XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

FREDERICO THALES DE ARAÚJO MARTOS

JANAÍNA MACHADO STURZA

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597
DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I
[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Frederico Thales de Araújo Martos, Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2024.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-978-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Os direitos sociais e as políticas públicas desempenham um papel crucial na efetivação das garantias constitucionais que visam promover o bem-estar e a dignidade dos cidadãos. A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu texto, os direitos sociais como essenciais para a construção de uma sociedade justa e igualitária, atribuindo ao Estado o dever de criar e implementar políticas públicas que assegurem esses direitos. A promoção de educação, saúde, trabalho, segurança e moradia, entre outros, depende diretamente da efetividade das políticas públicas, que transformam essas garantias constitucionais em ações concretas.

Durante o XIII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na prestigiosa Universidad de La República Uruguay, em Montevidéu, nos dias 18, 19 e 20 de setembro de 2024, foi promovido o Grupo de Trabalho (GT) intitulado "Direitos Sociais e Políticas Públicas I", que ocorreu no dia 19 de setembro. O GT proporcionou um espaço de diálogo e reflexão sobre temas essenciais ao desenvolvimento e implementação de políticas públicas voltadas à garantia dos direitos sociais.

Diversos estudos foram apresentados por acadêmicos e pesquisadores, abordando questões contemporâneas e desafiadoras no campo dos direitos sociais, revelando o impacto dessas políticas em diferentes áreas. A seguir, estão listados os temas discutidos e seus respectivos autores:

1. Fim do Período Escravocrata: As Bases para o Desenvolvimento do “Capitalismo Periférico”

Autores: Murilo Trindade e Silva, Milena Barbosa Pereira Ferreira, Renato Duro Dias

2. Judicialização de Políticas Públicas e as Possibilidades de Soluções Alternativas: Estudo de Caso sobre o Benefício de Prestação Continuada

Autora: Julia Alfradique Leite

3. O Impacto da COVID-19 na Segurança Alimentar do Brasil e da República Dominicana

Autores: Ernesto Valdivia Romero, Ilton Garcia Da Costa

4. O Orçamento Público: Função, Controle Orçamentário e Instrumento de Participação Social

Autores: Alessandra Almada de Hollanda, Celso De Albuquerque Silva

5. O Salário-Maternidade para Casais Homoafetivos: Uma Análise Acerca do Julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.211.446 – Tema 1072 - STF

Autores: Laís Reis Araújo Nazaré, Marcelo Toffano, Silvio Marques Garcia

6. O Trabalho em Condições Análogas à Escravidão no Brasil para Além das Vulnerabilidades Sociais

Autores: Rosane Teresinha Porto, Juliana Tozzi Tietböhl, Andre Ricardo Guimaraes Reckziegel

7. Oficina de Divórcio e Parentalidade: Uma Relevante Política Pública para Resguardar a Proteção Integral da Criança e do Adolescente

Autores: Juliana Raquel Nunes, Marisa Sandra Luccas, Patrícia dos Santos Chiavelli

8. Pelo Direito de Planejar Nossas Famílias: Questões Fundamentais Relacionadas à Autonomia, Igualdade de Gênero e Direitos Reprodutivos

Autores: Juliana Toralles Dos Santos Braga, Marli Marlene Moraes Da Costa

9. Pobreza e Racismo: O Retrato Persistente do Brasil Desigual

Autores: Gilson Ely Chaves de Matos, Andréia Caroline da Silva de Oliveira, Patrick Costa Meneghetti

10. Policiamento Preditivo e Violência de Gênero: Uma Análise sobre a Política Pública de Avaliação de Risco Brasileira

Autora: Amanda Machado Celestino Pires

11. Políticas Públicas de Adaptação das Mudanças Climáticas e sua Interface com a Educação Ambiental para a Garantia dos Direitos Humanos e da Natureza no Brasil

Autores: Ernaldo Oliveira De Medeiros, Adriana da Silva Ferreira, Sébastien Kiwonghi Bizawu

12. Políticas Públicas Municipais e Terceirização: Possibilidades e Limites

Autores: Giovani da Silva Corralo, Lucas Dreher Bernardi

13. Políticas Públicas: Enfrentando o Feminicídio e as Desigualdades de Gênero

Autores: Jordanna Macedo Bento Alvarenga, Silvana Beline Tavares

14. Projeto Restauração à Luz da Teoria de Maturana: Avaliação de Política Pública de Justiça Juvenil Restaurativa

Autora: Marinella Geronimo da Silva Quinzeiro

15. Reforma Psiquiátrica no Brasil: Fundamentos e Desafios para Consolidação

Autores: Cassius Marcellus de Freitas Rodrigues, José Querino Tavares Neto

16. Tecnologia para a Gestão de Sistemas Educacionais: Políticas Públicas para a Infância e a Juventude

Autores: Catharina Orbage De Britto Taquary Berino, Daniel Machado Berino, Eneida Orbage De Britto Taquary

A qualidade dos trabalhos apresentados no GT "Direitos Sociais e Políticas Públicas I" durante o XIII Encontro Internacional do CONPEDI foi verdadeiramente notável, refletindo o compromisso dos participantes com a pesquisa de alto nível e a inovação acadêmica. As contribuições dos estudiosos trouxeram insights profundos e promoveram um debate enriquecedor sobre os desafios contemporâneos e as perspectivas futuras nessas áreas cruciais do Direito. A diversidade de temas abordados, que vão desde a judicialização das políticas públicas até a análise da segurança alimentar e questões de gênero, evidenciam a relevância e a complexidade das discussões apresentadas.

Este encontro não apenas consolidou o papel do CONPEDI como uma referência no cenário acadêmico nacional e internacional, mas também reafirmou o compromisso com a qualidade científica e a excelência na produção do conhecimento jurídico. A interação entre pesquisadores de diferentes regiões e instituições fortalece o intercâmbio de ideias e soluções inovadoras para questões urgentes e estruturais da sociedade, elevando o nível das pesquisas e contribuindo diretamente para o desenvolvimento das políticas públicas nos países do MERCOSUL, em especial no Brasil e no Uruguai.

Convidamos calorosamente todos os interessados a explorarem os frutos deste encontro por meio dos anais do evento, onde os textos completos dos trabalhos estão disponíveis. Essa plataforma representa uma oportunidade valiosa para acessar de forma integral as análises e reflexões apresentadas, ampliando o debate acadêmico e permitindo que mais vozes se juntem à construção do conhecimento jurídico.

Agradecemos profundamente a todos os participantes, coordenadores e apoiadores que contribuíram para o sucesso do evento. O empenho e a dedicação de cada um foram fundamentais para promover o avanço contínuo da pesquisa jurídica nos países do MERCOSUL, em especial no Brasil e no Uruguai.

Temos a certeza de que os impactos desse encontro reverberarão no fortalecimento das políticas públicas e no aprimoramento da proteção dos direitos sociais.

Prof. Dr. Frederico Thales de Araújo Martos (FDF – UEMG)

Profa. Dra. Janaína Machado Sturza (UNIJUI)

Profa. Dra. Leticia Iglesias (FDER – UDELAR)

O SALÁRIO-MATERNIDADE PARA CASAIS HOMOAFETIVOS: UMA ANÁLISE ACERCA DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.211.446 – TEMA 1072 -STF

MATERNITY SALARY FOR SAME-AFFECTIVE COUPLES: AN ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF EXTRAORDINARY APPEAL N. 1,211,446 – TOPIC 1072 –STF

Laís Reis Araújo Nazaré
Marcelo Toffano
Silvio Marques Garcia

Resumo

O objetivo do presente artigo é realizar uma análise acerca da evolução do salário-maternidade no Brasil. Inicialmente fez-se necessário entender quando e por quais motivos se deram as mudanças ocorridas no referido benefício, além de explanar quais os princípios constitucionais e de direito de família nortearam as decisões que culminaram no cenário atual. Justifica-se o estudo pela necessidade compreender se a mãe biológica ainda é detentora do benefício, após o seu todo o processo evolutivo, assim como das novas espécies de família. A partir de 2024 (Recurso Extraordinário n. 1.211.446 - Tema 1072, STF), o Supremo Tribunal Federal autorizou o recebimento do benefício à trabalhadora, ou funcionária pública, desde que não gestante, que em união homoafetiva tenha cedido o óvulo para a gestação por sua companheira. Como metodologia, foi utilizado o método dedutivo. Foi efetuado um estudo qualitativo, de cunho exploratório e realizadas as seguintes modalidades de pesquisa: bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Salário-maternidade, Tema 1072 do stf, Inseminação artificial heteróloga, Maternidade biológica, Casais homoafetivos

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this article is to carry out an analysis of the evolution of maternity pay in Brazil. Initially, it was necessary to understand when and for what reasons the changes occurred in the aforementioned benefit, in addition to explaining which constitutional and family law principles guided the decisions that culminated in the current scenario. The study is justified by the need to understand whether the biological mother still holds the benefit, after the entire evolutionary process, as well as the new family species. As of 2024 (Extraordinary Appeal No. 1,211,446 - Theme 1072, STF), the Federal Supreme Court authorized the receipt of the benefit to the worker, or public servant, as long as she is not pregnant, who in a same-sex union has given the egg to the pregnancy by his partner. As a methodology, the deductive method was used. A qualitative, exploratory study was carried out and the following research modalities were carried out: bibliographic and documentary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Maternity pay, Topic 1072 of the stf, Heterologous artificial insemination, Biological maternity, Same-sex couples

1 INTRODUÇÃO

O principal objetivo do presente artigo é entender como se deu a evolução da salário-maternidade no Brasil. Apontar quando e por quais motivos se deram as mudanças ocorridas no referido benefício, além de explanar quais os princípios nortearam as decisões que culminaram no cenário atual.

A pesquisa do tema se justifica pela necessidade de se entender se a mãe gestante/puérpera ainda é, de fato, a principal beneficiária do salário-maternidade. Afinal, após toda a transformação que o benefício passou, hodiernamente, a entidade familiar (em suas mais variadas formas) possui proteção principiológica e legal.

Afinal, após 2011 o conceito de família mudou (ADI 4277 e da ADPF 132) e, consequentemente, ampliaram-se as modalidades de concessão do salário-maternidade, sendo permitida, agora em 2024 (Recurso Extraordinário n. 1.211.446 - Tema 1072, STF), o recebimento do benefício à trabalhadora ou servidora pública, não gestante, que em união homoafetiva tenha cedido o óvulo para a gestação por sua companheira.

Como metodologia, foi utilizado o método dedutivo. Foi realizado um estudo qualitativo de natureza exploratória. As diferentes espécies de pesquisa elaboradas foram a bibliográfica e a documental.

2 A PROTEÇÃO LEGISLATIVA À MATERNIDADE NO BRASIL

O tratamento diferenciado para a mulher gestante e empregada no Brasil teve início com a regulamentação, pelo Decreto 21.417-A de 17/5/1932, das condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. O artigo 13 dessa norma proibia que a mulher fosse dispensada com fundamento na gravidez e sem outro motivo que justificasse sua dispensa. (Brasil, 1932)

O referido Decreto vedava (artigo 7º e parágrafos) o labor da mulher gestante durante as quatro semanas que antecedessem o parto e as quatro posteriores, podendo tais períodos ser prorrogados, em casos excepcionais, por até duas semanas em cada um dos períodos (antes e pós parto), desde que comprovados por atestado médico. (Brasil, 1932)

O diploma normativo também garantia que durante seu afastamento do trabalho a mulher receberia um auxílio correspondente à metade da média salarial dos seis últimos meses, além de ter garantido o direito ao lugar que ocupava antes de seu afastamento (artigo 9º). A responsabilidade pelo pagamento do auxílio era das Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e, na ausência delas, era do empregador. (Brasil, 1932)

Em âmbito constitucional, o artigo 121, parágrafo 1º, alínea "h", da Constituição de 1934 (Brasil, 1934) também garantiu o descanso da mulher antes e depois do parto, bem como manutenção do salário e do emprego. A efetividade da proteção à mulher, no entanto, já era alvo de críticas. Como observa Miranda (2013, p. 19), alguns juristas consideravam que esse decreto era um sinal positivo do compromisso do governo Vargas com a melhora das condições de trabalho das mulheres. De outro lado,

> [...] as feministas próximas a Bertha criticavam a falta de empenho do governo para fazer cumprir os artigos do decreto que previam a oferta por empregadores de creches no espaço de trabalho, além de proteção às trabalhadoras gestantes. Elas observavam também que o decreto de 1932 não considerou a situação das mulheres casadas, que eram ainda limitadas em seus direitos pelo Código Civil. (Miranda, 2013, p. 19)

As Constituições de 1937 (artigo 137, alínea "l") e de 1946 (artigo 157, inciso X) continuaram no mesmo caminho, ao garantir o descanso da mulher antes e depois do parto, bem como manutenção do salário e do emprego. (Brasil, 1937; Brasil, 1946)

Com a criação da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452 de 1º/5/1943), foi ampliado o período de afastamento do trabalho pela mulher gestante/puérpera. O artigo 392 da legislação consolidada estendeu o período de quatro semanas (pré e pós parto) para seis semanas (também pré e pós parto). (Brasil, 1943)

Apesar de todas essas garantias legais à mulher gestante/puérpera, é preciso lembrar que até 1962 o desempenho de atividade laborativa pela mulher casada dependia de autorização pelo marido (artigo 242, inciso VII, do Código Civil de 1914). (Brasil, 1916). Aliás, a igualdade, apesar de presente em todas as Constituições brasileiras, era limitada ou até mesmo não era aplicada. Na época do Império, por exemplo, a mulher era totalmente subordinada ao pai ou ao marido, a quem devia obediência. Segundo Miranda (2013, p. 9):

> As leis não discriminavam as mulheres como um grupo, todos tinham os mesmos direitos entre si. Mas isso não significava ter direitos iguais aos dos homens. Dessa forma, todas as mulheres tinham os mesmos direitos: de não votar, e muito menos ser votadas, de não poder estudar ou trabalhar, de ser mandada pelo pai e depois pelo marido.

Foi somente a partir dos anos 1960 que as mulheres iniciaram manifestações sociais para lutar pela dignidade, cidadania, igualdade e para eliminar desvantagens culturalmente arraigadas na sociedade brasileira. Isso resultou na edição do Estatuto da Mulher Casada, que ampliou os direitos das mulheres em relação aos seus maridos.

O referido Estatuto (Brasil, 1962), apesar de manter o homem como chefe da sociedade conjugal (artigo 233), estabeleceu que o pátrio poder seria exercido com a colaboração da mulher, além de autorizar que a mulher trabalhe fora do lar sem a necessidade

de autorização do marido (artigo 242), bem como o direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa de sua atividade laborativa, sem que o produto de seu trabalho respondesse pelas dívidas do marido (artigo 246). (Brasil, 1962).

Na mesma linha das Constituições anteriores, a de 1967 (artigo 158, inciso XI) também garantiu à mulher descanso remunerado, antes e depois do parto, bem como a manutenção do emprego e do salário. (Brasil, 1967)

Posteriormente (pela redação dada à CLT pelo Decreto-lei nº. 229 de 28/2/1967) o afastamento passou a ser durante as quatro semanas que antecedessem o parto e as oito semanas posteriores, além da possibilidade de prorrogação, em casos excepcionais, por até duas semanas em cada um dos períodos. (Brasil, 1967)

O Decreto-lei nº. 229 de 28/2/1967 também incluiu na CLT (artigo 393) que a mulher que se afastasse em virtude de gestação teria direito ao recebimento de seu salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos seis últimos meses de labor, além de garantir o retorno na função que ocupava quando do afastamento. (Brasil, 1967)

Em 1974, com a Lei n. 6.136/1974, o salário auferido pela mulher ao se afastar do trabalho do trabalho em virtude da gestação passou a receber o nome de salário-maternidade (Brasil, 1974), sendo concedido por 84 dias (Garcia, 2023, p. 362).

A natureza jurídica do referido salário passou a ser de benefício previdenciário (Schneider; Sartori, 2015, p. 140), a responsabilidade pelo pagamento foi transferida para a Previdência Social, conhecido como Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e, desde 1990, como Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) (Decreto n° 99.350/90).

Desde essa modificação, cabia à empresa adiantar o salário-maternidade à empregada em gozo da licença e, posteriormente, a empresa era reembolsada por meio da compensação desse valor quando do recolhimento das contribuições devidas ao IAPAS (Castro; Lazzari, 2023): Essa forma de ressarcimento é utilizada até os dias atuais.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988 (Brasil, 1988), foram previstos inúmeros direitos sociais, dentre eles, a proteção à maternidade e à infância (artigo 6º), também previstos nos artigos 391 a 400 da CLT (Brasil, 1943). Ademais, os direitos relacionados às gestantes são tutelados pela Seguridade Social, mais especificamente pela Previdência Social, conforme artigo 201, inciso II da Constituição Federal de 1988.

A partir da Constituição de 1988, o benefício de salário-maternidade, anteriormente concedido por 84 (oitenta e quatro) dias, passou a ser concedido pelo prazo de 120 dias, podendo ter início 28 dias até 28 dias antes do parto (Garcia, 2023, p. 362).

A Lei n. 8.213/91, em seus artigos 71 a 73, garantiu o pagamento do salário-maternidade às trabalhadoras, urbanas ou rurais, durante 120 (cento e vinte) dias, iniciando-se 28 dias antes do parto, desde que implementados os requisitos legais (Brasil, 1991).

Ao longo de 92 anos (1932-2024) o salário-maternidade passou por grandes transformações, afinal, antes de 1932 inexistia menção à proteção da mãe trabalhadora. Ato contínuo, a possibilidade de recebimento do benefício surgiu, trouxe segurança ao emprego e ao salário da mulher e ampliou seu prazo. Todavia, no que tange ao seu tempo de gozo, desde 1988, o prazo ainda é de 120 dias o que, *de lege ferenda*, é um ponto que ainda precisa ser analisado com maior cautela para proteção especial das partes envolvidas – mães e filhos.

2.1 O Direito à Igualdade no Salário-Maternidade: Adoção

A possibilidade de adoção surgiu no Brasil com a vigência do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071 de 1º/1/1916), que estabeleceu a possibilidade de adoção por casais casados a no mínimo 5 anos, que não possuíssem filhos, que tivessem mais de 50 anos de idade e com diferença de pelo menos 16 anos com o adotado, inclusive com a possibilidade de solicitar o cancelamento da adoção em casos de ingratidão do adotado (Brasil, 1916).

A possibilidade de adotar, na condição de solteiro, surgiu em 1990 com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990). Segundo Levy e Féres-Carneiro (2002 Apud Santos et. al, 2011, p. 90)

> o desejo de ser mãe e o medo da solidão como principais motivadores. Esses aspectos estavam associados à ênfase na realização profissional, à necessidade de cuidar e de ser cuidada, ao casamento com homem mais velho, no caso das participantes viúvas, e ao desejo de ampliar a família.

Cediço que dentro do livre planejamento familiar está a possibilidade de adoção. Fato que impactou diretamente a possibilidade de concessão do salário-maternidade na adoção (Lei n. 10.421/02). A concessão do benefício à mãe adotiva é possível, mesmo se benefício semelhante já tiver sido recebido pela mãe biológica. Nas adoções de duas ou mais crianças, foi prevista a concessão de um único salário-maternidade à adotante. (Consorte e Johann, 2018, p. 7). Para Silva (2018 Apud Garcia, 2023, p. 361) inicialmente:

> O salário-maternidade foi instituído para proteção da mulher, que, passando pelas mudanças físicas e psicológicas acarretadas pela gestação, precisa de um período para se recompor. Ainda, o benefício também de um período para se recompor. Ainda, o benefício também é concedido por se reconhecer a importância dos primeiros meses do bebê no fortalecimento do vínculo entre mãe-bebê, além dos cuidados especiais que esses primeiros dias do bebê requerem.

A possibilidade de recebimento de salário-maternidade pelas mães adotantes e guardiãs para fins de adoção (Lei n. 10.241/2002), foi prevista de forma escalonada (120, 60 e 30 dias) com base na idade da criança adotada (até 1, entre 1 e 4 e entre 4 e 8 anos). Não foi previsto o benefício para os homens adotantes ou guardiões legais com intuito de adoção. (Garcia, 2023, p. 366-367)

Após o Supremo Tribunal Federal reconhecer, a união homoafetiva como entidade familiar (sujeita às mesmas regras e consequências da união estável) no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2011), é que se foi editada a Medida Provisória n. 619/2013, que estabeleceu a igualdade no recebimento do benefício por 120 dias pelas mães biológicas, adotantes (unilaterais) ou pelas guardiãs com intuito de adoção, observando o limite de idade de 12 anos estabelecido pelo ECA (Garcia, 2023, p. 367).

A Lei n. 13.509/2017 modificou o artigo 392-A da CLT com o intuito de assegurar que a licença-maternidade seja garantida na adoção de crianças (até 12 anos) e adolescentes. Todavia, a legislação previdenciária limita o recebimento do referido benefício aos adotantes ou guardiões legais de crianças menores de 12 anos, de modo que, no caso de adoção de adolescentes o pagamento do benefício ficará a cargo do empregador desestimulando a adoção de maiores de 12 anos (Garcia, 2023, p. 368). Pedro Lenza enfatiza que

> Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção *Oração aos Moços*, de Rui Barbosa, inspirada na lição secular de Aristóteles, devendo-se "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. (Lenza Apud Macêdo; Lasmar, 2022, p. 305)

A possibilidade de recebimento de licença-maternidade por adotantes e guardiões legais com o intuito de adoção "desempenha um papel crucial no exercício do livre planejamento familiar, pois, através dela, o casal pode se dedicar aos cuidados com os filhos, através de seus membros, sem olvidar os reflexos sobre a distribuição de tarefas decorrentes da sua atual forma de fruição". (Macêdo; Lasmar, 2022, p. 309).

Por sua vez, a Lei 12.873/2013 promoveu modificações significativas em relação ao salário-maternidade. Acrescentou o artigo 392-A, parágrafo 5º, da CLT, que prevê a concessão do salário-maternidade aos cônjuges ou companheiros que obtiverem a adoção ou guarda judicial, inclusive sem distinção quanto ao gênero do beneficiário adotante ou guardião, o que impactou diretamente na possibilidade de recebimento de salário-maternidade pelo pai, como abaixo será demostrado.

2.2 Extensão do Direito ao Salário-Maternidade ao Pai

A Medida Provisória n. 619/2013, convertida na Lei n. 12.873/2013, acrescentou a possibilidade de recebimento do salário-maternidade por homens adotantes (unilaterais) ou guardiões legais com intuito de adoção (o artigo 71-A na Lei nº. 8.213/91). (Brasil, 1991).

A referida Lei n. 12.871/2013 também incluiu na Lei n. 8.213/91 o artigo 71-B, que prevê a possibilidade de recebimento de salário-maternidade pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente (desde que ele tenha qualidade de segurado) em caso de falecimento de quem estava recebendo (ou receberia) o benefício, salvo nos casos falecimento ou abandono do filho (Garcia, 2023, p. 368-369). Macêdo e Lasmar (2022, p. 304-305) asseveram que:

> a alteração feita pela Lei 12.873/2013 no art. 392-B da CLT teve por fim assegurar ao cônjuge ou companheiro empregado, em caso de morte da genitora, o gozo de licença por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou na hipótese de seu abandono.

Nesse cenário, verifica-se que a legislação previdenciária tem passado por mudanças significativas com o intuito de acompanhar a evolução da família contemporânea. Ademais, existem proposições legislativas que sugerem a possibilidade de recebimento de salário-maternidade (não se está falando de licença paternidade de 5 ou 20 dias, mas sim de 120 ou 180 dias, conforme o caso), inclusive com sugestão de modificação de nomenclatura para salário-natalidade ou salário-parentalidade. A concessão da prestação social que visa a amparar a maternidade deve ser concedida, sem distinções, para casais homoafetivos constituídos por dois homens ou duas mulheres. (Garcia, 2023, p. 367).

As mudanças legislativas são expressivas, as normas civis, trabalhistas e previdenciárias evoluíram ao longo do tempo, acompanharam o desenvolvimento do conceito amplo do que é considerado como família, permitiram a concessão do salário-maternidade não apenas as mães biológicas, mas também, sem distinção de gênero, aos cônjuges ou companheiros que obtiverem a adoção ou guarda judicial com o intuito de adoção.

3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 Da Dignidade da Pessoa Humana

É importante destacar que o Direito de Família, no Brasil, está em constante estágio de evolução. Diversas modalidades familiares, antes não admitidas, foram com tempo, ganhando reconhecimento e consequentemente direitos constitucionais fundamentais.

A família homoafetiva, embora ainda não faça parte do texto constitucional atual, foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, de 2008, com repercussão geral. [ADPF 132/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 mai. 2011, dje-198 divulg. 13 out. 2011 pub. 14-10-2011, ementa, vol. 02607-01, p. 00001]. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2008).

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial comum a todas as pessoas humanas, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. (Pereira, 2016, p. 111.) Portanto, qualquer ato que venha a trazer um prejuízo ao ser humano, resulta em uma afronta ao referido princípio. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. (Barroso, 2015, p. 285).

O princípio da dignidade da pessoa humana, é um dos fatores fundantes da República brasileira (CF, art. 1º, inciso III), sendo também considerado uma das bases do planejamento da família (CF, art. 226, § 7º). (Brasil, 1988). Conclui-se assim que o referido princípio é um fundamento imperativo de todo o sistema jurídico, um valor que que respalda a CF/88 como critério para a efetivação dos demais direitos por ela estabelecidos.

Ingo Wolfgang Sarlet, leciona que a dignidade da pessoa humana:

> [...] é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacada, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que seja concedida dignidade. (Sarlet, 2010, p. 101).

A vida dos seres humanos, desde que digna, exige a presença certas qualidades para que estes se identifiquem com plenitude em uma sociedade. Portanto, identidade de gênero, etnia, origem e cultura, acabam sendo considerados elementos formadores da personalidade dos indivíduos, e assim sendo, também da dignidade pertencente a eles.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em homenagem ao jurista e filósofo alemão Peter Häberle, descreve que a relevância da socialização cultural, deve ter início no seio familiar e incluir “metas educacionais para inculcar a dignidade humana, tolerância, respeito às minorias e respeito mútuo pela igualdade dos direitos fundamentais”. (Mendes, 2016, p. 47).

O grande desafio, encontrado hoje em dia pelo princípio da dignidade da pessoa humana é conseguir alcançar os menos favorecidos na sociedade, e também toda e qualquer pessoa que sofra alguma modalidade de atos discriminatórios. Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana, perpassa qualquer geração de direitos fundamentais, sendo que para que esses indivíduos consigam expressar sua identidade, faz-se extremamente necessário que se tornem efetivos, os direitos sociais, econômicos e culturais.

> A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (Sarlet, 2006, p. 60).

Cabe aos Estado, a elaboração e propositura de políticas públicas garantidoras da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, sejam estas famílias de qualquer natureza, sendo no aspecto privado, no convívio entre elas na sociedade, provendo sua segurança. É fundamental criar políticas públicas para a promoção de equilíbrio social.

3.2 Do Direito à Identidade

Os direitos da personalidade (Código Civil, artigos 11 a 21), abrangem os aspectos que constituem a identidade dos seres humanos, como nome, imagem, e controle sobre o corpo.

> A personalidade diz respeito à vida, à integridade física e psíquica, à proteção ao nome, à imagem, à honra, à intimidade e a vida privada. As características que compõem e personalidade são indisponíveis, irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis. (Garcia, 2023, p. 181).

O direito à identidade, é um componente do direito da personalidade e se fundamenta na dignidade da pessoa humana, afinal todo ser humano possui o direito de ser reconhecido como uma pessoa. De acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva

> O indivíduo é o atributo de algo que não se pode dividir. Cada indivíduo, portanto, tem vida própria e deve ser reconhecido como um ser. A identificação como pessoa faz parte da do direito à uma existência digna. (Silva, 2001, p. 200-201).

A definição de identidade de gênero refere-se ao formato de como o ser humano se identifica, sendo homem ou mulher.

A identidade de gênero, é a maneira como se dá a auto identificação da pessoa perante sociedade, envolvendo uma série de características, dentre elas: as pessoais, as sociais, as familiares, incluindo os se desejos sexuais e capacidade de se expressar.

Trata-se, portanto, de uma construção gradual da sociedade, que pode ser alterada de acordo com o local e a cultura de cada povo. É algo muito mais abrangente do que a noção binária do sexo biológico. “Em muitos casos, a identidade de gênero gera a necessidade de intervenções cirúrgicas, que podem, a depender do indivíduo, ser indispensáveis para a sua saúde física e mental”. (Rocha, 2021, p. 2.349).

O gênero não está interligado as concepções objetivas do ser, mas sim as concepções intersubjetivas, necessitando, assim, de uma ampla proteção do direito, garantido a ao ser humano uma forma de se autodeterminar.

3.3 Do Direito à Liberdade

O direito à liberdade foi um dos primeiros a serem reconhecidos nas primeiras constituições, fazendo parte da primeira geração de direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já trazia a liberdade como uma característica inata do indivíduo.

> Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.
> Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei. (França, Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

Nos dias atuais, entende-se que a liberdade é um conceito abstrato, inerente a natureza do ser humano, anterior a formação da sociedade, e é justamente em razão desta complexidade, que gera dificuldades em exigi-la, surge a carência da proteção do Estado. Na Constituição de 1988, a liberdade já se encontra no preâmbulo.

A liberdade não consiste apenas na liberdade de ir e vir, mas de forma extremamente abrangente, integra a liberdade de locomoção, a de pensamento, escolha do *modus vivendi*, da

participação nas decisões políticas do Estado. Além da liberdade de crença, pensamento, expressão, reunião e identificação cultural na sociedade. (Garcia, 2023, p. 189).

A sociedade moderna, se esforçou na construção de uma sociedade que seja livre de qualquer forma de preconceitos e discriminações, sendo que a pluralidade e as diferenças sejam garantidas como deveres jurídicos. Os seres humanos, até então considerados como marginalizados, como afrodescendentes, mulheres, deficientes, homossexuais, começaram a ganhar força no cenário jurídico. No dizeres de Judith Butler,

> Está em jogo nessa reformulação da materialidade […] a construção do sexo não mais como um dado corporal sobre o qual o construto do gênero é artificialmente imposto, mas uma norma cultural que governa a materialização dos corpos, […] uma vinculação desse processo de 'assumir' um sexo com a questão da identificação e com os meios discursivos pelos quais o imperativo heterossexual possibilita certas identificações sexuadas e impede ou nega outras identificações. (Butler, 2000, p. 155).

A liberdade, segundo a dignidade da pessoa humana, está na qualidade dos indivíduos autodeterminarem suas próprias identidades, manifestando seus afetos e constituindo suas próprias famílias. Porém, destaca Maria Berenice Dias que "só haverá liberdade se houver ao mesmo tempo e na mesma proporção, a igualdade. Sem igualdade, não há liberdade, mas dominação". (Dias, 2016, p. 46). Conclui-se, desta forma, que existe uma relação de complemento entre liberdade e igualdade.

3.4 Do Direito à Igualdade e Respeito às Diferenças

Embora o direito à igualdade também esteja previsto desde as primeiras constituições e declarações de direitos, nas constituições atuais, há o reconhecimento de que os indivíduos nascem iguais, tanto em direitos quanto a obrigações. Tal aclamação se revela uma ferramenta jurídica robusta para transformação social, que possui justamente na desigualdade um de seus principais caracteres.

A igualdade, sem qualquer restrição, seja de sexo, idade, etnia, cor da pele, crença religiosa, afiliações ideológico-partidárias, faz parte de uma grande evolução do instituto jurídico de promoção da dignidade humana.

Oportuno salientar que a igualdade está intimamente ligada a ideia de cidadania e pressupõe também o respeito às diferenças. Alguns autores defendem a existência de um outro tipo de igualdade: a igualdade como reconhecimento, que expressa o "respeito devido às minorias, sua identidade e diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais que o respeito à

diferença" (Dias, 2016, p. 50). Se todos são iguais perante a lei, todos devem estar incluídos no laço social. (Lima, 1993, p. 44).

A dignidade só pode ser exigida, a partir do momento que se reconheça no outro um indivíduo portador de dignidade igualmente conferida a qualquer um. Porém, verifica-se que os indivíduos são desiguais entre si, e que tais desigualdades possibilitam uma diversidade cultural. Conclui-se que ao lado do direito à igualdade, está o direito à diferença, ou seja, o direito de se autodeterminar e existir como sendo diferente.

A igualdade jurídica deve ser aplicada em todas as relações entre os que são iguais. Onde ocorrer a desigualdade, cabe ao Estado organizar políticas públicas para combater as formas de discriminação, concretizando-se a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

> A exclusão dos direitos de indivíduos transgêneros é contrária ao valor traduzido no princípio da isonomia. De outro lado, a recente multiplicação dos gêneros, construída por indivíduos que se identificam como não binários e que são designados pela sigla LGBTQIAP, coloca em xeque a divisão binária e desperta questionamentos acerca da viabilidade de determinadas políticas afirmativas exclusivamente em favor do gênero feminino, já que existe uma ampla diversidade de gêneros que também são marginalizados e não gozam de semelhantes privilégios. (Garcia, 2023, p. 199).

Nas entidades familiares, é dever destacar a igualdade. A igualdade preconizada pela Constituição Federal em seu art. 5º, caput, "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (Brasil, 1988), se traduz em completa ineficiência para afastar desigualdades familiares. Complementa a esta afirmação, Maria Berenice Dias

> Implementar a igualdade não é conceder à mulher o tratamento privilegiado de que os homens sempre desfrutaram, sob pena de se reconhecer que o modelo é o masculino. É importante lançar um olhar mais detido sobre a condição da mulher para aferir se realmente há igualdade ou se esta é apenas formal. (Dias, 2016, p. 101).

O Direito de Família, embora tenha se modernizado nas últimas décadas, ainda apresenta várias desigualdades a ser sanadas.

4 DECISÃO DO STF NO RE 1.211.446

O Supremo Tribunal Federal, em 13.3.2024, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.211.446, no rito da repercussão geral analisou a possibilidade de concessão de licença-

maternidade à trabalhadora ou servidora pública não gestante que, em união homoafetiva, tenha cedido o óvulo para a gestação da criança por sua companheira.

O precedente analisou situação em que autora ajuizou ação contra o Município de São Bernardo do Campo, na qual solicitou a concessão de licença gestante fundamentada no fato de sua companheira estar grávida após fertilização *in vitro* com os óvulos da solicitante.

No caso, a companheira, que gestou a criança, era profissional autônoma, sem filiação a regime de previdência. Portanto, não iria receber nenhum benefício ou licença. Por isso, precisou trabalhar e ficou impossibilitada de cuidar da criança.

Nessa situação, a autora requereu a concessão da licença-maternidade, na qualidade de mãe biológica da criança. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, considerando o princípio da isonomia, ao fundamento de que direito idêntico é garantido às mães não gestantes em razão de adoção. Interessante notar que a sentença também destacou o direito da criança de ter os cuidados da genitora, garantindo-se o convívio da mãe com o filho, o que indica não caber limitar o direito apenas à mãe gestante.

O Tribunal de Justiça manteve a sentença, reafirmando a necessidade de maximização dos direitos fundamentais para as mães e também para a criança.

As razões do Recurso Extraordinário se apegaram ao princípio da legalidade, afirmando não haver previsão legal para a extensão do direito à licença-maternidade para a mãe não gestante. Afirmou-se ainda que o afastamento laboral remunerado (CF, art. 7º, XVIII) é exclusivo da mãe gestante, que necessita de um período de inatividade em que possa recuperar-se das alterações físicas decorrentes da gestação e do parto. Note-se ainda que a mãe que gestou a criança, uma vez que precisaria trabalhar, enquadra-se como segurada obrigatória da Previdência, na categoria contribuinte individual. Porém, não tendo vertido recolhimentos previdenciários, não teria direito ao salário-maternidade.

O voto do Min. Luiz Fux pontuou a ausência de legislação específica, a demonstrar que o tema está fundamentado no paradigma da heteroafetividade e no casamento.

O fundamento constitucional para a solução do caso passa pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente prestigiado pela Constituição de 1988, que também dá proteção às diversas formas e arranjos familiares que as pessoas constroem para buscar sua felicidade e estreitar vínculos afetivos. Cabe destacar, nesse sentido, que a Constituição de 88 consagrou uma concepção plural de família.

O julgamento do caso foi possível após a evolução jurisprudencial demonstrada em diversos outros casos, dos quais se destaca o reconhecimento das uniões estáveis

homoafetivas como entidades familiares, na ADI 4.277 (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/10/2011).

Reconheceu-se na oportunidade, que o conceito de família não poderia ser interpretado de forma reducionista, não cabendo restringir o reconhecimento como entidade familiar ao casamento e à união heteroafetiva.

No que diz respeito à licença-maternidade, é um direito que no seu início estava relacionado mais especificamente à proteção da o posto de trabalho da mulher e de sua inclusão no mercado de trabalho.

No plano internacional, a Convenção n. 3, de 1919, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), revisada em 1952, recebeu o n. 103, garantindo proteção à maternidade. Essa convenção foi internalizada na legislação brasileira pelo Decreto n. 58.820, de 14/7/1966, representando um marco para a proteção do trabalho da mulher no período da maternidade.

O art. 392 da CLT garantiu a licença-maternidade à trabalhadora: "A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário."

Posteriormente, a proteção que o Estado deve destinar à infância, à criança, à própria família ganhou destaque na Constituição de 1988. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, trouxe o princípio da proteção integral à criança.

Mais tarde não somente a gestante, mas também a mãe não gestante passou a ter direito à licença-maternidade. Num passo evolutivo mais recente, determinadas situações passaram a garantir o direito do pai à percepção da licença-maternidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atenta às modificações sociais da sociedade atual, especialmente ao conceito plural de família e à necessidade de proteção integral à criança, reconheceu a inconstitucionalidade da fixação de prazos distintos para a licença-maternidade concedida a mães adotivas e biológicas (RE 778.889 - Tema 782 da repercussão geral).

O Plenário da Corte Excelsa, no julgamento do RE 1.348.854 (Tema 1.182) estendeu que ao servidor público solteiro que adote criança o direito à licença-maternidade, por equiparação às condições de cuidado, afetivas e psicológicas típicas da relação de maternidade.

Também com repercussão geral, o plenário do Supremo assentou, no julgamento do RE 842.844 (Tema 842), que as servidoras públicas detentoras de cargos comissionados também possuem direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória no cargo.

Bem se vê que a licença-maternidade e o seu correspondente previdenciário, o salário-maternidade, passaram a ser prestações que garantem direitos da gestante, da mãe, do pai, da criança, da infância, da família e, em última análise da própria sociedade, que depende do afeto dedicado aos seus membros novéis. No seu voto, o Ministro relator destacou que a finalidade do instituto da licença-maternidade é o bem-estar da criança recém-nascida ou, no caso da adoção, recém-chegada à família:

> a licença-maternidade ostenta uma dimensão plural, recaindo sobre a mãe, o nascituro e o infante, além de proteger a própria sociedade, considerada a defesa da família e a segurança à maternidade. A licença também se destina à proteção de mães adotivas e de mãe não gestante em união homoafetiva que, apesar de não vivenciarem as alterações típicas da gravidez, arcam com todos os demais papeis e tarefas que lhe incumbem após a formação do novo vínculo familiar.

O Ministro Nunes Marques enfatizou a dupla proteção:

> A licença-maternidade pode ser analisada sob dois prismas: primeiro, o de direito da mulher de ter a maternidade protegida; segundo, o de direito da criança à saúde, ao aleitamento materno e à convivência familiar. Ambos encontram amparo no Estatuto da Criança e do Adolescente [...]

A proteção à relação entre mãe e filho também foi evidenciada no voto do Ministro Edson Fachin, que ressaltou:

> Por isso a discussão, de um tempo para cá, como alguns votos que me antecederam já salientaram, sobre a licença-maternidade não contemplar apenas a mãe como destinatário, e sim a relação mãe e filho. Aqui, há uma localização nuclear sobre o melhor interesse das crianças, da proteção à própria criança, dimensão valorativa incorporada pelo próprio sentido da Constituição, no art. 227, quando estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado emanar esse arco de proteção.

A situação do caso paradigma é peculiar, uma vez que a servidora pública municipal era efetivamente mãe da criança e, enquanto tal não cabia à municipalidade negar o seu direito garantido na Constituição Federal e na legislação estatutária. Portanto, a solução do caso não importou inovação na ordem jurídica, mas apenas concessão de um direito óbvio constitucionalmente assegurado e já minuciosamente regulamentado em lei.

Nesse sentido, ao imiscuir-se na relação afetiva entre a criança e seus familiares, eis que advinda em uma relação homoafetiva, negou-se proteção fundamental à família, à mãe e à criança. O ato, portanto, mostrou-se inconstitucional.

Não se pode esperar que a lei traga a previsão de todas as situações possível, tais como o fato de a criança ter outra mãe, que, no caso em julgamento, não detinha nenhuma outra

relação previdenciária, o que poderia ser argumento para se evitar o pagamento de salário-maternidade em duplicidade.

No caso, portanto, a Administração deixou de observar o texto da Constituição Federal e negou um direito fundamental à mãe biológica.

Nem seria necessário, no caso da mãe biológica, portanto, alegar o direito à igualdade, pois tratava-se de uma mãe, efetivamente. O que poderia ser argumentado é a sua equiparação à gestante. Todavia, como se observou, a licença-maternidade não traz proteção unicamente à gestante. A esse respeito destacou o Ministro relator:

> É nesse sentido que, no caso sub examine, o reconhecimento da condição de mãe à mulher não gestante, em união homoafetiva, no que concerne à concessão da licença-maternidade, tem o condão de fortalecer o direito à igualdade material e, simbolicamente, de exteriorizar o respeito estatal às diversas escolhas de vida e configuração familiares existentes.

Uma das preocupações discutidas no julgado foi evitar a concessão de dupla licença-maternidade, para a gestante e para a mãe biológica.

O Ministro Alexandre de Moraes inaugurou divergência, no que foi acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli e pela Ministra Cármen Lúcia, no sentido de conceder a possibilidade do pagamento de licença-maternidade (de 120 à trabalhadora ou de 180 dias à servidora pública) para ambas as mães, a que gestou a criança e a que cedeu o óvulo.

Já o Ministro Zanin aventou a possibilidade de a mãe não gestante ter feito tratamento para amamentar a criança, o que apontaria, com maior razão a necessidade de concessão da licença, posição aproximada à licença parental compartilhada discutida atualmente em projetos de lei no Congresso Nacional.

O Ministro Alexandre de Moraes, focado mais na proteção à mãe, sugeriu o duplo pagamento, argumentando que os poucos casos não iriam impactar o equilíbrio da Previdência. Não é possível concordar com essa proposição, pois traria uma discriminação em relação aos pais heteroafetivos, que não têm direito a igual proteção, contentando-se o homem com o afastamento por cinco dias.

Ao final do julgamento, por maioria, foi fixada a seguinte tese: “A mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade.” Restaram vencidos, em parte, os Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia.

Um dos pontos que merece destaque, na decisão do STF, é a interpretação que estendeu o direito à licença e, consequentemente, ao salário-maternidade à mãe biológica que não gestou a criança.

Trata-se de uma novidade permitida pela tecnologia, pois somente nas últimas décadas é que a técnica de fertilização *in vitro* se popularizou e passou a ser oferecida com preços mais acessíveis. É uma técnica que permite que casais homoafetivos possam realizar o sonho da maternidade. No caso de casais compostos por duas mulheres, ambas são consideradas mães, uma por ter fornecido o material genético e a outra por ter gestado e dado à luz a criança, estreitando-se assim os laços familiares pela experiência da maternidade.

Dentre inúmeras formas possíveis de violência contra a mulher, talvez uma das mais marcantes seria a negativa do direito ao salário-maternidade, uma vez preenchidos os requisitos legais, ao fundamento de que não há previsão legal para a concessão do benefício à mãe não gestante. Essa ideia tolhe a capacidade da mulher de ser mãe, erigindo como requisito a higidez biológica. A prevalecer o argumento, não teria direito ao benefício a mãe adotante. O caso em exame é mais emblemático, porque aqui a maternidade se fez presente por uma ação da biologia e da inventividade humana.

Por extensão da decisão do Supremo, deve-se considerar possível a concessão da licença-maternidade ao pai solteiro, que tenha optado pela fertilização *in vitro* por meio de barriga de aluguel.

Um ponto da decisão do Supremo Tribunal Federal passível de crítica é a possibilidade de escolha, por uma das mães homoafetivas, em relação a qual delas vai receber o salário-maternidade, já que tal possibilidade, hoje em dia, não é extensível aos casais heteroafeitivos. A decisão, dessa forma, ao efetivar a igualdade, acaba gerando situação de privilégio que poderá ser alvo de futuros questionamentos.

5 CONCLUSÃO

O lapso temporal de quase 100 anos (1932-2024) mostrou grande evolução em relação à recebimento de salário-maternidade, permeando pela sua não existência (antes de 1932), pela concessão apenas às mães biológicas, pelo recebimento por adotantes ou guardiãs com o intuito de adoção (em 2002), ato contínuo, por pais adotantes ou guardiões legais, por casais homoafetivos e pelo cônjuge sobrevivente (em 2013).

Culminando na possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, em que a companheira tenha engravidado após

procedimento de inseminação artificial heteróloga, cujo reconhecimento se deu pelo STF no julgamento do Tema 1072 ocorrido dia 13.3.2024.

As alterações legislativas foram significativas ao passo que, visando garantir o direito à identidade, à liberdade, à igualdade e o respeito às diferenças é que houve o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar sujeita às regras e consequências iguais as da união estável heteroafetiva (em 2011) e, consequentemente, foram garantidos os direitos fundamentais constitucionais e a dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, é visível que o benefício do salário-maternidade não visa garantir apenas os direitos às mães gestantes, mas sim a entidade familiar, inclusive podendo questionar e refletir se o benefício está se transformando em uma prestação que tem como maior beneficiário a criança (em lugar da mãe).

REFERÊNCIAS

AMBAFRANCE. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao Acesso em: 2 jun. 2024.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015).

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#art233. Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 21.417-a, de 17 de maio de 1932**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-a-17-maio-1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal [1934]**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal** [1937]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal [1946]**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Disponível em:

https://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 229 de 28 de fevereiro de 1967.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0229.htm Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal [1967]**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.136%2C%20DE%207%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201974&text=Inclui%20o%20sal%C3%A1rio%2Dmaternidade%20entre%20as%20presta%C3%A7%C3%B5es%20da%20Previd%C3%AAncia%20Social. Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal [1988].** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto n° 99.350 de 27 de junho de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99350.htm Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 mai. 2011, dje-198 divulg. 13 out. 2011 pub. 14-10-2011, ementa, vol. 02607-01, p. 00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 maio 2011, dje-198 divulg. 13 out. 2011 pub. 14-10-2011, ementa, vol. 02607-01, p. 00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 778.889/PE**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10 mar. 2016. 01 ago. 2016. Publicado acórdão, DJE

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.348.854/SP,** Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 12 maio 2022. 20 maio 2022 Publicado acórdão, DJE

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 842.844/SC,** Rel. Min. Luis Fux, Tribunal Pleno, julgado em 5 out. 2023. 06 dez. 2023 Publicado acórdão, DJE

BUTLER, Judith. **Corpos que pensam**: sobre os limites discursivos do "sexo". In: LOURO, Guacira Lopes (org.). O corpo educado: pedagogias das sexualidades. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Método, 2023.

CONSORTE, Natielly; JOHANN, Marcia F. C. R. A Licença-Maternidade e o Salário-Maternidade como Direitos Sociais Garantidos aos Casais Homoafetivos e seus filhos. **6º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais**, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GARCIA, Silvio Marques. **Gênero, Identidade, Família e Previdência Social.** Londrina, Thoth, 2023

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Garcia, Silvio. Gênero, Identidade, Família e Previdência Social (Portuguese Edition) (p. 567). Edição do Kindle.

MACÊDO, Manoel Antônio Silva; LASMAR. Gabriela Mascarenhas A Licença-Maternidade no Contexto dos Novos Formatos Familiares. **Revista Campo da História**, v. 7, n. 1, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 30-56, jan.-abr., 2016. p. 47.

MIRANDA, Maria das Graças Gonçalves Paz. O Estatuto da Mulher no Brasil em 1962. 50 f. 2013. [Trabalho de Curso] Licenciatura em História – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre.

ROCHA, Maria Vital da; SÁ, Itanieli Rotondo. Transexualidade e o direito fundamental à identidade de gênero. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 2, n. 3, p. 2337-2364, 2013. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/03/2013_03_02337_02364.pdf. Acesso em: 5 mar. 2021. p. 2.349.

SANTOS, Carina Pessoa; FONSÊCA, Maria Cecília Souto Maior da; FONSÊCA, Célia Maria Souto Maior de Souza; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Adoção por pais solteiros: desafios e peculiaridades dessa experiência. **Psicologia: Teoria e Prática**, 2011, 13(2)

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHNEIDER, Caroline; SARTORI, Ellen Carina Mattias. A Lei 12.873/2013, as Estruturas Familiares Modernas e o Princípio da Igualdade: análise das novas regras de concessão do salário-maternidade em relação às famílias monoparentais. **Revista de Direitos Sociais,**

Seguridade e Previdência Social, e-ISSN: 2525-9865, Minas Gerais, v. 1, n. 2, Jul/Dez. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.