



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO nº 1000281-84.2017.5.02.0058 (RO)

RECURSO ORDINÁRIO ORIUNDO DA 58ª VT/SÃO PAULO

RECORRENTE: [REDACTED]

RECORRIDA: [REDACTED]

RELATOR: JOSÉ ROBERTO CAROLINO

A r. Sentença (fls. 267/271 do arquivo em PDF), cujo relatório adoto, decidiu pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da ação.

Inconformada, a reclamada apresenta **RECURSO ORDINÁRIO** (fls. 278/289), discordando sobre licença-maternidade e honorários de Advogado.

Preparo (fls. 290/292).

Contrarrazões (fls. 295/298).

O relatório.

Â V O T O

Conhecimento do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

1- LICENÇA-MATERNIDADE DE 115 DIAS

Segundo a prefacial, por exemplo

"... reclamante contraiu matrimônio em 03 de janeiro de 2015... certidão de casamento a n e x o .

(...) cónyuge (Silvia de Castro Adame) da reclamante, desde dezembro de 2015, faz tratamento de fertilização *in vitro*, com sãmen de doador anônimo e material genético da reclamante, *in casu*, vulgo, documento anexo.

(...) em fevereiro de 2016... cónyuge da reclamante, ficou gestante, vindo a conceber a

infante, Lis de Castro Adame, em 23 de setembro de 2016, de forma prematura, devido c o m p l i c a ã § ã µ e s n a g r a v i d e z . . .

(...) reclamante encaminhou a reclamada a certidão de nascimento de sua filha, requerendo a licença maternidade, sendo negada sob o argumento da concepção ter sido realizada por seu cãnjuge, sendo concedida pela empresa, na ocasião, **licença paternidade de 5... dias**.

(...) devido as complicações advindas da gravidez e a quantidade de medicamentos a partir das administradas pelo cãnjuge da reclamante, a amamentação da infante ficou comprometida, mister que coube a reclamante, já que fazia tratamento de estimulação a produção de leite materno desde dezembro de 2016 ..." (fls. 4/5), e requerido "...o pagamento do período de licença maternidade de 115...

dias, haja vista a concessão de 5... dias sob a rubrica de licença paternidade, calculados em R\$ 13.984,80..." (fls. 7).

Então a r. Decisão de origem

"... reconhecendo o Estado a união homoafetiva e equiparando-a ao casamento heterossexual, não parece apropriado negar a essas pessoas o direito de constituir família e exercer conjuntamente a parentalidade. Nessa direção, a Resolução 175/13 do Conselho Nacional de Justiça tornou obrigatório aos cartórios a celebração, habilitação e conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, gerando, em caso de descumprimento, comunicação ao respectivo juiz corregedor para providências cabíveis.

Além disso, o artigo 227 da Constituição da República assevera que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualidades, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Nessa toada, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63 de 14.11.2017, que reconhece as múltiplas configurações de família e institui a partir de 01.01.2018, novo modelo de certidão de nascimento, no qual deixam de constar as expressões "pai" e "mãe" para figurar apenas o campo "filiação", conforme já se denota da certidão de nascimento acostada aos autos (documento ID 00a32c3).

(...) conclui-se que a estrutura diferenciada da família contemporânea também é digna da tutela do Estado. No caso em comento, é necessário o reconhecimento do núcleo familiar com duas mães, não podendo se determinar que a filiação materna advenha apenas da gestação ou do parto. Nesse contexto, a licença maternidade é imprescindível para o desenvolvimento e consolidação do vínculo materno, contribuindo para a saúde física e psíquica da criança.

Destaco que não foi produzida qualquer prova no sentido de que a cãnjuge da obreira tenha de fato gozado da licença maternidade, ocasionando, no caso em estudo, situação diferenciada, em que ambos os cãnjuges sejam abrangidos pela proteção Estatal ao longo da licença maternidade.

Por conseguinte, defiro a reclamante indenização correspondente aos valores que lhe seriam devidos durante a licença maternidade pelo período de 115 dias (considerando-se que já usufruiu licença de 5 dias), em quantia equivalente ao salário maternidade que seria devido, diante da dispensa ocorrida em 15.10.2016, observando-se os limites do pedido formulado ..." (268/269).

Destarte, fixados os limites da respeitável Decisão prolatada, assim para avaliação do presente inconformismo, por exemplo

"... MM. Juízo... concedeu a Recorrida... pagamento de 115 de licença paternidade...

Recorrente... pretende a reforma...
(...) empresa em momento algum negou a Reclamante o direito de constituir família e exercer a parentalidade...

(...) ordenamento jurídico tem admitido estrutura diferenciada para a família contemporânea, e merece o respeito de todos...

Ocorre que o mesmo ordenamento jurídico estabelece regras... claras sobre o direito à licença maternidade e no qual se fincou a Reclamada ao analisar o caso da Reclamante. (...) dispositivos são... claros ao dispor que a licença é devida à gestante, ou seja, à aquela que passou pelo período gestacional de até 9 meses, o que não foi o caso da Reclamante.

Na inicial ela deixou... claro que quem passou pelo período de gestação foi a cãnjuge e a Autora...

(...) indevidamente a Reclamante a licença maternidade... Observar o ordenamento jurídico essencial às pessoas em geral, em respeito ao princípio da segurança jurídica e devido processo legal, para que no Direito, os indivíduos tenham certeza das consequências dos atos praticados.

Não pode o magistrado conferir interpretação extensiva à literalidade da lei como ocorreu no caso em tela, pois assim fazendo, na verdade está criando novas regras não previstas na legislação, e consequentemente também está ferindo o princípio da separação dos poderes, em total prejuízo da Reclamada.

(...) sentença... menciona que não foi produzida prova... que a cãnjuge da Reclamante tenha gozado de licença maternidade. Mas a prova foi juntada pela própria Reclamante às fls. 43 dos Autos (id ID. 14abac6 - Pág. 1), ao anexar uma notícia de jornal que retrata a formação da família delas, e menciona logo no início, que **a cãnjuge da Autora é dona de casa...**

(...) sendo uma das mães dona de casa, por óbvio que a criança teve todo o cuidado necessário nos primeiros meses de sua vida ao ser cuidada por uma delas, já que a prioridade do lar nesse período, obviamente, torna-se o recém-nascido. (...) Reclamante ainda trouxe outras notícias... sobre casos em que as 2 mães conseguiram licença maternidade, mas em todos os casos tratavam-se de nascimento de gêmeos ou trigêmeos, o que não é o caso dos autos.

(...) a própria lei, no que tange a adoção e guarda judicial conjunta, prevê a concessão de licença-maternidade para APENAS um dos adotantes ou guardiães (artigo 392-A, §5º da CLT), sendo que no caso da Reclamante, foi... concedida a licença paternidade, uma vez que inexistia qualquer pressuposto para a concessão da licença maternidade, qual seja, a gestação dela, adoção ou guarda. **Não obstante o direito civil admita a união homoafetiva e as novas formas de família, as regras de direito do trabalho ainda não foram adaptadas a essa nova**

realidade, de modo que a empresa não pode ser penalizada por observar as leis atualmente vigentes... (...) Recorrente requer a reforma da decisão para que a sentença exclua de sua responsabilidade o pagamento dos 115 dias de licença maternidade. (...) quando a beneficiária for empregada, incidirá o disposto no § 1º do artigo 72 da Lei nº 8.213/91, ou seja, o salário-maternidade deverá ser pago pelo empregador. **Ocorre que, extinto o contrato e mantida a qualidade de segurada, o pagamento do benefício ficará a cargo da Previdência Social.**

Portanto, o ente juridicamente responsável ao pagamento do salário-maternidade é o INSS, nos termos do artigo 97, p. único do Decreto... 3.048/99 e não a Recorrente ..." (280/283).

Inicialmente, não se discute a possibilidade de união estável entre casais homoafetivos, porquanto, referido tema, além de não ser da competência desta esfera judicial, já foi dirimido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal ao conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil (ADPF 132-RJ e ADI 4.277-DF, Data de julgamento: 5/5/2011, Relator Ministro: Ayres Britto, publicado no DJE 198, de 14/11/2011).

Portanto, remanesce a análise sobre a possibilidade ou não da concessão de licença-maternidade à mãe não gestante de casal homoafetivo.

Pois bem, a licença à gestante encontra expressa previsão constitucional (7º, XVIII), com incontroversa repercussão prática no direito laboral sendo, inclusive,

repetida na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT

"... Art. 392 - A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120... dias, sem prejuízo do emprego e do salário ...".

Posteriormente, e buscando estender referido benefício também à mãe não gestante, o legislador infraconstitucional ampliou a licença-maternidade para os casos de adoção ou obtenção de guarda judicial, mediante a edição da Lei 13.509/17, que incluiu o artigo 392-A na CLT

"... É empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei ...".

Logo, *a priori*, se poderia concluir que o fator primordial para a concessão do benefício não seria unicamente a debilidade biológica própria da gravidez e do parto (natural ou cesariana), mas a proteção integral da família (CF, 226).

Por outro lado, da análise sistemática do ordenamento jurídico vigente, não se pode concluir que atualmente inexistente norma específica concessiva de licença-maternidade à mãe que não seja a biológica ou a adotante. Tal raciocínio se extrai da inclusão do parágrafo 5º ao artigo 392-A da CLT, dispondo que

"... A adoção ou guarda judicial conjunta enseja a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada ..." (Parágrafo incluído pela Lei nº 12.873/2013, DOU 25-10-2013), vale ressaltar, prevendo que na hipótese de adoção conjunta, efetuada por casal hetero ou homoafetivo (masculino/feminino), somente um dos dois terá direito à licença-maternidade.

Além disso, referida Lei 12.873/2013 também acrescentou o artigo 71-B à Lei 8.213/91, estabelecendo que "*...No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade ...*", ou seja, não se pode concluir a concessão concomitante do benefício *sub judice* aos dois/duas cônjuges ou companheiro(a)s.

Finalmente, ainda considerando que a alegada impossibilidade de amamentação pela mãe gestante, indicada na prefacial (fls. 5), culminou contrariada por ofício encaminhado pelo sindicato da respectiva categoria profissional à ora recorrente (24/10/2016), por exemplo "*...amamentação da filha é compartilhada pelas mães, conforme declaração médica em anexo ...*" (fls. 47), de notar, anexado pela própria recorrida, entendo que não evidenciado óbice

À segurança alimentar e nutricional da descendente, tampouco ao seu desenvolvimento e equilíbrio psíquico-emocional, razão pela qual, culmina questionável in casu a possibilidade de concessão de licença-maternidade à recorrida (mãe não gestante), inclusive sob pena de assegurar tratamento diferenciado e privilegiado em relação aos pais adotivos, ao pai e até mesmo ao casal homossexual masculino, especialmente no caso dos autos, em que a mãe gestante era, à época, dona de casa, consoante inconcussa publicação em jornal local de Guarulhos (26 e 27/10/2016 - fls. 43).

Neste sentido, a adotada Jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. LICENÇA MATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO. 1. O intuito de se conferir a licença maternidade a possibilitar a servidora o apoio necessário para promover os cuidados de uma criança, em momentos extremamente delicados da vida, quais sejam o nascimento e a adoção. A condição de vulnerabilidade a presumida, o que acarreta o essencial amparo do Estado. 2. A extensão do auxílio maternidade, no período de 180 dias, à pessoa que não se encontra na condição de gestante ou adotante gera um descompasso inaceitável, eis que se está concedendo um benefício a alguém pelo simples fato de ser mulher, mas que se subsume nos mesmos fundamentos lógicos e jurídicos atinentes à situação geradora da licença paternidade. 3. A criação de um novo tipo de benefício pelo Poder Judiciário, com prazo diferenciado, à mulher que não se enquadra nos ditames legais, ofende os princípios da legalidade, da isonomia e a tripartição de poderes. 4. Recurso desprovido. (TJ-DF - APC: 20130110227074 DF 0001203-20.2013.8.07.0018, Relator Mario Belmiro, Data de Julgamento: 4/3/2015, 2ª Turma Cível; Publicado no DJE: 20/03/2015 - Pág: 163).

Diante do exposto, a despeito das contrarrazões, especialmente sobre invocados dispositivos (CF, 7º, XVIII; Lei 8.213/91, 72, § 1º), ainda porque sequer comprovado que a mãe gestante foi impedida de usufruir do benefício ou de cuidar e amamentar a criança, também *data venia* do r. direcionamento *a quo*, concluo que prospera a correspondente irresignação.

2- HONORÁRIOS DE ADVOGADO

A r. Decisão de origem culminou reformada no tópico relativo a licença-maternidade (item 1 da presente fundamentação de voto), entendo também expungido da condenação o outro título decorrente em destaque.

À o voto.

Posto isto, **ACORDAM** os Magistrados da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: por unanimidade de votos, **DAR PROVIMENTO** ao recurso, para excluir da condenação a indenização compensatória equivalente a 115 dias de licença-

maternidade e os honorários de Advogado; ainda, segundo o demais do processado, julgar **IMPROCEDENTE** a ação. Custas pela reclamante, em reversão, isenta (r. Sentença, fls. 269/270).

Â

Presidiu regimentalmente o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Carlos Fogaça. Â

Tomaram parte do julgamento os Excelentíssimos Magistrados Federais do Trabalho:

Â

José Roberto Carolino (RELATOR)

Sonia Maria de Barros (REVISORA) Gabriel

Lopes Coutinho Filho

Â

Â

**JOSÉ ROBERTO CAROLINO
DESEMBARGADOR RELATOR**

rpo/8.18

Â