência de direito, cabe ao Poder Judiciário completar esses vazios. Porém, não basta ao juiz utilizar as ferramentas disponibilizadas, como a analogia e os princípios gerais do direito. A única forma de dar uma resposta satisfatória às situações ainda não contempladas na lei é fazer uso da sensibilidade sem ter medo de fazer justiça.

Cristalizadas as decisões, a jurisprudência acaba adquirindo força normativa e outra não é a saída do legislador senão proclamar os direitos reconhecidos no âmbito do Judiciário. A legislação fruto das decisões de magistrados independentes e atentos é a melhor resposta do direito para garantir a justiça. As leis editadas neste ano têm estas características que defere a guarda compartilhada e assegura alimentos gravídicos. Também significativos os avanços da jurisprudência quanto às uniões homoafetivas, sinalizando a necessidade de o legislador romper a barreira do preconceito, uma vez que o STJ acolheu a possibilidade jurídica de serem apreciadas no âmbito do Direito das Famílias.

A Constituição Federal assegura licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias (CF, art. 7º, inc. XVIII). Tal licença pode inclusive ser prorrogada por mais 60 dias (Lei 11.770/ 2008). Ainda que seja feita referência seja à gestante, o direito não é um benefício a ela. Trata-se de direito concedido a favor do filho para que receba cuidados especiais no começo de sua vida. Cabe atentar que a própria Constituição consagra o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes, assegurando-lhes, com prioridade absoluta, o direito à vida (CF, art. 227).

Ainda que normalmente a licença seja concedida à mãe, quando ela não pode assumir o cuidado do filho - quer porque faleceu, quer por estar incapacitada, ou ainda quando a criança é adotada por um homem, possibilidade que existe na lei - indispensável que o benefício seja concedido a quem exerce as funções de maternagem. Para isso sequer é necessário alteração constitucional ou legal. Basta atentar ao princípio da igualdade. Afinal, mesmo sem mãe, o recém-nascido faz jus aos mesmos cuidados.

Uma recente inovação é em relação à mãe que teve parto prematuro que é aquele que ocorre antes de 36 semanas e 6 dias de gestação – no entanto, costuma postergar o início da relação entre a mãe e seu bebê, pois é comum que o recém nascido apresente algum tipo de complicação médica e demande internação, comumente em Unidade de Terapia Intensiva (UTI). Não raro, bebês prematuros passam meses internados, período extremamente tortuoso para os pais, em especial para a mãe.

Conforme ilustra Ozi Venturini (2016), advogado, não há previsão expressa na legislação que permita à mãe que teve parto prematuro estender sua licença -maternidade pelo período da internação. Para preencher essa lacuna, encontra -se em estágio final de tramitação a Proposta de Emenda à Constituição 99/2015, que altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal:

Art. 1º O inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º, XVIII –licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias, estendendo-se a licença-maternidade, em caso de nascimento prematuro, à quantidade de dias de internação do recém nascido, não podendo a licença exceder a duzentos e quarenta dias.” (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Ora, o escopo da licença maternidade é garantir um período exclusivo de contato do filho com a mãe. Infelizmente, por motivos de força maior, o parto prematuro priva a mãe e o recém nascido desse contato, pois o bebê finalizará sua completa formação fisiológica internado, com a ajuda de aparelhos médicos. Por essa razão, o suporte fático da licença maternidade somente ocorre na data em que o bebê recebe alta e pode, finalmente, estabelecer o vínculo com sua mãe.

Outra importante questão, é ressaltar a licença maternidade em caso de bebe natimorto que seria o feto que morreu dentro do útero ou durante o parto, mesmo parindo um bebê natimorto, tem direito à licença maternidade de 120 (cento e vinte dias) e à estabilidade de 5 (cinco) meses.

Ainda, importante mencionar que o “natimorto” é diferente de “aborto”. O “aborto natural” é a interrupção do desenvolvimento do feto, durante a gravidez, desde que a gestação ainda não tenha chegado a vinte e duas semanas.

Considerando que tal distinção é bastante difícil, destaque-se que o ponto crucial para distinguir o aborto do nascimento sem vida é a duração da gestação, uma vez que o INSS considera aborto o evento ocorrido antes do sexto mês (vigésima terceira semana) da gestação e parto sem vida, se ocorrer a partir de então.

Destaque-se que a gestante somente tem direito à licença maternidade e à estabilidade, quando se trata de bebê natimorto, ou seja, inexistente tal direito na hipótese de aborto.

Todavia, se o aborto ocorrer de forma não criminosa, a empregada fará jus ao descanso de duas semanas (art. 395 da CLT) e salário-maternidade de duas semanas (art. 93, § 5º, do Decreto nº 3.048/99 – Regulamento da Previdência Social).

Da mesma forma ocorre quando o bebê nasce e falece antes do término do período de estabilidade. Isto porque, o fato da criança ter nascido com vida não elide a pretensão da licença maternidade e a estabilidade, conforme disposto no artigo 392 da CLT e lei previdenciária.

Ainda, dispõe o artigo 343, § 1º, da Instrução Normativa do INSS nº 77, de 21/01/2015, que:

§ 1º Considera-se fato gerador do salário-maternidade, o parto, inclusive do natimorto, o aborto não criminoso, a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção.

Em recentes julgados, a 5ª e 2ª Turma do C. TST, assim se pronunciaram:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ESTABILIDADE À GESTANTE. NATIMORTO. Conforme

entendimento jurisprudencial pacificado nesta Corte Superior, o direito da empregada gestante à estabilidade provisória está assegurado no artigo 10, II, „b”, do ADCT, independentemente da recusa da reclamante ao retornar ao emprego e/ou do desconhecimento do estado gravídico pelo empregador. Ademais, o fato de ter havido parto prematuro de uma criança morta (natimorto) não exclui o direito pleiteado, pois esse tipo de parto não pode ser confundido com aborto. Precedentes. Desprovido (AIRR - 229-65.2015.5.03.0182, Relator Ministro Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 03/02/2016, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/02/2016).

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA „B”, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PARTO DE FETO NATIMORTO. Conforme o artigo 10, inciso II, alínea „b”, do ADCT, não se admite a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. No caso concreto, extrai-se da fundamentação do acórdão regional que a concepção ocorreu durante o contrato de trabalho, de acordo com o documento dos autos. Conforme se observa da garantia assegurada no artigo 10, inciso II, alínea „b”, do ADCT, o constituinte impôs apenas uma condição para o reconhecimento da estabilidade provisória, que a concepção da gravidez tenha ocorrido no curso do contrato de trabalho. Ou seja, não há, no Texto Constitucional, limitação quanto ao reconhecimento da estabilidade provisória da gestante nos casos em que ocorra o feto tenha nascido sem vida. Não se mostra razoável limitar o alcance temporal de um direito da trabalhadora, sem fundamento legal ou constitucional razoável para tanto. Com efeito, a decisão regional, segundo a qual a reclamante faz jus à estabilidade provisória no emprego, mesmo em caso de nascimento de feto natimorto, não afronta a literalidade do artigo 10, inciso II, alínea „b”, do Ato das

Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Recurso de revista conhecido e não provido (RR - 106300-93.2005.5.04.0027, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25/03/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015).

Portanto, é pacífico o entendimento no sentido de que o parto da trabalhadora gestante realizado após a 23ª semana ou 6º mês, gera direito a obreira do gozo da licença maternidade de 120 (cento e vinte dias) e da estabilidade no emprego de 5 (cinco) meses, sendo que, no caso da não concessão, deverá a empregadora converter em indenização.

Já a licença maternidade para as mães de gêmeos, de prematuro ou cujo filho seja portador de doença ou malformação grave que demande maior atenção que a normalmente dispensada ao recém-nascido em circunstâncias normais a

Lei 2.932/08, de autoria do Senado aumenta a licença-maternidade de 120 para 180 dias (POMPEU, 2010).

Em matéria publicada em 2014 pelo jornalista Guilherme Faria, o jornal Estadão publica que no Brasil já ocorreu a divisão da licença maternidade entre um casal homossexual, como o caso de Glébia Bulcão que em 2013, decidiu que era hora de realizar o sonho de ser mãe. Após consultas com três médicos para avaliar a possibilidade de fazer um tratamento de inseminação artificial, recebeu a notícia de que poderia ter problemas nos rins caso engravidasse. A saída recomendada pelos médicos foi implantar seus óvulos em sua mulher, Karin Bulcão. O procedimento deu certo e, em fevereiro deste ano, ela deu à luz a duas meninas. Poucos dias antes do parto, as duas analistas de sistema receberam licença-maternidade de sete meses.

Conduzido pelo setor de Diversidade do banco, o processo para obter a licença-maternidade dupla das funcionárias é uma das séries de ações que a empresa realiza em prol de seus servidores LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros). Esses princípios ainda são raridade, já que poucas companhias adotam práticas voltadas para seus colaboradores homossexuais.

Mesmo sem ter condições de conceber as gêmeas, Glébia fez tratamento para amamentá-las. Por isso, o casal avaliou que pediria a licença dupla, mesmo receosas de poderem causar problemas com a empresa pelo pedido de afastamento. Inicialmente, elas procuraram o departamento de Recursos Humanos, que não soube lidar com a questão e encaminhou o caso para o setor de Diversidade da instituição. O INSS aprova. Depois de realizar pesquisa a respeito dos trâmites legais e apurar como foram os procedimentos em outros casos semelhantes.

O casal conseguiu seis meses de licença-maternidade e um mês de férias e as duas puderam se dedicar ao nascimento das gêmeas, que ocorreu quatro dias depois do início do afastamento.

Mesmo sem as leis existentes que amparam a maternidade citarem os casais homoafetivos o jurista e especialista em direito do trabalho Rafael de Oliveira, afirma que os ganhos de causa para esses profissionais vêm aumentando, o que cria uma jurisprudência favorável a quem entra com ações desse tipo. “Tudo isso vai de acordo com o princípio constitucional da igualdade, e pensar de forma contrária seria discriminatório”, pondera o advogado. Ele afirma que os pareceres vêm mudando desde que a nova lei de adoção foi aprovada, em 2009.

Entende-se que outro benefício a mãe e ao nascituro, seria a adequação da licença maternidade de 120 para 180 dias como regra geral, não apenas as funcionários públicas e empresas que adotam o programa Empresa Cidadã, mas a todas as gestantes, seja qual for a sua categoria empregatícia. Essa adequação traria muitos benefícios aos bebês, pois segundo A Sociedade Brasileira de Pediatria os bebês que ficam seis meses ao lado da mãe têm reduzidas as chances de contrair pneumonia, desenvolver anemia e padecer com crises de diarreia. Segundo a Sociedade, o Brasil investe milhões ao ano para atender a crianças com doenças que poderiam ser evitadas, caso a amamentação regular tivesse acontecido durante esses primeiros meses de vida.

CONCLUSÃO

Por questões culturais o nosso sistema capitalista deixou nas mãos das mulheres a responsabilidade pelos deveres familiares, e conseqüentemente são as mulheres que mais têm problemas para conciliar as responsabilidades familiares e a vida profissional.

O problema de conciliar a vida profissional e a vida familiar sempre foi determinante ao estabelecer a igualdade entre homens e mulheres, a partir do momento em que as diferenças por razão de sexo são o reflexo da diferenciação dos papéis no seio da família, pois somente as mulheres carregam a carga da reprodução, e assim conseqüentemente o mercado de trabalho, atribui à essas o argumento de que são mais caras e arriscadas, uma vez que podem ficar grávidas.

No entanto, os anos se passaram e esse conceito mudou, uma vez que, hoje as mulheres adquiriram direitos que antes não tinham como o da licença maternidade que tornou uma garantia empregatícia para a mesma, já que é amparada pela estabilidade provisória.

Biologicamente, tanto o pai como a mãe tem as mesmas condições para educar e criar os filhos, sendo que até mesmo a fase da lactância pode ser realizada por ambos, com leite materno ou animal. Além disso, é possível afirmar que não somente as mães são capazes de sentir esse instinto maternal natural, mas também pais e terceiros.

A família contemporânea, diferentemente da época do advento da Constituição da República de 1988 (na qual o conceito de família se confundia com o conceito de casamento) é constituída, além dos laços biológicos (e não somente pelos mesmos), pela afetividade e afinidade. Os conservadores e tradicionais padrões que consideravam incluídos no conceito de família somente os grupos sociais possuidores de uma figura paterna, do sexo masculino, e uma figura materna, do sexo feminino, foram declinados pelos novos tipos de famílias, que trouxeram diversas inovações em seu modo de constituição e organização.

Hoje é muito comum na sociedade atual a ocorrência de famílias não convencionais, como as famílias homoafetivas (compostas por um casal homossexual, de homens ou de mulheres, que exercem, ambos, a função de pais/mães), as famílias monoparentais (compostas somente por uma figura paterna/materna e seus (s) filho (s)).

Com relação ao surgimento dos novos formatos de família, a evolução dos costumes, a emancipação da mulher, e o surgimento de métodos contraceptivos levaram à reformulação da estrutura da família, rompendo os paradigmas em que a família era identificada pelo casamento, sendo que as tanto as uniões homoafetivas quanto os relacionamentos em que há comprometimento mútuo merecem ser chamados de família, independentemente do número ou do sexo de seus integrantes.

Os novos tipos familiares, mesmo não possuindo a figura materna, são considerados pela doutrina e pela jurisprudência como legítimas instituições detentoras do status de entidade familiar e do poder paternal, e por isso, dignas da tutela jurídica dispensada as famílias, pois a família é a base da sociedade, e tem especial proteção do Estado (art. 226, CF).

Conforme a Constituição Federal em seu artigo 226 não é admissível a exclusão de qualquer entidade que preencha os requisitos de estabilidade, ostensividade e afetividade. Há relacionamentos que mesmo sem a diversidade de sexo atendem tais requisitos, e por isso devem ser reconhecidos. A origem está no

vínculo afetivo, devendo esses relacionamentos ser identificados como entidade familiar e possuir a tutela legal.

Assim, mesmo diante de tanta diversidade encontrada nas famílias brasileiras não podemos diferenciá-las, seja por laços sanguíneos ou afetivos, todas possuem os mesmos direitos, especialmente no que se refere à criar e amar seus filhos sob as mesmas condições da família tradicional, conforme aduz o princípio da igualdade, no qual todos somos iguais perante a lei.

Desta forma, estar-se-á protegendo não somente a entidade familiar seja ela tradicional ou não, mas garantindo o melhor interesse da criança, podendo esta receber todo o afeto, cuidado e educação que lhe é assegurado.

REFERÊNCIAS

ADVOGADOS, Veloso de Melo. **Os prós e contras dos 180 dias da licença-maternidade**. Disponível em:

<<http://velosodemelo.jusbrasil.com.br/noticias/100033852/os-pros-e-contras-dos-180-dias-da-licenca-maternidade/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

ALVARENGA, Rubia Zatonelli de. **O Salário Maternidade no Regime Geral de Previdência Social**. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,o-salario-maternidade-no-regime-geral-de-previdencia-social,26063.html>>. Acesso em: 06 out. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 6024**: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6027**: informação e documentação: sumário: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6028**: informação e documentação: resumo: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 10520**: informação e documentação: citação de documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. 2. ed. Rio de Janeiro, 2005.

BOLGHERONI, Fernanda. **Novos conceitos de família e as licenças maternidade/paternidade**. Disponível em:

<<http://feb.jusbrasil.com.br/artigos/140502216/novos-conceitos-de-familia-e-as-licencas-maternidade-paternidade>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. **Consolidação das Leis Trabalhistas (1943)**. In: ABREU FILHO, Nilson Paim de. Vade Mecum universitário de direito. 12^o ed. Verbo Jurídico, 2016, p. 751-844.

_____. **Código Civil (2002)**. In: ABREU FILHO, Nilson Paim de. Vade Mecum universitário de direito. 12º ed. Verbo Jurídico, 2016. p. 175-339.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Institui o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 13 nov 2016.**

_____. **Lei nº 8069**, de 13 de julho 1990. Institui sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, Disponível em: (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 13 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm). Acesso em: 13 nov. 2016.

CARVALHO, Giovanna. **Ser mãe nos dias de hoje: o lado b da maternidade**. Disponível em <<http://guiadobebe.uol.com.br/ser-mae-nos-dias-de-hoje-o-lado-b-da-maternidade/>>. Acesso em: 1º nov. 2015.

CONGRESSO. **O que é o estatuto de família**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-que-e-o-estatuto-da-familia-6160.html>>. Acesso em: 06 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A família homoafetiva e seus direitos**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/45__a_fam%EDlia_homoafativa_e_seus_direitos.pdf>. Acesso em 30 set. 2016.

_____. **Adoção e o direito constitucional à convivência familiar**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_486\)adocao_e_o_direito_constitucional_a_convivencia_familiar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_486)adocao_e_o_direito_constitucional_a_convivencia_familiar.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2016.

_____. **O modelo de família para a nova sociedade do Século XXI**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/entrevistas.php?codigo=1081&termobusca=>>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. **Licença-maternidade masculina**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_560\)licencamaternidade_masculina__inserir_mariabereniceartigosdireito_das_familias_.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_560)licencamaternidade_masculina__inserir_mariabereniceartigosdireito_das_familias_.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. **Direito das Famílias: alguns ganhos significativos**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_558\)direito_das_familias__alguns_ganhos_significativos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_558)direito_das_familias__alguns_ganhos_significativos.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2016.

FARIA, Guilherme. **Casal de mulheres tem licença-maternidade**. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/radar-do-emprego/2014/11/16/casal-de-mulheres-obtem-licenca-maternidade/>>. Acesso em: 17 out. 2016.

FARIA, Julia Toledo de. **A Maternidade**: a construção de um novo papel na vida da mulher. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos3/maternidade-construcao-papel-vida-mulher/maternidade-construcao-papel-vida-mulher2.shtml>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

FURTADO, Marcyene Lemos Fagundes. **Do salário-maternidade em casos de adoção**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,do-salario-maternidade-em-casos-de-adoacao,48844.html>>. Acesso em: 23 out. 2016.

GRANT, Walkiria Helena. **A maternidade, o trabalho e a mulher**. In: Colóquio do LEPSIIP/FE-USP, 3, 2001, São Paulo.

HRDY, Sarah Blaffer. **Mãe natureza**: uma visão feminina da evolução: maternidade, filhos e seleção natural. Rio de Janeiro. Campos, 2001.

IASCULSKI, Leonardo. **A maternidade durante o séc. XIX**. Disponível em: <<http://focandonahistoria.blogspot.com.br/2013/01/a-maternidade-durante-o-sec-xix.html>>. Acesso em: 1º nov. 2015

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. Disponível em <<http://pt.slideshare.net/ben11111/curso-de-direito-previdencirio-fbio-zambitte-ibrahim-2015>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

LASCULSKI, Leonardo. **A maternidade durante o séc. XIX**. Disponível em: <<http://focandonahistoria.blogspot.com.br/2013/01/a-maternidade-durante-o-sec-xix.html>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: editora forense, 16º edição, 2014. Disponível em: <<http://docs13.minhateca.com.br/858945146,BR,0,0,Manual-de-Direito-Previdenciario----Jo%C3%A3o-Batista-Lazzari---2014.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

MARINS, Sergio Pinto. **Direito Do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAgFAMAC/sergio-pinto-martins-direito-trabalho-2000?part=88>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

MOREIRA GUIMARRÃES PESSOA, Flávia. **Direito fundamental de proteção à maternidade e ampliação da licença-gestante**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5240>. Acesso em: 20 jun. 2016.

MOURA, Solange Maria Sobottka Rolim de; ARAUJO, Maria de Fátima. **A maternidade na história e a história dos cuidados maternos**. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/pcp/v24n1/v24n1a06.pdf>> Acesso em: 20 out. 2015.

MUSSI, Cristiane Miziara. **Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32375/inovacoes-trazidas-pela-lei-n-12-873-2013-ao-salario-maternidade>>. Acesso em: 06 out. 2016.

NÃO incidência da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade. Disponível em: <<http://portaldocantadoresc.blogspot.com.br/2012/03/1803-nao-incidencia-da-contribuicao.html>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

NASRALLAH, Amal. **Não incidência da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade.** Disponível em: <<https://tributarionosbastidores.wordpress.com/2012/03/14/sal-mat/>>. Acesso em: 06 out. 2016.

NEIVERTH, Elisabeth Mônica Hasse Becker; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. **A licença-maternidade e sua ampliação facultativa.** Disponível em: <<file:///C:/Users/USER/Downloads/06-SILVANA.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015

NOLASCO, Lincoln. **Evolução histórica da previdência social no Brasil e no mundo.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11335&revista_caderno=20>. Acesso em: 20 out. 2015.

O QUE é a família monoparental. Disponível em: <<http://br.innatia.com/c-organizacao-familiar/a-o-que-e-a-familia-monoparental-1414.html>>. Acesso em: 06 out. 2016.

PANTALEÃO FERREIRA, Sergio. **Estabilidade da gestante - é a partir da gravidez ou da comunicação à empresa?** Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/gravidez_inicio_estab.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

POMPEU, Carolina. **Seguridade aprova licença maior para mãe de gêmeos ou prematuros.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/146163-SEGURIDADE-APROVA-LICENCA-MAIOR-PARA-MAE-DE-GEMEOS-OU-PREMATUROS.html>>. Acesso em: 17 out. 2016.

REIS, Renata Olandim; MIRAGLIA Livia Mendes Moreira. **Da possibilidade da concessão de licença- maternidade aos pais solteiros e casais homossexuais masculinos.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c215b446bcdf956d>>. Acesso em: 16 out. 2016.

SANTOS, Cleide Siqueira. **Da proteção à maternidade e do salário-maternidade.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-protecao-a-maternidade-e-do-salario-maternidade,51573.html>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

SILVA, Luis Gustavo Freitas da. **Decisão judicial estende licença-maternidade à mãe que teve parto prematuro pela quantidade de dias de internação do recém nascido.** Disponível em:

<[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI233821,41046-
Decisao+judicial+estende+licencamaternidade+a+mae+que+teve+parto](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI233821,41046-Decisao+judicial+estende+licencamaternidade+a+mae+que+teve+parto)>.
Acesso em: 17 out. 2016.

SOLTO, Paulo. **Empregada Doméstica Gestante**. Disponível em:
<[http://direitodomestico.jornaldaparaiba.com.br/pergunta-frequente/empregada-
domestica-gestante-2/](http://direitodomestico.jornaldaparaiba.com.br/pergunta-frequente/empregada-domestica-gestante-2/)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

TREVISAN, Bruno Martins. **Direitos das gestantes – proteção e garantia de emprego**. Disponível em: <[http://informativotrabalhista.com/direitos-das-gestantes-
estabilidade](http://informativotrabalhista.com/direitos-das-gestantes-estabilidade)>. Acesso em: 30 nov. 2015.

TOLEDO DE FARIA, Julia. **A Maternidade**: A Construção de Um Novo Papel Na Vida da Mulher. Disponível em: <[http://br.monografias.com/trabalhos3/maternidade-
construcao-papel-vida-mulher/maternidade-construcao-papel-vida-mulher3.shtml](http://br.monografias.com/trabalhos3/maternidade-construcao-papel-vida-mulher/maternidade-construcao-papel-vida-mulher3.shtml)>.
Acesso em: 20 jun. 2016.

VENTURINI, Ozi. **Trabalhadora gestante que perde o bebê tem direito a licença maternidade e a estabilidade**. Disponível em:
<[https://oziventurini.jusbrasil.com.br/artigos/347885937/trabalhadora-gestante-que-
perde-o-bebe-tem-direito-a-licenca-maternidade-e-a-estabilidade](https://oziventurini.jusbrasil.com.br/artigos/347885937/trabalhadora-gestante-que-perde-o-bebe-tem-direito-a-licenca-maternidade-e-a-estabilidade)>. Acesso em: 17 out. 2016.

YASSUE, Isabela. **A nova perspectiva do Direito de Família “Civil-Constitucional” engloba valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais**. Disponível em:
<[http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-
de-1988](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-de-1988)>. Acesso em: 20 jun. 2016.