

O HOMEM E O DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE. ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E TELEOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, DA DIRETIVA 96/34 DA UNIÃO EUROPEIA E DO CÓDIGO DO TRABALHO DE PORTUGAL

Lucas Cilli Horta¹

Resumo: O trabalho examina algumas hipóteses em que o homem terá direito à licença-maternidade, direito historicamente relacionado às mulheres, em concorrência ou em substituição à mãe. A análise feita em torno dos institutos é principiológica e teleológica, tomando por base a dupla finalidade protetiva: da mãe biológica e do(a) nascituro/criança. São estudadas as seguintes hipóteses: adoção por homem solteiro, casal heterossexual e companheiros em união homoafetiva; abandono, morte e adoecimento da mãe. O trabalho também aborda questões como a evolução do conceito de família, o planejamento familiar e a operacionalização dos direitos em exame.

Palavras-chave: licença-maternidade. homem. pai.

Sumário: Introdução. O Homem e o direito à Licença-Maternidade. Adoção ou guarda judicial para fins de adoção por homem solteiro, casal heterossexual ou companheiros em união estável homoafetiva. Hipóteses em que o pai assume o período de licença-maternidade destinado à mãe em prol da

¹ Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) desde 2010. Servidor público federal no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ocupando a função de Assistente de Juiz. Atualmente, encontra-se cursando especialização lato sensu em direito do trabalho na Universidade de São Paulo (USP).

criança. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO



norma vai além do texto normativo, que representa apenas a redação de uma lei, um artigo, um parágrafo, um inciso ou uma alínea; ao passo que a norma é o resultado de um ou mais textos relacionados entre si e incrementados por princípios, postulados e técnicas hermenêuticas. Enfim, o texto normativo é a matéria-prima e a norma, o produto acabado.

Essa diferenciação é muito importante ao estudo que se inicia, pois nenhum texto normativo prevê de maneira inequívoca e literal ao homem o direito a uma licença equivalente à licença-maternidade. Muito pelo contrário, os textos normativos que serão analisados garantem ao homem uma licença-paternidade extremamente reduzida.

Posto isso, tomando por base a norma – e não o mero texto normativo – o trabalho buscará demonstrar se e em quais hipóteses o homem terá direito à licença-maternidade nos mesmo moldes em que concedida às mulheres.

O HOMEM E O DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE

O legislador constituinte demonstrou nítida preocupação com o aspecto biológico da maternidade, referindo-se à "licença à *gestante*, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de *cento e vinte dias*" (g.n.) - art. 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal (CF) - e à estabilidade da "empregada *gestante*" (g.n.) - art. 10º, inc. II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CF -. Ao homem não foi conferida a estabilidade provisória no emprego, apenas uma licença-paternidade de 5 dias - art. 7º, inc. XIX, da CF e art.

10º, §1º, do ADCT da CF -, período esse extremamente reduzido se comparado à licença de 120 dias da mulher. Como o homem não sofre os efeitos da gestação, não precisa recuperar-se do parto e fica alheio às complicações hormonais, à necessidade de amamentação e a outros eventos exclusivos da mãe biológica, entende este estudo ser plausível, em princípio, criar distinções entre homens e mulheres no que tange à filiação biológica, sem que haja afronta ao princípio da Isonomia insculpido no art. 5º, *caput* e inc. I, da CF.

A mãe biológica, por ter um contato mais intenso com o filho e a ele ter que dedicar-se está mais suscetível de sofrer discriminação no acesso ao mercado de trabalho e na manutenção do emprego do que o pai, suscitando na necessidade de um período de estabilidade e de normas protetivas contra práticas discriminatórias (Lei 9.029/1995 que “proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”). É certo, também, que o pai biológico tem um dever social e afetivo muito importante, porém é inquestionável que o legislador preferiu pautar-se por necessidades e processos mais essenciais que são justamente, entre outros, a gestação e a amamentação. Por isso, optou por conferir à mulher um período de licença mais extenso; pois, mais importante que o afeto e a atenção do pai, comparativamente, seria uma gestação tranquila e a amamentação oferecida pela mãe.

Assim, sempre que a mãe biológica, em prol do nascituro e do recém-nascido, puder gozar da licença e da estabilidade, a ela que deverão ser destinados, exclusivamente, tais direitos. Contudo, pode ocorrer da mãe biológica não conseguir cuidar do recém-nascido, cabendo ao pai essa tarefa (abandono materno, morte, adoecimento da mãe ...), tarefa essa que será hercúlia, tendo em vista a licença reduzida conferida ao homem. Essa será justamente uma das hipóteses analisadas a seguir.

É importante salientar que, justamente por essa preocupação com o evento biológico da gestação nos artigos específicos que tratam dos institutos ora em exame, com o advento da CF de 1988 houve certa celeuma acerca da própria extensão dos direitos examinados aos pais adotivos (em especial à mãe adotiva), pois a gestação mencionada nos textos normativos só ocorre no caso de maternidade biológica. Foi só com as Leis 10.421/2002 e 12.010/2009 que houve extensão dos benefícios da licença-maternidade à mãe adotante. Não obstante, referidas leis, ao não tratarem da hipótese do pai adotante, demonstraram que a preocupação do legislador infraconstitucional foi pautada por uma visão estigmatizada da realidade social brasileira, presumindo que a adoção seria feita por casais heterossexuais ou por mães solteiras e que caberia à mulher, na repartição das tarefas familiares, cuidar do adotado nos seus primeiros meses de adaptação. Alice Monteiro de Barros² pondera que o legislador tomou por base mais as relações domésticas, pressupondo que cabe à mulher cuidar do lar - o que é, diga-se de passagem, uma visão preconceituosa -, do que a própria repartição dos papéis familiares.

É forçoso ressaltar, outrossim, que independentemente de os textos normativos acima mencionados terem indicado uma solução para a questão, a CF de 1988 em seu artigo 6º elencou como Direitos Sociais a proteção “à maternidade e à infância”; demonstrou nítida preocupação também com a maternidade e com a infância em seu art. 203, inc. I; e vedou em seu art. 227, §6º, quaisquer discriminações entre “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção”, garantindo-lhes os mesmos direitos.

Desse modo, pode-se chegar à conclusão que a segunda e talvez mais importante finalidade do instituto ora analisado é voltada para a criança e para o nascituro. Melhor, que a licença

² BARROS, Alice Monteiro de, *Curso de Direito do Trabalho*. 7ed. São Paulo: LTr, 2011., p. 866.

maternidade é concedida preferencialmente à mãe “gestante”, conforme dicção constitucional, também como instrumento de efetivação da proteção destinada ao seu filho em gestação ou já concebido. A dupla finalidade do instituto (mãe biológica e nascituro/criança) pode ser visualizada pelo art. 93-A, §1º, do Decreto 3.048/99, que assim vaticina: “o salário-maternidade é devido à segurada independentemente de a mãe biológica ter recebido o mesmo benefício quando do nascimento da criança”. Ou seja, tanto a mãe biológica quanto a adotante teriam direito ao benefício. A mãe biológica porque uma das finalidades do instituto é voltada para ela, em decorrência dos diversos eventos físicos e psíquicos que sofre em razão da gravidez; a mãe adotante pois a segunda finalidade do instituto é direcionada para o nascituro e a criança. Da mesma forma, ainda sobre a dupla finalidade da norma, em caso de bebê natimorto deverá a mãe biológica gozar do período de licença-maternidade, considerando que a finalidade da norma direcionada à mãe biológica ainda subsiste. Já houve quem defendesse, segundo Alice Monteiro de Barros³, que deveria ocorrer o “(...) retorno da empregada ao trabalho antes do término da licença, caso o filho nascesse sem vida e desde que a saúde da mulher não o impedisse”. Nessa hipótese, caberia à empregada comprovar a necessidade de repouso após o parto. Todavia, esse posicionamento resta superado. Em primeiro lugar, porque a finalidade do instituto é voltada também para mulher. Nesse diapasão, embora não precise amamentar e cuidar da criança, deverá recuperar-se do parto e do forte abalo emocional sofrido pelo nascimento sem vida ou pela morte de seu filho, abalo emocional esse que é presumido, não precisando de provas. Em segundo lugar, nenhum diploma legal, seja a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), seja a Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91)-, bem como a Convenção n. 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) fazem a distin-

³

BARROS, Alice Monteiro de, op. cit., p. 867-868.

ção entre nascimento com vida ou não, não cabendo ao legislador restringir hermeneuticamente um direito constitucional e internacionalmente consagrado⁴.

Por outro lado, pode ocorrer situações em que a finalidade direcionada para a mãe não está presente. Se no caso de filiação biológica a proteção é instrumentalizada, via de regra, pela mulher, cabendo a ela gerar e a amamentar o recém-nascido, tendo um inquestionável contato biológico muito mais complexo do que o existente em relação ao pai; na adoção nenhum dos adotantes sofre qualquer evento biológico diferenciado, o que torna questionável a existência de distinções.

Diga-se, uma finalidade dos institutos - a proteção da criança, que na hipótese de adoção necessita de uma atenção especial nos seus primeiros momentos com a nova família - ainda subsiste, só que não há qualquer motivo para autorizar a discriminação perpetrada pela legislação infraconstitucional (art. 392-A da CLT), que conferiu a licença apenas para as mulheres.

Portanto, há duas hipóteses centrais a serem analisadas: (i) a adoção, na qual a mulher não sofre nenhum dos eventos biológicos acima descritos, não havendo motivo para qualquer distinção em relação aos homens; (ii) o abandono materno, a morte ou o adoecimento da mãe, nos quais a mulher sofre vários eventos biológicos, porém cabe ao homem cuidar da crian-

⁴ No mesmo sentido, encontra-se o seguinte julgado do TRT da 2ª região: “Estabilidade Gestante. Prova do nascimento com vida. O art. 10, II, "b" do ADCT, o art. 392 consolidado, bem como a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. (...)” (BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*. Recurso Ordinário. São Paulo, SP. Julgamento: 18/05/2010. Relatora: Marta Casadei Momezzo. Acórdão nº: 20100475633. Processo nº: 00573-2008-031-02-00-6. 2009. 10ª Turma. Publicação: 31/05/2010. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br>>. Acessado em: 20 abr. 2012).

ça.

Passa o presente estudo, agora, a analisar o caso da adoção e cada uma das hipóteses em que o homem, mesmo no caso de maternidade biológica, assumirá o papel de beneficiário da licença maternidade em prol da criança.

ADOÇÃO OU GUARDA JUDICIAL PARA FINS DE ADOÇÃO POR HOMEM SOLTEIRO, CASAL HETEROSSEXUAL OU COMPANHEIROS EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

A adoção não é instituto novo, o historiador romano Suetônio⁵ narra que o imperador Otávio César Augusto adotou “seu terceiro neto Agripa, e, ao mesmo tempo, seu afilhado Tibério”. Por sua vez, o imperador Tibério Nero César adotou Germânico, pai do futuro imperador Caio César Calígula. É possível concluir, assim, que a adoção permeou a relação de três grandes Césares romanos, funcionando como verdadeiro instrumento de transmissão de poder e prestígio familiar. Arnoldo Wald⁶ assevera que em certo momento da história romana a adoção deixou de ser um instituto de direito privado para, escapando do âmbito familiar, tornar-se um verdadeiro instituto de direito público, por meio do qual os imperadores designavam os seus sucessores, escolhendo os novos chefes de estado. Por outro lado, hoje a adoção teria superado essa fase individualista para tornar-se um meio de expressão da solidariedade social. Conclui o autor, nessa esteira, que a adoção possuiria duas grandes naturezas: uma de origem contratual, reminiscência do Direito Romano; e outra, mais recente (a partir da segunda metade do século XX, na França, no México, na Argen-

⁵ SUETÔNIO. *A Vida dos Doze Césares*. trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 115 e 195.

⁶ WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 271.

tina, no Uruguai e no Brasil), “concebida como instituto exclusivamente assistencial”, destinando-se a dar um lar aos menores com equiparação ao filho biológico⁷.

Mostrando a riqueza do tema e a sua constante evolução, Maria Berenice Dias⁸ trata da adoção à brasileira ou afetiva, na qual o companheiro de uma mulher registra o filho dela como se fosse seu, assim como da adoção homoafetiva, sustentando inexistir óbice legal a sua efetivação.

No campo normativo, o Código Civil de 1916, ao tratar da adoção, prescrevia que “só os maiores de cinqüenta anos, sem prole legítima, ou legitimada,” poderiam adotar (art. 368). Após, a Lei 3.133/1957 alterou a redação do dispositivo para determinar que “só os maiores de 30 (trinta) anos” pudessem adotar, acrescentando um parágrafo único no sentido de que “ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento”. Já o artigo 370 do Código Beviláqua dispunha que “ninguém pode[ria] ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher”, ao passo que o art. 374, em sua redação originária, discorria sobre a dissolução do vínculo adotivo, sempre que “as duas partes convierem” (inc. I) ou “quando o adotado cometer ingratidão contra o adotante” (inc. II)⁹. Finalmente, o art. 377 dispunha que a “adoção produzirá os seus efeitos ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido no momento da adoção”, ao passo que a Lei 3.133/1957 alterou o texto normativo para dispor que “quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”.

Enfim, por essa rápida passagem pelo Código Civil de

⁷ Ibid., p. 272.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 394 e 396.

⁹ Com a redação dada pela já aludida Lei 3.133/1957, o inc. II passou a permitir a dissolução da adoção “nos casos em que é admitida a deserção”.

1916 e pela Lei 3.133/1957, que o alterou em alguns pontos, é possível concluir que os requisitos para adoção eram muito rígidos -limites de idade, adoção conjunta apenas por marido e mulher etc.- e que o filho adotivo possuía direitos distintos dos conferidos ao filho biológico, inclusive com exclusão da sucessão hereditária. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 vedou qualquer forma de discriminação entre filhos adotados e biológicos, ao passo que a legislação ordinária vem buscando facilitar cada vez mais a adoção, tendo em vista seu importante papel na sociedade.

Portanto, é possível perceber que o instituto da adoção, por envolver o âmbito familiar, modifica-se numa velocidade rápida -se comparado com alguns institutos do Direito das Obrigações, p. ex.-, buscando acompanhar as próprias modificações sociais; paralelamente, ao tratar da licença em razão da adoção, este estudo deve buscar afastar-se de qualquer visão preconceituosa ou retrógrada do tema. A licença-maternidade deve alinhar-se ao novo conceito de família -fundado nos pilares da “repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo”¹⁰- para conseguir atingir sua finalidade. Se a licença-maternidade ficar reservada ao modelo familiar tradicional, estará fadada a cada dia alcançar um número menor de pessoas. Dessa forma, ao analisar os institutos ora em comento não poderá o trabalho deixar de pensar em uma interpretação histórico-evolutiva. O jurista Carlos Maximiliano¹¹ expõe que o direito “não se inventa, é um produto lento da evolução, adaptando-se ao meio”. Assim, caberia ao jurista verificar o seu desenvolvimento e a sua evolução contemporânea - inclusive em outros países-, os seus objetivos e o progresso social a fim de aplicá-lo de forma harmoniosa aos anseios da comunidade, e essa é justamente a intenção do estudo.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 39.

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 112-113.

Feita essa breve introdução, passa o presente trabalho a examinar a legislação vigente e a interpretá-la.

Dispõe o art. 42 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) que “podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, *independentemente do estado civil*”¹² (g.n.). Já o §2º completa que para a “adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente *ou mantenham união estável*, comprovada a estabilidade da família”¹³ (g.n.).

Pela análise dos textos normativos acima é possível chegar à conclusão de que o homem solteiro pode adotar, tendo em vista que o art. 42 do ECA não distingue sexo e preceitua ser irrelevante o estado civil do adotante.

Já a união estável de casais formados por pessoas do mesmo sexo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4277¹⁴ e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132¹⁵, o que permitiria a adoção nessa hipótese também¹⁶¹⁷. Embora o reconhecimento da união estável não suscite

¹² BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 03 dez. 2011.

¹³ Ibid.

¹⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI4277. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2011.

¹⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 132. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

¹⁶ A ADI 4277 foi julgada de forma conjunta à ADPF n. 132, tendo o STF interpretado o art. 1723 do Código Civil conforme a Constituição Federal para conceder à união homoafetiva os mesmo efeitos dados à união estável.

¹⁷ O STJ já reconheceu a união homoafetiva para efeito de pensão

necessariamente na possibilidade de adoção - que envolve também a constatação de estabilidade da família, assim como a existência de real vantagem ao adotado e de motivos legítimos por parte do(s) adotante(s) (arts. 42, §§ 3º e 5º, e 43 do ECA) - há julgados favoráveis permitindo-a nessa hipótese, conforme decidido na apelação Cível nº 70013801592- Bagé/RS, oriunda da 7ª Câmara Cível do TJ-RS¹⁸, de relatoria do desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, de cujo julgamento também participaram a Des. Maria Berenice Dias e o Des. Ricardo Raupp Ruschel. Em referido julgamento, ponderou-se que

(...) reconhecida como entidade familiar me-recedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar (...)

O E. Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁹, em um caso

por morte de servidores públicos, o que o INSS já vinha fazendo para empregados segurados a um bom tempo; assim como permitiu a inclusão em plano médico de parceiro em união homoafetiva (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 932.653/RS, Brasília, DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 03/11/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 22 mar. 2012) (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 238.715/RS, Brasília, DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 02/10/2006, p. 263. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 22 mar. 2012)

¹⁸ BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível n. 70013801592. Bagé, RS. Data de Julgamento: 05/04/2006. Publicação: Diário da Justiça do dia 12/04/2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

¹⁹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 22 mar. 2012.

particular em que as crianças já haviam sido adotadas por uma das conviventes, também permitiu que a adoção fosse perpetrada pela outra companheira, com arrimo no art. 1º da Lei 12.010/09, que prevê a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e a todos os adolescentes, e art. 43 do ECA, que estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". Ressaltou-se na ementa ser "incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento", ao passo que os estudos científicos não sinalizariam prejuízo de qualquer natureza. Finalmente, ponderou-se que "se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe"²⁰.

Portanto, a Justiça Comum vem proferindo julgados permitindo a adoção por casais homossexuais. Não cabe a este estudo analisar o mérito desse posicionamento, apenas seus efeitos na esfera trabalhista. Assim, partindo da premissa de que um casal homossexual, à semelhança do homem solteiro, poderá conseguir a adoção de uma criança, seria possível falar-se em licença-maternidade ao homem nesse caso particular?

²⁰

Trecho do julgamento em que são colocados alguns dos argumentos mais importantes que fundamentaram o *decisum*: "são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária".

No mais, no caso de adoção por casais heterossexuais, não há motivo para conceder os benefícios ora analisados apenas para as mulheres, pois não há qualquer fator biológico (gestação, parto, problemas hormonais etc.) capaz de distinguir o tratamento concedido a cada um dos gêneros. Na adoção não há espaço para diferenças entre homens e mulheres, porque inexistente o desgaste físico da gestação e da amamentação, apenas o dever de cuidar da criança.

Essa é, justamente, uma das principais críticas feitas ao nosso sistema de garantias relacionadas à adoção. Poderia ser possível, por exemplo, que o casal pudesse optar por quem irá receber a licença de 120 dias, o homem ou a mulher.

Em casos de adoção por uma única pessoa do sexo masculino o problema se agrava, pois a criança adotada não terá os mesmos cuidados devido à ausência da licença de 120 dias. Nesse diapasão, conceder a uma mãe adotante uma licença de 120 dias e a um pai adotante uma licença de apenas 5 dias é mais do que criar discriminação entre homens e mulheres, é tratar desigualmente as próprias crianças adotadas, que terão tempo de adaptação totalmente diverso. Ana Marieta das Neves Opuscki Almeida²¹ ressalta que o tempo de adaptação diverso prejudica a convivência familiar e desestimula a própria adoção, concluindo que o tratamento deveria ser o mesmo.

Finalmente, o art. 392-A da CLT prescreve que “à empregada que adotar ou obtiver *guarda judicial para fins de adoção* de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º” (g.n.). Dessa forma, a análise será feita não só no caso de adoção, mas também para o caso de guarda judicial desde que seja para fins

²¹ ALMEIDA, Ana Marieta das Neves Opusc. Extensão da licença-maternidade ao solteiro que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção nos termos do art. 392-A da CLT. *Revista Trabalhista – Direito e Processo*. São Paulo. a. 8, n. 32, p. 212-223.

de adoção²².

Nessa linha, o art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, prescreve que: "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Ora, se na adoção o único fundamento da licença-maternidade é a necessidade de cuidados especiais à criança, não faria sentido restringir o benefício apenas às mulheres em detrimento das crianças adotadas por homens. Se a finalidade é proteger a criança, pouco importa, no caso de adoção, por meio de que figura, do pai ou da mãe, instrumentalizar-se-á essa proteção.

Cibele Carneiro da Cunha Macedo Santos²³ sustenta que o artigo 226 da CF que garante a proteção da família deveria afastar-se de qualquer visão que exclua um ou outro tipo de entidade familiar. Sustenta que se a CF garante a licença maternidade, deve fazê-lo incluindo a maternidade biológica e por adoção. Conclui, finalmente, que se os filhos devem ser tratados de maneira igual, os direitos dos pais e das mães também

²² Conforme *caput* do art. 33 do ECA "A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais", sendo que o §1º afirma que a ela "destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros". Já o art. 46 prescreve que "a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso", ao passo que o § 1º determina que "o estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo". Assim, a guarda precede, normalmente, a adoção.

²³ SANTOS, Cibele Carneiro da Cunha Macedo. A Licença maternidade no caso de adoção após o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4277. *Revista Justiça do Trabalho*, ano n. 28, n. 331 e em julho de 2011.

deveriam traduzir essa isonomia substancial. Diga-se, não poderia haver distinção se a família adotante é formada de um pai, uma mãe, um casal homoafetivo ou um casal formado por um homem e uma mulher. Portanto, o afastamento de 120 dias de licença deveria ser concedido ao adotante independentemente de seu sexo, inclusive tendo em vista que tal direito teria como destinatários o próprio adotante, que deverá cuidar da criança, como também o adotado, que precisará de condições para adaptar-se à nova família.

Portanto, se os casais homoafetivos agora podem constituir união estável nos moldes do art. 1.723 do CC; se constituindo união estável podem, em tese, adotar, conforme art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); não há motivo para, adotando uma criança, negar-se a esse tipo de união estável a licença-maternidade de 120 dias bem mais benéfica do que a licença-paternidade de 5 dias. Pensar o contrário seria criar distinção entre filhos biológicos e adotados, em patente prejuízo à adoção. Distinguir os pais em sua relação com o filho em razão da adoção é o mesmo que distinguir entre crianças adotadas e biológicas.

Além do mais, mesmo que não se queira analisar o problema sob o viés da discriminação, é certo que uma das finalidades do instituto é direcionada à criança. Assim, independentemente da relação entre a criança e os pais, é certo que alguém deve ter um tempo razoável (que é o da licença-maternidade de 120 dias) para protegê-la e ampará-la nos primeiros meses de vida ou adaptação, tendo em vista que são Direitos Sociais a proteção à maternidade e à infância (art. 6º da CF).

É de se destacar, ainda, que a proteção à infância e à maternidade e o instituto ora examinado possuem respaldo constitucional, encontrando-se no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Nesse diapasão, Robert Alexy em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*²⁴ expõe que princípios “são

²⁴

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgí-

mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”; ou seja, são normas que devem buscar a máxima efetividade. Desse modo, buscando extrair a máxima efetividade da proteção à infância, é possível estender a licença-maternidade ao homem em algumas hipóteses. Ou seja, mesmo que a licença-maternidade possua hipóteses de incidência precisamente delimitadas pelo texto normativo; a norma, calcada numa visão principiológica e teleológica, deve ser mais abrangente, abrindo um leque maior de possibilidades. A referência à figura da gestante feita pelo art. 7º, inc. XVIII, da CF não traduz fator limitador capaz de afastar tal direito constitucional do adotante, seja qual for o seu sexo, e do homem em algumas hipóteses em que a mulher não possa cuidar do recém-nascido.

Marly A. Cardone²⁵ embora tenha criticado a Lei 10.421/02 que estendeu o salário-maternidade às mães adotantes, ao seu ver, sem a competente fonte de custeio, pondera que a lei não abrangeu homens segurados adotantes, o que teria violado o art. 5º, inc. I, da CF sobre isonomia entre homens e mulheres.

Pedro Oscar de Oliveira Júnior e Silvana Souza Netto Mandalozzo²⁶ atentam para a existência de um movimento contrário, no qual o homem busca a isonomia em relação à mulher, sustentando-se no princípio do melhor interesse da criança. Salientam os autores, assim, que uma criança adotada por pessoa do sexo masculino deverá ter o mesmo direito de convivência com seu pai, conforme dicção do art. 226, §6º, da CF.

É fundamental destacar que a isonomia entre homens e mulheres é em prol da criança. Melhor, que a isonomia ora

lio Afonso da Silva. São Paulo, 2011, Malheiros, p. 117.

²⁵ CARDONE, Marly A. Licença-Maternidade na Adoção e Responsabilidade Previdencial. *Repertório de Jurisprudência IOB*, 1ª quinzena de junho de 2002, n° 11/2002, Caderno 2, fls. 229/230.

²⁶ OLIVEIRA JR., Pedro Oscar de; Mandalozzo, Silvana Souza Netto; Licença-adoção à pessoa do sexo masculino. *Revista do TRT da 9ª Região*, Curitiba, a 35, n. 64, p. 199-249, jan./jun. 2010.

analisada é entre filhos adotados e biológicos, bem como entre filhos adotados por homem, por mulher, por casal heterossexual ou por casal homossexual.

Nessa esteira, Robert Alexy²⁷ expõe que existem dois tipos de igualdade:

(...) o direito de ser tratado igualmente, se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual; e o direito de ser tratado desigualmente, se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual. Esses dois direitos equivalem-se às duas normas sobre o tratamento igual e desigual, estabelecidas anteriormente: Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório. Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório.

Assim, se é plausível ou ao menos aceitável destinar à mãe biológica os direitos à licença-maternidade, não possui nenhum amparo a distinção entre mãe adotante e pai adotante, pois inexistente razão suficiente para o tratamento desigual.

É importante ressaltar, também, que mesmo que os pais adotantes não tenham que gerar nem amamentar a criança, é certo que a adaptação em casos de adoção e guarda judicial é um momento de extrema importância para o futuro e para a estabilidade da entidade familiar, não podendo as crianças adotadas serem privadas desse contato pelo simples fato de não terem um vínculo biológico com seus pais. Nessa linha, a Diretiva 96/34²⁸ da União Europeia (reiterada e aplicada em outros

²⁷ ALEXY, Robert.. op. cit., p. 429 - 430.

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. DIRETIVA 96/34/CE DO CONSELHO de 3 de Junho de 1996 relativa ao Acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0034:PT:HTML>>. Acesso em: 16 ago 2012.

países do bloco pela Diretiva 97/75²⁹) trata da denominada licença parental, garantindo a trabalhadores de ambos os sexos uma licença

com fundamento no nascimento ou na *adopção* de um filho, para dele poderem cuidar durante pelo menos três meses até uma determinada idade, que poderá ir até aos oito anos de idade, a definir pelos Estados-membros e/ou pelos parceiros sociais (g.n. - item II, Cláusula 2.1)

Em consonância com a Diretiva 96/34, o Código de Trabalho de Portugal³⁰, no seu art. 35 dispõe, entre outras coisas, sobre a licença parental destinada aos progenitores de ambos os sexos e acerca da licença adoção desvinculada do sexo do adotante, inclusive com previsão de partilha do período, conforme art. 44, incisos 1 e 9:

Artigo 44.º Licença por adoção

1 - Em caso de adoção de menor de 15 anos, o candidato a adoptante tem direito à licença referida nos n.os 1 ou 2 do artigo 40.º

(...)

9 - Em caso de partilha do gozo da licença, os

²⁹ UNIÃO EUROPEIA. *DIRETIVA 97/75/CE DO CONSELHO* de 15 de Dezembro de 1997 que altera e torna extensiva ao Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte a Diretiva 96/34/CE relativa ao Acordo-Quadro sobre a Licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0075:PT:HTML>>. Acesso em: 16 ago 2012.

³⁰ PORTUGAL. *Código do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=d&cap=&doc=20090364&v01=1&v02=2009-02-12&v03=&v04=&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=&v12=&v13=&v14=&v15=&v16=&v17=&v18=&v19=&v20=&v21=&v22=&v23=&v24=&v25=&sort=0&submit=Pesquisar&d=2009-02-12&maxDate=2012-08-16&minDate=1960-01-01>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

candidatos a adotantes informam os respectivos empregadores, com a antecedência de 10 dias ou, em caso de urgência comprovada, logo que possível, fazendo prova da confiança judicial ou administrativa do adotando e da idade deste, do início e termo dos períodos a gozar por cada um, entregando para o efeito declaração conjunta.

Entende este estudo, dessa forma, que a solução adotada pela União Europeia e em especial por Portugal parece ser a mais acertada, pois desvincula o direito a uma licença adoção do sexo do adotante, permitindo aos candidatos à adoção partilhar, se a eles for conveniente, o período de licença. Respeita-se, portanto, a vontade dos adotantes; protegendo-se, concomitantemente, os adotados.

Voltando ao Brasil, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho³¹ em recente decisão administrativa conferiu a um servidor público da Justiça do Trabalho, pai solteiro e adotante de uma criança com menos de um ano de idade, o direito à percepção de licença remunerada de 90 dias, não obstante a Lei 8.112/90, que rege os servidores públicos federais, prever em seu art. 210, que apenas “à *servidora* que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada” (g.n.). Em referida decisão, o conselheiro Carlos Alberto Reis de Paula ressaltou que a adoção por parte do servidor público encontra respaldo tanto no ECA, que permite a adoção por homens solteiros, quanto no art. 227 da CF - que dispõe ser dever “da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação (...)”, dentre outros – e que a não conces-

³¹ Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=9084&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=servidor>. Acesso em: 15 ago. 2012.

são da licença ao funcionário público nessa hipótese implicaria patente violação ao princípio da isonomia. Embora a decisão tenha sido proferido no âmbito administrativo e envolvendo legislação específica e não a CLT, é certo que originou-se em conselho constituído na seara da Justiça do Trabalho, demonstrando nítida quebra de paradigma, servindo de norte para decisões futuras em processos judiciais.

Foi publicada na imprensa recentemente a notícia de que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em decisão inédita, concedeu, administrativamente, licença-maternidade a um pai adotivo que vive em união estável homoafetiva. Inicialmente, o órgão previdenciário havia negado o benefício, por falta de previsão legal. Contudo, em sede recursal, o benefício foi deferido por um Conselho de Recursos ligado ao Ministério da Previdência e mantido em Brasília-DF³².

Normas coletivas também já vêm prevendo³³, ou pelo menos tentando (processo TRT/15ª Região n. 0216600-61.2009.5.15.0000 – Dissídio Coletivo³⁴), licenças maiores aos

³² BERGAMASCO, Débora. *Pai gay ganha licença-maternidade*. Caderno 6A. Jornal da Tarde, São Paulo, quinta-feira, 30 de agosto de 2012, ano 47, n. 15347.

³³ Como a CCT firmada pelo SINDICATO DAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO DO ESTADO DO PARÁ – SIMEPA e SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO DO ESTADO DO PARÁ – SIMETAL, cuja cláusula 6.4. sobre adoção ou guarda de menor prevê que “o empregado que adotar ou assumir guarda de menor com idade de até 01 (um) ano, terá assegurado a estabilidade no emprego pelo prazo de 90 (noventa) dias contados a partir da adoção ou guarda devidamente comprovada, através de certidão ou qualquer outro documento oficial”. Disponível em http://www.simepa.com.br/acordo2008_2009.htm. Acesso em 21.08.2012.

³⁴ “8. LICENÇA PATERNIDADE. Fica garantido, ao trabalhador que se tornar pai, licença remunerada de 30 (trinta) dias úteis, contados desde a data do parto, excluindo-se o dia previsto no inciso II do art.473 da CLT. Voto: não há condição pré-existente igual, nem nos demais instrumentos normativos constantes dos autos. A suscitada aduz que é matéria total-

homens, ou garantia de emprego em casos de adoção, sendo sabido que o direito coletivo normalmente está na dianteira das modificações dos Direitos Sociais, tanto é que a nossa CF de 1988 sofreu grande influência da classe trabalhadora, acolhendo reivindicações das entidades e centrais sindicais.

O Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), em seu art. 5º vaticina que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Se um dos fins sociais da licença-maternidade é proteger a infância, a criança, não há como excluir das crianças adotadas esse período de extrema importância de convivência com a sua nova família. Além do mais, o conceito de maternidade/paternidade é abrangente, incluindo a maternidade/paternidade biológica, sócio-afetiva e legal. Portanto, atenta contra os princípios sociais norteadores da CF tolher do adotante uma licença mais extensa e harmoniosa ao fim que se destina. A criança precisa de cuidados e o pai precisa de tempo para ela dedicar-se em seus primeiros momentos na nova família.

mente regulada pela legislação (fl. 522). Entretanto, parte da reivindicação consta da negociação de 2005 (a letra “D” da cláusula 28) e demais convenções coletivas negociadas em 2009, juntadas pela suscitada (fls. 802, 826, 854, 891, 936) com algumas variações, com fundamento na Constituição Federal e Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigos 7º, inciso XIX, e 10, artigo 7º, e 10, § 1º, respectivamente, de modo que deve ser parcialmente deferida com a seguinte redação, considerado o que se convencionou em 2005: “O trabalhador tem direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias corridos, contados da data do parto”. 9. GARANTIA AO TRABALHADOR QUE SE TORNAR PAI NATURAL OU ADOTANTE. Ficam garantidos emprego e salário por 60 dias após o término da licença remunerada estabelecida na cláusula 74 (setenta e quatro) ao trabalhador que se tornar pai, desde o nascimento ou do termo de adoção independente da garantia contra a despedida arbitrária. Voto: não há condição pré-existente e tampouco consta das negociações de 2008 entre a suscitada e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves. A concessão extrapola o poder normativo da Justiça do Trabalho. Indefere-se por falta de amparo jurídico-legal.”

Derradeiramente, admitindo-se ao homem uma licença decorrente da adoção idêntica à conferida à mulher, cabe ao presente trabalho operacionalizá-la. Nesse diapasão, a adoção pode ser feita por (i) uma mulher, (ii) um homem, (iii) dois homens em união estável, (iv) duas mulheres em união estável ou (v) um casal heterossexual.

No caso de adoção por uma mulher solteira não há maiores problemas, pois ela será a destinatária do período de licença-maternidade por adoção, conforme dispositivos legais analisados. Se a adoção for perpetrada por homem solteiro, a ele caberá a licença de 120 dias concedidas às mulheres por equiparação, pois não há motivo para, em detrimento da criança adotada, criar-se distinções legais entre homens e mulheres nessa caso. Assim, a única interpretação do texto normativo do art. 392-A conforme a Constituição Federal é aquela que acaba com qualquer distinção entre homens e mulheres para a obtenção da licença de 120 dias. Destaca-se que não basta conferir ao pai adotante a licença de 5 dias do pai biológico, é necessário sim conferir a ele a licença de 120 dias, em prol da isonomia e em defesa da infância e do interesse do menor.

Já no caso de adoção por duas mulheres em união homoafetiva, entende-se ser razoável que apenas uma delas goze do período de 120 dias de licença, cuja escolha deverá ser feita por elas, informando-se o empregador e o INSS caso o pagamento seja feito diretamente pelo órgão previdenciário. Cibele Carneiro da Cunha Macedo Santos³⁵ faz importante ressalva de “que não está se equiparando uma companheira ao homem e outra à mulher, como uma união heteroafetiva”, o que atentaria à dignidade da pessoa humana, mas sim “se busca evitar uma situação desigual, de *bis in idem* quanto ao pagamento do benefício”. Se não é razoável que ninguém recebe a licença de 120 dias para cuidar da criança, também não é razoável que ambos a recebam. Busca-se, na verdade, uma simetria entre o casal

³⁵

SANTOS, Cibele Carneiro da Cunha Macedo. op. cit.

heterossexual e o homoafetivo apenas para efeito de concessão do benefício previdenciário e da licença trabalhista. No caso de união estável formada por dois homens, a sistemática a ser adotada deve ser a mesma, cabendo ao casal escolher qual deles gozará do período de 120 dias. No que tange ao caso heterossexual, a possibilidade de escolha também a eles deveria ser concedida, pois não há motivo para vincular a licença por adoção à figura da mulher.

Prescreve o art. 226, § 7º, da Constituição Federal que

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, *o planejamento familiar é livre decisão do casal*, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (g.n.)

Assim, caberia ao casal heterossexual e homossexual escolher quem ficará com a licença de 120 dias de acordo com as suas conveniências, como forma de expressão do princípio do planejamento familiar. Por exemplo, poder-se-ia até admitir que caso a mulher não trabalhe, o casal opte pela percepção do benefício por parte do homem.

Quanto ao período de afastamento, é razoável que um integrante do casal fique com a licença de 120 dias e outro com a licença de 5 dias, respeitando-se a autonomia da vontade. Digase, caberá ao casal escolher quem ficará com a licença de 120 dias.

É insustentável, todavia, a alegação de que no caso de adoção por pessoas do sexo masculino a licença deve ser de apenas 5 dias por tratar-se de licença-paternidade, uma vez que nesse caso dever-se-ia aplicar a licença-maternidade de forma extensiva, pois a criança adotada por uma ou duas mulheres não pode ser tratada de maneira diferente de uma criança adotada por um ou dois homens.

HIPÓTESES EM QUE O PAI ASSUME O PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE DESTINADO À MÃE EM PROL DA CRIANÇA

Na hipótese de adoção teceu-se muitos comentários sobre a aplicação do princípio da isonomia em relação a filhos adotados e biológicos e entre pais adotantes (homens x mulheres). Agora, o cenário modifica-se, pois o presente estudo abordará algumas hipóteses em que a mulher é a destinatária do período de licença-maternidade sem que se possa falar em afronta ao princípio da isonomia, porém o homem a substituiu em favor da criança, em razão de determinado acontecimento.

Ou seja, a mulher sofre todos aqueles eventos biológicos narrados diversas vezes no trabalho e está habilitada a gozar do período de 120 dias de licença em favor da criança. Contudo, um fato ocorre, cabendo ao pai cuidar do recém-nascido, suscitando na necessidade de transferir essa licença que seria concedida à mulher ao homem.

Para elucidar, o já citado Código do Trabalho de Portugal em seu art. 39 trata das modalidades de licença parental, assim as elencando:

A licença parental compreende as seguintes modalidades:

- a) Licença parental inicial;
- b) Licença parental inicial exclusiva da mãe;
- c) *Licença parental inicial a gozar pelo pai por impossibilidade da mãe;*
- d) Licença parental exclusiva do pai. (g.n.)

A licença parental inicial (art. 40) é aquela que “a mãe e o pai trabalhadores têm direito, por nascimento de filho, (...), cujo gozo podem partilhar após o parto, sem prejuízo dos direitos da mãe (...)”. Além dessa licença que pode ser partilhada, a mãe tem um período de licença exclusivo (art. 41) antes e após

o parto³⁶. O pai também tem direito a um período de licença próprio³⁷.

Todavia, a disposição mais interessante do Código português é justamente a constante do art. 42³⁸, que prescreve uma “licença parental inicial a gozar por um progenitor em caso de impossibilidade do outro”, visualizando hipóteses em que um

³⁶ Artigo 41.º Períodos de licença parental exclusiva da mãe: 1 - A mãe pode gozar até 30 dias da licença parental inicial antes do parto. 2 - É obrigatório o gozo, por parte da mãe, de seis semanas de licença a seguir ao parto. 3 - A trabalhadora que pretenda gozar parte da licença antes do parto deve informar desse propósito o empregador e apresentar atestado médico que indique a data previsível do parto, prestando essa informação com a antecedência de 10 dias ou, em caso de urgência comprovada pelo médico, logo que possível. 4 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 2.

³⁷ Artigo 43.º Licença parental exclusiva do pai. 1 - É obrigatório o gozo pelo pai de uma licença parental de 10 dias úteis, seguidos ou interpolados, nos 30 dias seguintes ao nascimento do filho, cinco dos quais gozados de modo consecutivos imediatamente a seguir a este. 2 - Após o gozo da licença prevista no número anterior, o pai tem ainda direito a 10 dias úteis de licença, seguidos ou interpolados, desde que gozados em simultâneo com o gozo da licença parental inicial por parte da mãe. 3 - No caso de nascimentos múltiplos, à licença prevista nos números anteriores acrescem dois dias por cada gémeo além do primeiro. 4 - Para efeitos do disposto nos números anteriores, o trabalhador deve avisar o empregador com a antecedência possível que, no caso previsto no n.º 2, não deve ser inferior a cinco dias. 5 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1, 2 ou 3.

³⁸ Artigo 42: “(...) 2 - Apenas há lugar à duração total da licença referida no n.º 2 do artigo 40.º caso se verifiquem as condições aí previstas, à data dos factos referidos no número anterior. 3 - Em caso de morte ou incapacidade física ou psíquica da mãe, a licença parental inicial a gozar pelo pai tem a duração mínima de 30 dias. 4 - Em caso de morte ou incapacidade física ou psíquica de mãe não trabalhadora nos 120 dias a seguir ao parto, o pai tem direito a licença nos termos do n.º 1, com a necessária adaptação, ou do número anterior. 5 - Para efeito do disposto nos números anteriores, o pai informa o empregador, logo que possível e, consoante a situação, apresenta atestado médico comprovativo ou certidão de óbito e, sendo caso disso, declara o período de licença já gozado pela mãe. (...)”

progenitor gozará de licença destinada a outro em prol do recém-nascido. As hipóteses são:

O pai ou a mãe tem direito a licença, com a duração referida nos n.os 1, 2 ou 3 do artigo 40.^{o39}, ou do período remanescente da licença, nos casos seguintes:

a) Incapacidade física ou psíquica do progenitor que estiver a gozar a licença, enquanto esta se mantiver;

b) Morte do progenitor que estiver a gozar a licença.

Nessa esteira, nos moldes da legislação portuguesa o homem poderá assumir o período total ou remanescente de licença que vinha sendo ou seria gozado pela mãe nas hipóteses de incapacidade física e psíquica ou de morte da mulher. Embora este estudo entenda que o rol da legislação lusitana seja exemplificativo, é certo que o Código do Trabalho de Portugal não previu a hipótese de abandono materno. É certo também que este estudo abordará algumas hipóteses, o que não descarta a existência de outras circunstâncias semelhantes cuja lógica ora desenvolvida possa ser aplicada.

Posto isso, passa-se a analisar algumas hipóteses em que o homem, em substituição, gozará do período de licença-maternidade destinado à mãe.

Pode ocorrer da gestante falecer durante a licença-

³⁹ “Artigo 40.º Licença parental inicial: 1 - A mãe e o pai trabalhadores têm direito, por nascimento de filho, a licença parental inicial de 120 ou 150 dias consecutivos, cujo gozo podem partilhar após o parto, sem prejuízo dos direitos da mãe a que se refere o artigo seguinte. 2 - A licença referida no número anterior é acrescida em 30 dias, no caso de cada um dos progenitores gozar, em exclusivo, um período de 30 dias consecutivos, ou dois períodos de 15 dias consecutivos, após o período de gozo obrigatório pela mãe a que se refere o n.º 2 do artigo seguinte. 3 - No caso de nascimentos múltiplos, o período de licença previsto nos números anteriores é acrescido de 30 dias por cada gêmeo além do primeiro”.

maternidade, bem como no momento ou logo após o parto. Nesse caso teremos a extinção do contrato de trabalho da mulher, em decorrência de seu falecimento, mas seu filho estará no mundo precisando de amparo, sendo certo que nossa licença-paternidade é irrisória (cinco dias, ADCT, art. 10, §1º). Infelizmente, pela lógica que vem sendo aplicada ao texto normativo pertinente, a solução encontrada é extinguir o contrato de trabalho da mulher, cessando, conseqüentemente, a obrigação do pagamento dos encargos trabalhistas e previdenciários. Alice Monteiro de Barros⁴⁰ pondera, contudo, que

o ideal seria que o restante da licença fosse concedido ao pai para cuidar da criança, como já procede a legislação espanhola, a jurisprudência italiana, a legislação da Colômbia e do Chile. Lembre-se que há jurisprudência do TST⁴¹, da década de 50, estendendo a referida licença ao cônjuge supérstite, em benefício da criança, exatamente como procedeu a jurisprudência italiana.

Em mando de segurança com pedido liminar impetrado perante a 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (processo n. 6965-91.2012.4.01.3400), narrou o impetrante que a sua esposa havia dado a luz ao seu filho em 18.12.2011, tendo falecido em 10.01.2012; vendo-se obrigado a cuidar da criança, formulou o pai pedido de concessão de licença-maternidade, indeferido administrativamente; Em sede liminar, verificando a presença dos requisitos da Lei 12.016/2009, a Juíza Federal Ivani Silva da Luz deferiu “o pedido liminar conferir ao impetrado o direito de gozar a licença paternidade nos moldes da licença maternidade prevista no

⁴⁰ BARROS, Alice Monteiro de, op. cit., p. 868-869.

⁴¹ BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. 2ª T. - Proc. 6.210/51, Rel.: Min. Edgard Sanchez, Pub. DJ de 24.12.54 *apud* BARROS, Alice Monteiro de. op. cit., p. 868-869.

artigo 207⁴² da Lei nº 8.112/90 c.c. Art. 2º, §1º, do Decreto nº 6.690/08”. Ou seja, em referida decisão foi conferida ao homem, em substituição, licença nos mesmos moldes que concedida às mulheres. Na fundamentação, a Juíza, em decisão prolatada em 08.02.2012, ressaltou que embora haja justificativa para a concessão de licença à mãe em período maior ao conferido ao homem, no caso em apreço seria necessária uma interpretação sistemática calcada nos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da proteção da infância. Sustentou que o fundamento da licença-maternidade ser maior é justamente possibilitar à mãe um tempo maior para cuidar do recém-nascido. Assim, ausente a figura materna, “tais cuidados devem ser prestados pelo pai e isto deve ser assegurado pelo Estado, principalmente, nos casos como o presente, e que, além de todas as necessidades que um recém-nascido necessita, ainda há a dor decorrente da perda” materna.

Da mesma forma, o adoecimento físico e/ou psíquico da mãe, embora não extinga o contrato de trabalho, prejudica da mesma maneira o recém-nascido, cabendo ao pai cuidar da criança e muitas vezes da própria mulher.

Já o abandono materno foi analisado em sentença proferida em 18.11.2008 pelo Juiz do Trabalho Marcelo Bueno Pallone, na Vara do Trabalho de Mogi-Guaçu – SP, processo nº 1.479/2008-071-2⁴³. Em referido processo o reclamante ingressou com reclamação trabalhista contra o empregador, “postulando a concessão de licença-maternidade sob o argumento de ter recebido a guarda de seus filhos gêmeos recém-nascidos e abandonados pela genitora”; assim como em face do INSS (União), “formulando o pedido de pagamento do salário-

⁴² Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

⁴³ BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Vara do Trabalho de Mogi-Guaçu – SP. Processo nº 1.479/2008-071-2. Sentença proferida em 18.11.2008. Julgador: Juiz do Trabalho Marcelo Bueno Pallone. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br>>. Acesso em : 10 abr. 2012.

maternidade em face do INSS”.

No mérito, o juiz sentenciante, reiterando liminar concedida, ponderou que

(...) não me sobra dúvida de que se eu não superar imediatamente a primeira impressão de ser inusitado um pedido de licença maternidade, feito por um homem, de ser incomum um Juiz do Trabalho conceder um benefício previdenciário em uma ação trabalhista e outras questões de somenos importância, para conceder, de pronto, os pedidos do reclamante, estarei colocando em risco não um direito alimentar do autor, mas a vida dos seus filhos, e não foi para isso que fiz os votos da magistratura.

Assim, se na hipótese de adoção a discussão envolve o conceito de isonomia, nos casos examinados nesse item a preocupação é sim com a finalidade voltada para o nascituro e para a criança do instituto da licença-maternidade, finalidade essa que autorizaria ao homem, por substituição, assumir o período de licença-maternidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, dessa forma, que o texto normativo brasileiro deixou de prever diversas situações em que o modelo tradicional de conceder uma licença maior à mãe não resguarda o recém-nascido. Talvez fosse o caso de aplicar a legislação comparada, como o Código do Trabalho de Portugal, conforme autorizaria o art. 8º da CLT. Contudo, este estudo entende que a norma pode ser concebida por meio de uma interpretação teleológica e principiológica, e se assim for feito, não há razão para a ausência da figura materna castrar a finalidade da norma voltada para o seu filho. Portanto, o homem terá sim direito à licença-maternidade, nos moldes concedidos à mãe, nos casos de adoção, abandono materno, morte ou adoecimento da mãe

biológica.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, 2011, Malheiros.
- ALMEIDA, Ana Marieta das Neves Opuscki. Extensão da licença-maternidade ao solteiro que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção nos termos do art. 392-A da CLT. *Revista Trabalhista – Direito e Processo*. São Paulo. ano 8, n. 32, p. 212-223.
- BERGAMASCO, Débora. *Pai gay ganha licença-maternidade*. Caderno 6A. São Paulo, Jornal da Tarde, quinta-feira, 30 de agosto de 2012, ano 47, n. 15347.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI4277. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anelxo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2011
- _____. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 132. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em: 01 dez. 2011.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 932.653/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 03/11/2011. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 238.715/RS, Brasília, DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 02/10/2006, p. 263. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível n. 70013801592. Bagé, RS. Data de Julgamento: 05/04/2006. Publicação: Diário da Justiça do dia 12/04/2006. Disponível em: < <http://www.tj.rs.gov.br/> >. Acesso em: 02 dez. 2011.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*. Recurso Ordinário. São Paulo, SP. Julgamento: 18/05/2010. Relatora: Marta Casadei Momezzo. Acórdão nº: 20100475633. Processo nº: 00573-2008-031-02-00-6. 2009. 10ª Turma. Publicação: 31/05/2010. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Vara do Trabalho de Mogi-Guaçu – SP. Processo nº 1.479/2008-071-2. Sentença proferida em 18.11.2008. Julgador: Juiz do Trabalho Marcelo Bueno Pallone. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Súmula 244. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 03 dez. 2011.

CARDONE, Marly A. Licença-Maternidade na Adoção e Responsabilidade Previdencial. *Repertório de Jurisprudência IOB*, 1ª quinzena de junho de 2002, nº 11/2002, Caderno

2, fls. 229/230.

- DE ARRUDA, Hélio Mário. A licença-maternidade e o salário-maternidade em decorrência da adoção. *IOB-Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n.11, p.298-296, jun. 2002.
- DE BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DE BRITO, Kalyne Lopes. A adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais com base no princípio da igualdade. *Revista da ESMARN*. Natal, 7. ed., v. 7, n. 1, p. 439-58, dez. 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: Ltr, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FORMICA, Gualdo. Licença-maternidade e salário-maternidade à mãe adotiva, *IOB - Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, v.2, n.12, p.323-321, jun. 2002.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.
- _____. *Licença-maternidade da mãe adotiva: a lei nº 10.421/2002, LTr: suplemento trabalhista*, São Paulo, v.38, n.72, p.319-24, 2002.
- GRINBERG, Boris; GIGLIO, Wagner D. *Direito do Trabalho para Estudantes*. São Paulo: José Bushatsky ed., 1969.
- MANNRICH, Nelson. Emenda Constitucional 45 e as novas competências: da extinção ao fortalecimento da Justiça do Trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, 118, Ano 31, abril-junho de 2005, RT, p. 191 e ss.
- MARTINS, Sergio Pinto. - *Licença-maternidade para a adotante*, *IOB - Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, v.2, n.12, p.324-323, jun. 2002.

- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Escrito em 1847-1848. Publicado pela primeira vez em Londres em fevereiro de 1848. Publicado de acordo com o texto da edição soviética em espanhol de 1951, traduzida da edição alemã de 1848. Confrontado com a edição inglesa de 1888, editada por Friedrich Engels. Traduzido do espanhol. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2273>. Acessado em: 26 mar. 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- OLIVEIRA JR., Pedro Oscar de; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto; Licença-adoção à pessoa do sexo masculino. *Revista do TRT da 9ª Região*, Curitiba, 35. ed. , n. 64, p. 199-249, jan./jun. 2010.
- PORTUGAL. *Código do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=d&cap=&doc=20090364&v01=1&v02=2009-02-12&v03=&v04=&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=&v12=&v13=&v14=&v15=&v16=&v17=&v18=&v19=&v20=&v21=&v22=&v23=&v24=&v25=&sort=0&submit=Pesquisar&d=2009-02-12&maxDate=2012-08-16&minDate=1960-01-01>>. Acesso em: 16 ago. 2012.
- SAAD, Eduardo Gabriel. Temas Trabalhistas (11). *Ltr – Suplemento Trabalhista*. São Paulo, 2002, ano 38, n. 71/02. p. 315.
- SANTOS, Cibele Carneiro da Cunha Macedo. A Licença maternidade no caso de adoção após o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4277. *Revista Justiça do Trabalho*, ano n. 28, n. 331 e em julho de 2011.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Direito do trabalho aplicado*, v. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da

mulher e do menor. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2009.

SUETÔNIO. *A Vida dos Doze Césares*. trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2002, v. II.

UNIÃO EUROPEIA. *DIRETIVA 96/34/CE DO CONSELHO* de 3 de Junho de 1996 relativa ao Acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0034:PT:HTML>>. Acesso em: 16 ago 2012.

. *DIRECTIVA 97/75/CE DO CONSELHO* de 15 de Dezembro de 1997 que altera e torna extensiva ao Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte a Directiva 96/34/CE relativa ao Acordo-Quadro sobre a Licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0075:PT:HTML>>. Acesso em: 16 ago 2012.

WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.