

A família, protegida pela Constituição Federal em seu artigo 226 e seguintes, atualmente, não possui mais conceito restrito ao resultado do casamento entre homens e mulheres e da herança genética, mas, também, pela existência de laços afetivos e de novos formatos de relacionamentos.

Ao longo dos anos, famílias monoparentais, homoparentais e recompostas ganharam maior visibilidade na sociedade, tendo a sua definição ampliada para acolher as mais diversas possibilidades de afeto, guiando o reconhecimento pelo ordenamento jurídico e a jurisprudência dos Tribunais Superiores .

Ocorre que tais mudanças da estruturação social, possuem efeitos diretos nas relações de emprego, especialmente, quanto a concessão de licenças aos trabalhadores, como, no caso aqui abordado, de licença maternidade e paternidade.

MAS, AFINAL, QUEM FAZ JUS A LICENÇA MATERNIDADE?

Nas estruturas familiares conservadoras, a licença maternidade e o direito ao respectivo salário, prevista na Constituição Federal, artigo 7º, inciso XVIII, sempre foi destinada a mulher gestante, por 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste .

Às empregadas das empresas aderentes ao Programa Empresa Cidadã, Lei nº 11.770 de 2008, houve a prorrogação do período por mais 60 dias .

Contudo, em razão das alterações sociais advindas das estruturas familiares contemporâneas, especialmente, em razão das famílias monoparentais, ou seja, formadas por uma única figura familiar, sendo esta natural ou substituta, como estabelecem os artigos 25 a 32 do Estatuto da Criança e do Adolescente , a legislação previdenciária foi alterada, prevendo outras hipóteses de reconhecimento de licença maternidade.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, no último dia 12 de maio, decidiu que não estender o benefício da licença-maternidade ao servidor público, que seja pai solo, seria inconstitucional, em razão da isonomia de direitos entre homens e mulheres e da proteção integral à criança, situação que pode ser aplicada à iniciativa privada também. No caso em questão o pai, por meio de barriga de aluguel, gerou crianças gêmeas através de fertilização in vitro nos Estados Unidos.

E de acordo com o artigo 71-A, da lei nº 8.213 de 1991, ao segurado da Previdência Social, homem ou mulher, que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança é devido o salário-maternidade pelo período de 120 dias.

Outra possibilidade delineada pela legislação vigente resta estabelecida no artigo 71-B da mesma lei, em que no caso do falecimento do segurado, homem ou mulher, que esteja recebendo o salário maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou 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 se tiver abonado o descendente.

Com efeito, resta evidenciado que a licença maternidade não está mais restrita apenas as mulheres gestantes, mas qualquer segurado que faça o papel nos primeiros cuidados, ao filho natural ou adotivo.

Cabendo ressaltar, que de acordo com o artigo 71-C, incluído pela lei nº 12.873 de 2013, que a percepção do salário maternidade está condicionada ao afastamento do segurado das atividades laborais, sob pena de suspensão do benefício.

E QUEM FAZ JUS A LICENÇA PATERNIDADE?

A licença paternidade, estabelecida no artigo 7º, inciso XIX da Constituição Federal, assegura o afastamento do emprego pelo prazo de 5 (cinco) dias, ao pai ou quem realize tal papel, para que estabeleça vínculo afetivo com a criança.

Caso a empresa tenha aderido ao Programa Empresa Cidadã, a licença paternidade será prorrogado por mais 15 (quinze) dias, totalizando 20 (vinte) dias de afastamento das atividades laborais, tendo como contrapartida a dedução fiscal sobre o Imposto de Renda.

EM RELAÇÃO AOS CASAIS HOMOPARENTAIS, COMO SE DÁ A CONCESSÃO DE LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE?

No caso de famílias multiparentais, aplica-se o verbete do artigo 71-A, parágrafo 2º, o qual aduz que o salário-maternidade e, conseqüentemente, a licença do emprego por, pelo menos, 120 dias, não poderá ser concedido a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, o que, por analogia, pode ser estendido, a famílias homo e heteroparentais, apesar de inexistir posicionamento jurídico pacificado sobre o tema, em

razão das ocorrências serem muito atuais.

Desta forma, entendemos que caso duas mães ou dois pais tenham filhos biológicos ou adotivos, apenas uma das partes poderá perseguir o direito a licença-maternidade, enquanto o outro a licença-paternidade, assim como fazem jus as famílias heteroparentais.

Acerca da temática, interessante ressaltar o julgado do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário nº 1.211.446, que concedeu a licença maternidade a mãe não gestante, servidora pública, de relação homoafetiva, tendo em vista que sua companheira, gestante, como trabalhadora autônoma não usufruiu da licença maternidade.

RECOMENDAÇÕES ÀS EMPRESAS:

As empresas, por meio do setor de recursos humanos, precisam estar preparadas para estas novas estruturas familiares.

Destarte, caso surjam as situações delineadas nesta apresentação, isto é, não enquadradas no modelo familiar heterossexual, é importante que a empresa defina com o empregado(a), quem será o detentor do direito à licença-maternidade e à [licença-paternidade](#), para que não haja divergências no acesso ao benefício. Isto porque, a depender do caso, não será possível identificar apenas pela leitura da certidão de nascimento, documento oficial para percebimento do direito.

Havendo dúvidas de como reagir a esta nova realidade e a legislação previdenciária sobre o tema, ainda pouco conhecida, [consulte sempre advogado especializado para adoção das melhores práticas](#), a fim de que não resulte, ainda que involuntariamente, em impedimento de acesso ao benefício, ou mesmo discriminação por motivo de sexo e orientação sexual.

Por fim, para as empresas que possuam o modelo de tributação pelo lucro real, sugere-se que avaliem, a possibilidade de adesão ao programa empresa-cidadã, diante dos benefícios fiscais do art. 5º da referida Lei.