

Parecer

PG/PADM/020/2018/HCGS

Em 16 de agosto de 2018

REFERÊNCIA: PROCESSO N. 01/901.112/2018

CONSULTA JURÍDICA. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO CIVIL
DIREITO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES. LICENÇA
MATERNIDADE PATERNIDADE. SERVIDORA NÃO GESTANTE. UNIÃO
HOMOAfetiva.

I - RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Subsecretaria de Serviços Compartilhados, referente ao gozo de licença maternidade/paternidade por servidora não gestante.

O processo teve início com o Ofício GMI/IG/DRH nº 037/2018, encaminhando ao Coordenador de Administração de Recursos Humanos a solicitação de licença maternidade da servidora Rosângela Maria dos Santos Machado, casada com a servidora Priscila Anchieta da Silva (a qual está Bestando a criança) (fls. 02/11).

Os autos foram, então, remetidos à Gerência de Análise de Direitos e Vantagens da Coordenadoria de Normatização de Recursos Humanos, a qual informou que inexistente norma específica nesta Municipalidade que regulamente a situação posta nos autos, e sugeriu encaminhamento a esta Procuradoria (fl. 15).

Eis o breve relatório.

II - RAZÕES

II.1 — DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

As licenças concedidas em virtude do nascimento de um filho — licença maternidade e licença paternidade - possuem previsão constitucional no capítulo referente aos direitos sociais (art. 7º,

incisos XVIII e XIX), sendo asseguradas aos servidores públicos através do comando contido no art. 39, § 3º, da CF/88, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Na legislação municipal, a licença gestante é prevista no artigo 177, X, da Lei Orgânica do Município, na Lei nº 94/79¹, e no Decreto nº 35.575/12², que ampliou seu prazo para 180 dias.

Já a licença paternidade tem previsão no artigo 177, XII da Lei Orgânica do Município,

com redação dada pela Emenda 27³, de 07 de junho de 2017 que ampliou o benefício da licença paternidade para 20 dias.

A Lei⁴ n.º 4.840, de 27 de maio de 2008 estendeu o direito às licenças maternidade e paternidade aos pais adotantes, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, a fim de possibilitar o acolhimento da criança na nova família.

II.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LICENÇA MATERNIDADE

A licença maternidade surgiu no Brasil em 1943, com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT. A licença era de 84 dias e custeada pelo empregador, o que acabava por criar urna desvantagem adicional para as mulheres no mercado de trabalho. A Organização Internacional do Trabalho recomendava que a Previdência Social arcasse com os custos da licença, no lugar do empregado, o que veio a ocorrer, no Brasil, em 1973.

Foi introduzida, portanto, no ordenamento jurídico pátrio como um benefício de caráter previdenciário garantido à gestante com a finalidade de se recuperar do parto e cuidar

¹ Art. 101- À funcionária gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença com vencimento integral, pelo prazo de 4 (quatro) meses.

§ 1º - A licença será concedida a partir de início do oitavo mês de gestação, salvo prescrição médica diversa.

§ 2º - No caso de parto anterior à concessão, o prazo da licença contará desse evento.

§ 3º - Quando a saúde do recém-nascido exigir assistência especial, será concedida licença à funcionária, pelo prazo necessário, mediante laudo, e nos termos da Artigo 100.

§ 4º - A funcionária gestante terá direito, mediante laudo médico, a ser aproveitada em função compatível com seu estado, a contar do quinto mês de gestação, sem prejuízo do direito à licença de que trata este artigo.

² Art. 1.º Fica ampliada a licença à gestante, no âmbito da Administração Direta e Indireta do Município do Rio Janeiro, para cento e oitenta dias.

³ Art. 1º O inciso XII do art. 177 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 177 São assegurados aos servidores públicos do Município:

"XII - licença-paternidade de vinte dias;

(...)

§ 2º (...)

II - (...) (NR)"

⁴ Art. 1.º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder licença maternidade e paternidade aos servidores públicos municipais que adotarem filho(s).

Art. 2.º O servidor público municipal terá direito à licença maternidade e paternidade a partir da data da adoção.

§ 1.º O prazo concedido ao servidor público municipal que adotar filho(s) será de cento e vinte dias, no caso de licença maternidade, e de cinco dias, no caso de licença paternidade.

§ 2.º Na hipótese do parágrafo anterior, quando se tratar de adoção de dois ou mais filhos, concomitantemente, o prazo de licença maternidade será acrescido de sessenta dias, e de dois dias, o de licença paternidade.

do recém-nascido, permitindo inclusive seu aleitamento.

Desta forma, o benefício foi concebido, como em outros países, para proteção da mãe, no estado do pós-parto e do recém-nascido. O período de afastamento laboral tem lastro nos princípios da proteção à maternidade e à infância, direitos sociais constitucionalmente garantidos.⁵

II.3- DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988, frise-se, superou a ideia de família tradicional, hierarquizada, liderada pelo homem, chefe da sociedade conjugal. O texto constitucional criou uma noção de família mais igualitária, que não resulta apenas do casamento.

Com a mudança das relações familiares nas sociedades modernas, o direito, acompanhando essa evolução, passou a proteger a família em todas as suas manifestações, de forma plural, sem a necessidade do vínculo do casamento, igualando homens e mulheres em direitos e deveres, conferindo a todos igual proteção.

A sociedade moderna, em constante mutação, abriga hoje novos conceitos de entidade familiar. De fato, tempos atrás só se concebia família constituída originariamente de pai, mãe e filhos.

A evolução e o esclarecimento da sociedade atual vieram reconhecer as uniões homoafetivas, conferindo-lhes legitimidade anteriormente negada.

Nesta toada, ao julgar a ADI 4.277 em conjunto com a ADPF 132, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, aplicando-se-lhes, portanto, todos os princípios e garantias constitucionais de proteção ao núcleo familiar.

Quanto à expressão "entidade familiar", o Ministro Ayres Britto, relator da ADI 4277 e da ADPF 132, afirmou que: *"a terminologia entidade familiar não significa algo diferente de família, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão entidade familiar não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da subfamília, família de segunda classe ou família mais ou menos"*.

O art. 3º da CRFB/88 foi um dos alicerces do julgamento, ao dispor que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, considerando esta decisão do STF e o julgado do Superior Tribunal de Justiça quanto à inexistência de óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo (RESP 1.183.378/RS), o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175, de 14/05/2013, dispondo ser vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

⁵ Art. 62 São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Assim, o fato de o legislador no Brasil não prever expressamente a possibilidade de uma pessoa possuir dois pais (um socioafetivo e outro biológico) não pode servir de escusa para se negar proteção a situações de pluriparentalidade. Esta posição, agora adotada pelo STF, já era reconhecida pela doutrina. Veja-se:

"Não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder, familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. (..)" (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6ª ed. São Paulo: RT 2010, p. 370).

O principal alicerce deste entendimento é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CRFB/88. No campo do Direito de Família, a dignidade da pessoa humana confere ao indivíduo o direito de escolher o formato de família de acordo com as suas relações afetivas interpessoais, mesmo que elas não estejam previstas em lei.

Insta salientar que, em certos casos, a licença maternidade é deferida ao homem, como quando a mãe falece no parto, ou em adoções por homem solteiro.

Necessário compreender, destacando-se o princípio da isonomia, que os novos modelos de família, amparados pela Constituição, deverão ser reconhecidos e preservados com as peculiaridades inerentes a cada caso.

II.4 DA PREVIDÊNCIA

Como vimos no item II.1, a legislação pátria prevê dois tipos de licença: a gestante e a paternidade.

A licença à gestante hoje é estendida, à mãe adotante, e, na falta desta, ao pai adotante, bem como a licença paternidade é concedida ao pai adotante. Isto porque se verificou a que a adaptação do filho adotado requer igualmente a dedicação em tempo integral de um adulto, seja pai ou mãe independentemente do tipo de família constituída.

A legislação previdenciária, portanto, concede a um dos adultos a licença em tempo integral pelo período de 180 (cento e oitenta) dias e ao outro cônjuge, a licença de 20 dias.

Abstraindo-se, portanto, de quem exerça o tradicional papel feminino ou masculino, o legislador elegeu os benefícios previdenciários de licença maternidade e paternidade de forma diferenciada.

Poderia ter entendido necessária a licença de 180 dias ao pai também. Mas não o fez. O afastamento do trabalho gera custos para a previdência, que, desta forma, elege quais os benefícios são necessários, transferindo por óbvio o seu custo para a sociedade. A lei não é um fim em si mesma. Ela é concebida como fruto dos anseios da coletividade, que reputa que determinado bem deve ser protegido e seus ônus suportados por todos.

A igualdade de gêneros, a proteção à família em todas as suas formas de expressão, o respeito às uniões homoafetivas não deve, contudo, conduzir a uma situação de iniquidade.

De fato, a se conceber a concessão de licença maternidade a duas mães, uma biológica e a outra afetiva, integrantes de um mesmo núcleo familiar, estar-se-ia alargando

o espectro de concessão do benefício previdenciário e concedendo um privilégio ao casal composto por duas mulheres.

A se admitir a concessão na hipótese de duas licenças maternidades estaríamos concedendo mais direitos ao casal homossexual, já que o heterossexual teria direito ao gozo de uma licença maternidade e outra paternidade. Estar-se-ia, portanto, tratando situações equivalentes de forma desigual.

Indubitável que o objetivo do legislador é permitir que um dos cônjuges esteja disponível em tempo integral para atender às necessidades da criança.

Tanto é assim que a lei municipal que cuida da adoção de crianças por servidores prevê licença de 180 dias para um dos requerentes e para o cônjuge ou companheiro a licença de apenas 5 dias (ampliada depois para 20 dias através da edição da Emenda à LOM n° 27/20171).

Hipótese semelhante à presente foi apreciada pelo TJSP⁶, que entendeu, em primeira e segunda instâncias que o direito à licença maternidade caberia tão somente à mãe gestante, sendo que sua companheira teria direito à licença equivalente à licença paternidade, tendo em vista que *"deve haver uniformização de direitos e deveres entre as diversas formações familiares, razão pela qual não há como conferir mais direitos às famílias homoafetivas"*.

A decisão afirma não fazer discriminação de gênero, pois concedeu a licença nos mesmos moldes em que seria concedida a qualquer casal heteroafetivo, acrescentando que o objetivo da licença-maternidade é o de garantir amparo ao recém-nascido,

"assegurando a presença de um dos genitores em tempo integral, com o intuito de que sejam atendidas as necessidades da criança no período".

Em grau de recurso, o Desembargador Carlos von Adarnek, relator do caso, sustentou que "Se fosse concedida, de forma igual e estanque, a licença maternidade à apelante e à sua esposa, apenas pelo fato de que as duas são mães" o filho de um casal homoafetivo do gênero masculino estaria fadado a conviver com os pais em licença-paternidade por apenas seis dias, "o que, sem margem a dúvidas, viria em franco e despropositado prejuízo, sobretudo, à criança. a quem a legislação visa proteger".

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar questão idêntica, manifestou-se no mesmo sentido, ou seja, garantindo à família homoafetiva os mesmos direitos garantidos à família heteroafetiva, conforme se depreende da notícia extraída de seu sítio:

O plenário do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ)⁷, em decisão inédita, se manifestou favoravelmente à concessão de licença de 30 dias para uma mãe não-gestante de um casal homoafetivo após o nascimento de um filho oriundo de gravidez por inseminação artificial. A decisão, por 4 votos a 3, com voto de minerva do Presidente do Tribunal, Aloysio Neves, foi tema de amplo debate no início da tarde desta terça-feira (21 de março) e respeitou o princípio da isonomia familiar. Ou seja, garante-se ao núcleo familiar uma licença mais longa e outra mais curta em caso de nascimento ou adoção de uma criança. O voto vencedor foi da conselheira revisora Marianna Montebello Willeman e representa um avanço em termos de interpretação da

⁶ TJSP n° do processo [1038389-82.2017.8.26.0053](#).

⁷ <https://www.tre.rj.gcv.br/todas.../licenca-a-mae-nacp-gestante-de-cosaf-hornoafetivo>

legislação à luz das mudanças que vêm ocorrendo na família e na sociedade.

No relatório, a conselheira destacou que as uniões estáveis homoafetivas se tornaram aos poucos uma realidade social reconhecida pelo Poder Judiciário, com tímidos e notáveis avanços. Os argumentos utilizados ao longo do relatório envolvem matéria de Direito de Família, Trabalho, Administrativo e Previdenciário. O voto leva em consideração ainda que a proteção à maternidade deve observar o equilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário. O mesmo benefício não é concedido de forma simultânea às duas mães, gestante e não-gestante. Uma licença contempla 6 meses e a outra será de 30 dias, no caso da legislação estadual.

Assim, diante da lacuna normativa existente, em caso de inseminação artificial heteróloga em união estável homoafetiva, poderá ser reconhecida administrativamente a licença maternidade à mãe não-gestante (servidora pública estadual), desde que ela comprove que a mãe gestante não usufrua do benefício de mesma duração. Caso contrário, fará jus a licença de menor duração, denominada pela legislação vigente, de licença-paternidade.

A decisão baseou-se no princípio da proteção constitucional à maternidade, à infância e à juventude. De acordo com o voto, o propósito da licença é sobretudo atender às necessidades da criança e assegurar o seu desenvolvimento saudável. O voto tem como um dos fundamentos a atual legislação federal sobre licença-maternidade e adoção. No caso da CLT, mulheres e homens adotantes têm direito a salário-maternidade por 120 dias. A análise pelo plenário do TCE-RJ resultou de uma consulta de caráter genérico frita pela Defensoria Pública.

III-CONCLUSÃO

Por todo exposto, entendemos que deve ser reconhecido o direito de gozo integral da licença equivalente à paternidade, de 20 (vinte) dias, à servidora não gestante.

À consideração superior.

HELOÍSA CYRILLO

Procuradora do Município — PG/PADM
Matrícula 10/174.511-6 — OAB/RJ 67.109

VISTO

Aprovo o Parecer PG/PADM/020/2018/HCGS, cuja conclusão foi a de reconhecer o direito de gozo integral da licença equivalente à de paternidade, de 20 dias, para servidora não gestante que tem relação homoafetiva.

Em 20.08.2018.

CARMEM LUCIA MACEDO

Procuradora Chefe da PG/PADM
Mat. 11/145.237-4 – OAB/RJ 63.481

Estou de acordo com o Parecer PG/PADM/020/2018/HCGS, que recebeu o visto da D. Procuradora Chefe da PG/PADM.

À SUBSC, em prosseguimento.

20.8.18

ANTONIO CARLOS DE SÁ

Procurador-Geral do Município
Matrícula 11/176.131-1 - OAB/RJ nº 79.430