

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO À MATERNIDADE NOS ÂMBITOS TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

Luciano Martinez¹

Juliana Nóvoa²

Resumo: A intenção desse estudo é a de analisar a “maternidade biológica” como a protagonista da preservação da espécie humana e da perenização de cada uma das etnias para, nessa linha, oferecer a melhor compreensão das razões em virtude das quais o Direito dá especial amparo ao gênero feminino. Em dimensão diversa, porém não menos importante, o estudo analisa as particularidades da chamada “maternidade afetiva” e aprecia a evolução protetiva que o sistema jurídico lhe tem proporcionado.

Palavras-Chave: “proteção à maternidade”; “maternidade”; “filho”; “gestação”, “adoção”, “direitos fundamentais”; “direitos sociais”.

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PROTECTION TO MATERNITY IN THE LABOR AND SOCIAL LAW

Abstract: The intent of this study is to analyze the "biological

¹ Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Salvador – Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP e Professor Adjunto de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UFBA (Graduação, Mestrado e Doutorado). Titular da Cadeira 52 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da Cadeira 26 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Autor de diversas obras jurídicas, entre as quais o “Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas”, publicado pela editora Saraiva.

² Advogada. Especialista em direito e processo do trabalho pela Estácio-CERS

motherhood" as the protagonist for the preservation of the human species and the perpetuation of each one of the ethnic groups to, in this line, offer a better understanding of the reasons because of which the law gives special base to the female gender. In a different dimension, but not least, the study analyses the particularities of called "affective motherhood" and enjoy the protective legal system developments it has provided.

Keywords: "maternity protection"; "motherhood"; "son"; "pregnancy", "adoption", "fundamental rights"; "social rights".

Sumário: 1 Introdução. 2 A proteção à maternidade como direito fundamental. 3 A maternidade como uma experiência familiar: para além da proteção da gestante e do nascituro. 4 A maternidade biológica como experiência exclusivamente feminina e a sua proteção normativa. 5 A maternidade afetiva e a sua proteção normativa como mudança de paradigma. 6. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO.

"Mas renova-se a esperança, nova aurora a cada dia e há que se cuidar do broto pra que a vida nos dê flor e fruto" (Coração de estudante. Milton Nascimento e Wagner Tiso).



"maternidade" é a protagonista da preservação da espécie humana e da perenização de cada uma das etnias. Exatamente por isso o Direito se ocupa em disciplinar o oferecimento de proteção à mulher gestante não apenas como um ato de amparo ao gênero feminino, mas, especialmente, de garantia da salvaguarda da própria espécie. A primazia do direito à vida inspira, portanto, a proteção à maternidade, pois não há vida sem que se amparem as matrizes nos processos reprodutivos. Tal ocorre, porque a higidez dos embriões/futuros cidadãos dependerá

essencialmente dos cuidados que se podem oferecer às mulheres nas etapas gestacionais.

Para que tudo de melhor ocorra com a maternidade, revelaram-se indispensáveis os cuidados oferecidos em todos os mais significativos momentos da vida da mulher, entre os quais se incluem os instantes fruídos no seio da família, no âmbito do trabalho e na relação com a sociedade. Por essas razões, e também porque os direitos fundamentais são aplicáveis em face dos particulares com a mesma força e intensidade que são exigidos do Estado, é que o estudo da “*proteção à maternidade*” com foco nas relações trabalhistas e previdenciárias tem espaço e lugar, sendo esta a razão motivadora da elaboração deste artigo.

A análise aqui realizada tem por objeto central as situações jurídicas que envolvem não somente a *maternidade biológica*, mas também a *maternidade afetiva*. Essa opção metodológica se deveu à imensa amplitude de questões que podem emergir a partir do instante em que se estudam as relações familiares e os seus efeitos sobre os contratos de trabalho e sobre a proteção social invocável.

Este breve artigo, por isso, analisará a maternidade em três perspectivas bem delineadas. Na primeira será considerada a “proteção à maternidade como direito fundamental”; na segunda, será apreciada a “maternidade biológica como experiência exclusivamente feminina” e na terceira, será estudada a “maternidade afetiva e a sua proteção normativa como mudança de paradigma”. A intenção nesse último tópico é a de estabelecer um paralelo entre as manifestações de maternidade biológica e afetiva sempre com o objetivo de tornar claras as proteções que, em última análise, visam os cuidados com a família como célula essencial da sociedade.

2 A PROTEÇÃO À MATERNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

“Não sei se o mundo é bom, mas ele ficou melhor quando você

chegou e perguntou: Tem lugar pra mim? (Espatódea – Nando Reis)

Por que proteger a maternidade? A despeito de sua inegável importância teórica e prática, o direito fundamental à proteção à maternidade não tem merecido a devida atenção dos constitucionalistas brasileiros. Quando não completamente negligenciado nos estudos sobre direitos fundamentais, ele recebe, no mais das vezes, um tratamento incidental e extremamente superficial. Tal ocorre por manifesto esquecimento de que a “maternidade” é a protagonista da perenização do povo de um lugar. O oferecimento de proteção à mulher gestante, portanto, antes de ser ato de amparo ao gênero feminino, é a mais significativa forma de assegurar a preservação da própria espécie.

A primazia do direito à vida, assim, inspira a proteção à maternidade, pois não há vida sem que se amparem as matrizes nos processos reprodutivos humanos. A higidez dos embriões/futuros cidadãos, aliás, depende essencialmente dos cuidados que se podem oferecer às mulheres nas etapas gestacionais. Os cuidados com as mães garantem, portanto, a viabilidade dos filhos.

Para que tudo de melhor ocorra com a maternidade, é indispensável que os cuidados sejam oferecidos em todos os mais significativos momentos da vida da mulher, entre os quais se incluem os instantes fruídos no seio da família, no âmbito do trabalho e na relação com a sociedade. Assim, cômico de que os indivíduos passam 1/3 (um terço) de suas vidas em ambientes laborais ou em espaços sociais conexos, o legislador brasileiro consagrou a “proteção à maternidade” como um direito social no art. 6º ao preceituar:

Art. 6º 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.

Garantiu-se, ademais, no art. 7º do texto fundamental, a

proteção do mercado de trabalho da mulher (inciso XX); a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” (inciso XVIII), além de proteção previdenciária e assistencial (conforme disposto no art. 201, II, e no art. 203, I, da Carta), observada previsão constitucional acerca de políticas específicas para a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil (vide § 1º, I, do art. 227 do texto fundamental).

É bom atentar para o fato de que os direitos fundamentais – quaisquer que sejam - trazem consigo uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de sua concretização e realização. Para que tal ocorra, emergirá o *dever geral de efetivação*, atribuído ao ente estatal para que zele, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não apenas contra os comportamentos dos próprios Poderes Públicos, mas também contra agressões que provenham de terceiros. Também variável desse dever é o oferecimento de *garantias institucionais*, assim entendidas as cautelas legislativas constitucionais que visam proteger determinadas instituições ou institutos contra a ação erosiva do legislador.

Nesse particular, cabe a lembrança da existência de um princípio de “proibição de déficit”, que obriga o Estado a assegurar um nível mínimo e adequado de proteção aos direitos fundamentais e a assumir a responsabilidade pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa imposição genérica. A insuficiente realização dos deveres de proteção do Estado em favor da maternidade, aliás, além de caracterizar violações ao referido princípio de proteção, constitui flagrante ato antijurídico.

Anote-se, por outro lado, que o dever geral de efetivação está associado ao monopólio estatal do exercício da força. Com isso, deseja-se dizer que, diante da vedação à autotutela, não se pode esperar a concretização compulsória da proteção à

maternidade por qualquer outro sujeito que não seja o próprio Estado. Ele – em qualquer um dos seus poderes – está juridicamente vinculado à materialização dos deveres de proteção.

Soma-se aos incrementos proporcionados pela eficácia dirigente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o direito de participação no plano da organização e do procedimento como mecanismo que tem a força de atribuir maior consistência a determinados direitos subjetivos na proporção em que os próprios cidadãos participem das estruturas que proporcionaram a sua criação e condução.

Por essas razões, e também porque os direitos fundamentais são aplicáveis em face dos particulares com a mesma força e intensidade que são exigidos do Estado, é que o estudo da “*proteção à maternidade*” com foco nas relações trabalhistas e previdenciárias tem espaço e lugar. Essa é, portanto, a razão motivadora da referida proteção.

A proteção à maternidade sempre foi preocupação não apenas das estruturas nacionais, mas também dos órgãos de atuação transnacional, entre os quais se destaca, obviamente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Desde o seu primeiro ano de constituição, em 1919, a referida organização cuidou de oferecer balizas mínimas de Proteção à Maternidade. Assim, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho da Liga das Nações, convocada na cidade de Washington pelo Governo dos Estados Unidos da América, aos 29 de outubro de 1919, depois de haver decidido adotar diversas propostas relativas ao emprego das mulheres antes ou depois do parto (inclusive a questão da indenização de maternidade), e também depois de haver decidido fossem essas propostas redigidas sob a forma de um projeto de convenção internacional, resolveu publicar a Convenção n. 3 e entendeu por bem submetê-la à ratificação dos seus membros.

O Decreto n. 423, de 12 de novembro de 1935, reconhecendo que o Chefe do Governo Provisório ratificou a Convenção

n. 3 em 27 de março de 1934, determinou fossem executadas e cumpridas tão inteiramente como nela se continham. Isso, porém, durou até 1961, quando, por nota de 25 de julho de 1961, a Delegação Permanente do Brasil junto à Repartição Internacional do Trabalho denunciou a multicitada Convenção, fazendo cessar os seus efeitos com relação ao Brasil em 26 de julho de 1962. A publicidade quanto a essa denúncia foi dada mediante o Decreto nº 51.627, de 18 de dezembro de 1962.

A denúncia da Convenção n. 3, entretanto, não produziu efeitos sensíveis sobre a órbita da proteção à maternidade no Brasil, porque o país aprovou a Convenção n. 103 da OIT, verdadeira substituinte daquela que recebia o número 3, mediante o Decreto Legislativo n. 20, de 30/04/1965 (DOU 04/05/1965), ratificou-a em 18/06/1965 e a promulgou por meio do Decreto n. 58.820, de 14/07/1966, DOU 19/07/1966.

As normas internacionais tiveram o merecimento do seu poder de influência na construção de padrões mínimos e na busca por condições sociais mais elevadas. A intenção, desde sempre, foi a de garantir que as mulheres pudessem combinar seus papéis de trabalhadoras e de mães, bem assim a de prevenir o tratamento desigual por parte do empregador em razão do necessário exercício desse duplo papel.

Consideradas as imensas discussões sobre a emancipação feminina no último quartel do Século XX, a OIT viu-se impulsionada a ampliar a proteção antes sugerida pela Convenção 103 da OIT.

Assim, convocada para Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e aí reunida em 30 de Maio de 2000 na sua 88.^a Sessão, a OIT tomou nota da necessidade de melhorar a promoção da igualdade de todas as mulheres que trabalhavam, bem como a saúde e a segurança da mãe e da criança; reconheceu, ademais, a dessemelhança do desenvolvimento econômico e social dos seus membros, bem como a diversidade das empresas, em matéria de

desenvolvimento da proteção da maternidade nas legislações e nas práticas nacionais.

Por conta disso, e inspirada em diversos outros diplomas internacionais – entre os quais se podem citar a *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)*, a *Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979)*, a *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989)*, a *Declaração e o Programa de Ação de Pequim (1995)*, a *Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para as Trabalhadoras (1975)*, a *Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e Respectivo Acompanhamento (1998)*, bem como as *convenções e recomendações internacionais do trabalho que visam garantir a igualdade de oportunidades e de tratamento aos trabalhadores e às trabalhadoras, em particular a convenção sobre os trabalhadores com responsabilidades familiares (1981)* – a *Organização Internacional do Trabalho adotou, no dia 15 de Junho de 2000, a Convenção n. 183, acerca da Proteção à Maternidade*. O texto da nova Convenção de proteção à maternidade, mais amplo e mais aprofundado, trouxe à luz aspectos antes não tratados com o objetivo de servir de standard para as legislações nacionais.

3 A MATERNIDADE COMO UMA EXPERIÊNCIA FAMILIAR: PARA ALÉM DA PROTEÇÃO DA GESTANTE E DO NASCITURO.

Pai e mãe, ouro de mina (Sina, Djavan)

É importante registrar nesse ponto do estudo que a “maternidade” é, em verdade, uma experiência que atinge todos os integrantes do grupo familiar. Todos “engravidam” juntos; todos, afinal, se tornam sensibilizados diante dos cuidados que devem ser oferecidos ao novo integrante da família. Exatamente

por essa razão, o texto constitucional, ao se referir sobre os riscos que merecem proteção do Estado, informa, no seu art. 201, II, acerca de uma “proteção à maternidade, especialmente à gestante”, e não sobre uma proteção exclusivamente ao nascituro ou a um amparo unicamente à gestante. Diz-se ali sobre uma proteção à maternidade, que, em rigor, abarca todos os que vivem a sua experiência.

E as normas jurídicas infraconstitucionais têm seguido esta lógica. Exemplo disso é visível na situação em que se oferece licença-maternidade e salário-maternidade em favor da gestante que, por um pesado infortúnio, perde o filho no momento do parto e, em consequência disso, expede-se a certidão de óbito. O sistema jurídico entende que qualquer evento ocorrido depois da 23ª semana de gestação é entendido como parto e que, sendo parto, é irrelevante que dele provenha um natimorto. Se isso ocorre, em atenção às expectativas de todos os familiares, concede-se à gestante exatamente o mesmo tempo que ela teria fruído se o seu tão esperado filho estivesse vivo e no seio da família. Cita-se, nesse particular, o conteúdo do art. 343 da Instrução Normativa 77/2015 do INSS.

Também é visível a proteção jurídica da família nas situações em que a morte não é da criança, mas sim da gestante. Nesses casos, também levando em conta a sensibilidade de que a proteção se dá à maternidade, e não à mãe, o art. 392-B da CLT, posiciona-se no sentido de que “em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da *licença-maternidade* ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono”. Esse dispositivo foi trazido ao direito do trabalho pela Lei nº 12.873, de 2013, que também criou dispositivo correspondente na Lei 8.213/91 para tratar da questão sob o âmbito previdenciário no seu art. 71-B.

Outra variável que sinaliza sobre a proteção de todo o núcleo familiar, e não apenas da mãe é também visível no caso

de seu falecimento. A Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014 *expandiu a estabilidade provisória* dada à genitora a quem detiver a guarda de seu filho, até o limite de cinco meses após o parto, em caso de falecimento desta. Nessa situação, é válido registrar que se a guarda não tiver sido obtida judicialmente, ela será aplicada àquela pessoa que, na estruturar familiar, ficar responsável pelos cuidados da criança, a exemplo do pai que assume naturalmente a guarda do filho na falta da mãe. Na falta de ambos, a guarda ora analisada deverá ser concedida obrigatoriamente pelo juiz a outro membro da família ou a quem tenha capacidade de incumbir-se dessa nobre e importante missão.

Há até mesmo notícia de Projeto de Lei que prevê a criação da estabilidade provisória no emprego em favor do marido ou do companheiro da gestante. Refere-se aqui, pelo seu pioneirismo, o texto originário do PL 3.829-A, de 1997, de autoria do Deputado Arlindo Chinaglia, que tramitou no Congresso Nacional.

4 A MATERNIDADE BIOLÓGICA COMO EXPERIÊNCIA EXCLUSIVAMENTE FEMININA E A SUA PROTEÇÃO NORMATIVA

“Eu vi a mulher preparando outra pessoa; o tempo parou para eu olhar para aquela barriga” (Força Estranha – Caetano Veloso).

No âmbito da problemática decorrente de uma longa história de supostas prevalências e prerrogativas masculinas, o constituinte brasileiro deixou claro, no art. 3º, IV, da Carta Magna de 1988, que entre seus objetivos, estava o de promover o bem de todos, sem preconceitos e sem discriminações. Como se não bastasse tal compromisso, os representantes do povo brasileiro, em seu texto fundamental, garantiram também, no primeiro dos incisos do art. 5º, que homens e mulheres seriam iguais em direitos

e obrigações. Entretanto, ressaltou-se que isso seria praticado, nos termos da Constituição.

A ressalva, claramente indicativa do reconhecimento de uma igualdade mitigada, deixou confessado que, em nome do paralelismo essencial entre homens e mulheres, não se poderia deixar de admitir diferenças biológicas evidentes. Enfim, apesar de juridicamente iguais, homens e mulheres são fisiologicamente dessemelhantes, sendo essa uma constatação inelutável. Por serem apenas formalmente iguais, homens e mulheres, nos estritos termos da Constituição, podem ser tratados de modo desigual, sem que isso implique, segundo a vontade do constituinte originário, uma violência à isonomia, mas sim um tratamento desigual com o foco corretivo da desigualdade.

Para verificar o quanto ora exposto, basta perceber que, nos termos da própria Constituição de 1988, as mulheres conseguem obter a aposentadoria espontânea com idade menor do que a exigida para os homens e com tempo de contribuição reduzido em relação a estes, o mesmo ocorrendo em relação ao serviço militar obrigatório em tempo de paz, do qual as mulheres estão isentas. Essas evidências demonstram que, apesar da proclamada igualdade de gênero, existem claras diferenças estruturais entre homens e mulheres, notadamente no que diz respeito à gestação, função biológica unicamente a elas concebida. A proteção do mercado de trabalho da mulher passou, então, a ser uma preocupação justificável, tendo o legislador incluído esse objeto como direito mínimo previsto no art. 7º, XX, da Constituição de 1988.

As diferenças que extremam homens e mulheres garantem a estas algumas proteções, que, entretanto, por ato reflexo, podem ensejar discriminação de gênero. Cômicos disso, os legisladores constitucional e infraconstitucional atuam em esferas protetivas que não apenas abarcam o curso laboral, mas também o instante pré-contratual.

As violações podem ocorrer antes de iniciado o contrato de emprego como tentativa obstativa de aquisição, ou depois de

iniciado o vínculo, durante o decurso dele. Nesse sentido, são oferecidas breves reflexões sobre a proteção nos âmbitos pré-contratual e contratual.

A proteção pré-contratual ao trabalho feminino envolve a problemática do oferecimento de iguais oportunidades de acesso ao emprego. Nessa ordem de ideias, a Lei n. 9.029/95 proibiu, no art. 1º, a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou para sua manutenção, “por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros”.

Entre as proteções outorgadas ao trabalho feminino no plano pré-contratual, ou seja, antes de iniciado o contrato de emprego, podem ser destacadas as seguintes:

a) Criminalização da exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez (art. 2º, I, da Lei n. 9.029/95). Essa proteção está contida também no art. 373-A, IV, da CLT. Note-se que o mencionado dispositivo veda apenas a exigência do exame diante das situações que dizem respeito ao acesso ou à permanência no emprego. Nada obstaculiza, portanto, o exame para constatação de óbices ao desligamento, desde que a empregada admita, desde que ela aceite sua realização. A providência, aliás, preveniria litígios e funcionaria como uma fórmula que permitiria a manutenção da trabalhadora no emprego, sem futuras alegações de que ela desconhecia seu estado gravídico ou de que ela propositalmente esperou passar o período estável para, em suposto abuso de direito, pedir apenas a indenização.

b) Vedação ao comportamento de publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir (art. 373-A, I, da CLT). A título de exemplo, observe-se a situação

dos mineiros que trabalham em frentes de produção, vale dizer, no espaço subterrâneo das minas. Como essa atividade é imensamente insalubre e violentadora do estado fisiológico das mulheres, é admissível que um anúncio de emprego para tal ocupação restrinja-se aos trabalhadores do sexo masculino, mesmo porque há lei que, a despeito da discutível constitucionalidade em face do direito fundamental ao trabalho, a reserva unicamente para eles. O mesmo se pode dizer dos estivadores ou dos carregadores em geral.

c) Vedação ao comportamento de recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível (art. 373-A, II, da CLT).

d) Vedação ao comportamento de considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional (art. 373-A, III, da CLT).

e) Vedação ao comportamento de impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez (art. 373-A, V, da CLT).

A atuação patronal contrária a essas vedações implicará a nulidade do ato infringente, a produção dos efeitos que se pretendeu obstar e, se for o caso, a apuração de perdas e danos materiais e imateriais. Destaque-se, ainda, que, nos termos dos arts. 390-B e 390-E da CLT, são estabelecidas condutas tendentes a garantir igualdade de oportunidades no campo da formação profissional a homens e a mulheres.

Os mecanismos de proteção ao trabalho feminino continuam visíveis depois de iniciado o contrato de emprego. Observe-se que, nos termos do art. 377 da CLT, *“a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de*

ordem pública”. Por essa qualidade, elas são insuscetíveis de negociação individual ou coletiva tendente a atenuá-las ou a modificar seus contornos previstos em lei. Essas proteções são organizadas considerando as situações que envolvem métodos e locais de trabalho, períodos diferenciados de descanso, limite de uso da força muscular, vedações às revistas íntimas; e amparo à maternidade e à situação de amamentação.

Nunca será demasiada a lembrança de que a maternidade produz uma série de modificações na mulher, fazendo com que ela solicite e espere atitudes de amparo de todos os que circundam a sua vida familiar, social e profissional. Muitos cuidados não praticados no cotidiano das mulheres passam a ser exigíveis desde os primeiros instantes do período gestacional, passando pelos indispensáveis exames pré-natais, pela chegada e a recepção do bebê e seu acompanhamento durante toda a infância. A proteção à maternidade e à infância alçou, por isso, a qualidade de direito social. Reitere-se que a lei protege o instituto “maternidade”, e não unicamente a gestante, o nascituro ou o recém-nascido, entendendo-o como um complexo que envolve um conjunto de estados temporários, todos merecedores de diferenciada atenção.

O art. 201, II, do texto constitucional é claríssimo nesse sentido. Dispõe que a Previdência Social oferecerá “proteção à maternidade, especialmente à gestante”. A gestante neste contexto, é, sem dúvidas, a protagonista do espetáculo que envolve a reprodução humana, mas a proteção não se destina unicamente a ela, embora, obviamente, se destine especialmente a ela. O amparo à maternidade, portanto, envolve múltiplas fases, desde o período gestacional até os acontecimentos pós-parto, inclusive o período de amamentação e de cuidados com o infante.

A análise de todas as muitas variáveis em torno do assunto tomaria um imenso espaço, incompatível, porém, com os propósitos deste artigo que visa ao oferecimento de uma visão panorâmica sobre o tema. Exatamente por isso é recomendável

o aprofundamento das questões que dizem respeito às proteções pré-contratuais e contratuais, notadamente nos períodos gestacional e pós-gestacional no cuidadoso e detalhado capítulo 17 do Curso de Direito do Trabalho do coator deste artigo (MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018).

5 A MATERNIDADE AFETIVA E A SUA PROTEÇÃO NORMATIVA COMO MUDANÇA DE PARADIGMA

“Andei sabendo que em algum lugar te encontraria, pois você já era meu, e eu sabia” (Eu preciso de você – Roberto Carlos).

O princípio da afetividade igualou filhos biológicos e adotivos. Apesar de a palavra “afeto” não estar no texto constitucional, este é, sem dúvida, o princípio norteador do direito das famílias. Por não estar no texto constitucional, este praticamente olvidou as proteções que poderiam ser oferecidas à maternidade ou paternidade afetiva. Toda situação em que se tratava de proteção à maternidade no âmbito constitucional era visível apenas em relação à variável biológica, sendo prova disso o texto dos artigos que oferecem licença-maternidade à gestante (art. 7º, XVIII) e estabilidade à mulher grávida, desde a concepção até cinco meses após o parto (art. 10, II, “b”, do ADCT). Nada, absolutamente nada, se dizia sobre a maternidade/paternidade afetiva, como se – por equívoco interpretativo - ela não produzisse os mesmos efeitos e proteções.

Somente por meio da Lei 10.421, de 15 de abril de 2002, fundada na ideia de progressividade social, é que se estendeu à mãe adotiva (somente à “mãe”, inicialmente) o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade. A mudança, portanto, foi operada tanto no âmbito da relação jurídica de direito material quanto na esfera da relação jurídica previdenciária.

Houve, realmente, uma mudança de paradigma. Antes a licença-maternidade e o salário-maternidade eram

exclusivamente oferecidos às mães biológicas. A partir daquele instante passaram a ser igualmente protegidas as mães adotivas, embora ainda existissem barreiras a superar, entre as quais aquela que buscava resposta à seguinte pergunta: *não sendo a adoção um ato exclusivamente feminino, por que os homens adotantes não teriam o mesmo direito oferecido às mulheres adotantes?*

Enfrentando esta questão, cabe sobressaltar a importância da Resolução n. 60/2009 do CSJT — Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Ao perceber que a adoção é um ato de amor que pode ser praticado indistintamente no universo feminino ou masculino e que não existia motivação razoável para conceder a “licença por adoção” unicamente em favor das mulheres, o referido órgão de supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho, rompendo com a literalidade das normas infraconstitucionais e oferecendo um exemplo de cidadania e inclusão, deu caráter normativo à decisão em que acolhera a pretensão de licença em favor de servidor do judiciário trabalhista, solteiro, que adotou uma criança. A citada Resolução n. 60/2009 do CSJT foi o primeiro texto normativo a dar tratamento isonômico a mulheres e homens adotantes.

O principal fundamento da decisão do CSJT foi constitucional. Para os integrantes da Corte, o atendimento da pretensão baseou-se no princípio da proteção integral à criança e ao adolescente previsto no art. 227 da Constituição da República, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Foi rompido mais um paradigma. A partir daquele ato histórico do CSJT, abriram-se as portas para o oferecimento de

licença-maternidade e salário-maternidade, indistintamente para homens ou mulheres adotantes. Alguns anos depois, o Congresso Nacional universalizou o entendimento mediante a Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013. Essa norma rompeu mais um “tabu jurídico” e incluiu no art. 392-C da CLT e no art. 71-B da Lei n. 8.213/91 previsão no sentido de que o homem (empregado/segurado) também poderá fruir licença-maternidade e receber salário-maternidade quando adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Consolidou-se, enfim, a integral proteção à maternidade com uma visão holística, que protege não apenas um dos integrantes da família – a mãe ou o filho – mas todos aqueles que nela estão integrados.

Feitas as considerações sobre a evolução das normas de proteção à maternidade que passaram a abrigar não apenas a sua versão biológica, mas igualmente a variável afetiva, cabe deixar anotadas algumas palavras sobre as mudanças operadas na licença-maternidade e no salário-maternidade do adotante.

A Lei n. 10.421/2002, conquanto produzisse uma revolução em favor da maternidade afetiva, criou uma tabela indicativa das relações entre a idade do adotado ou pupilo e o período de licença-maternidade. Essa tabela foi à época imensamente criticada pelo fato de a dimensão da licença-maternidade diminuir na medida em que aumentava a idade da criança adotada. Chegava-se aos píncaros de não se conceder nenhuma licença-maternidade em favor da adotante que tivesse se afeiçoado e adotado criança com idade superior a oito anos. Estas, como se sabe, são as que mais dificilmente conquistam a adoção. A lei, então, produzia um desestímulo adicional. Não fosse apenas isso, a tabela era entendida como inconstitucional por contrariar o disposto no art. 7º, XVIII, da Constituição. Sustentava que, se a adoção foi equiparada à gestação, não se poderia imaginar diferença entre a maternidade biológica e a afetiva. Por isso, inadmissível seria o fracionamento da licença-maternidade para as

hipóteses de adoção.

A Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, que passou a vigor a partir de 2-11-2009, então, revogou expressamente os §§ 1º a 3º do art. 392-A da CLT e com eles a tabela que diferenciava o tempo de duração da licença- maternidade. A partir de então, qualquer adoção, independentemente da idade da criança, passou a autorizar a licença-maternidade na dimensão única de cento e vinte dias. Essa tabela, entretanto, manteve-se durante longo tempo no art. 71-A da Lei n. 8.213/91, que trata do pagamento do salário- maternidade pela previdência social e produziu verdadeiro imbróglio.

Apesar de a Lei n. 12.010/2009 ter modificado o art. 392-A da CLT, o INSS manteve-se submetido ao princípio da legalidade estrita na expectativa da mudança expressa da redação do art. 71-A da Lei n. 8.213/91. Diz-se “na expectativa” porque, em virtude do atraso no processo legislativo, o INSS, desde junho de 2012, viu-se constrito, por sentença proferida nos autos da *ACP (Ação Civil Pública) 5019632-23.2011.404.7200*, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC, a atribuir os salários-maternidade em manutenção ou concedidos com fundamento no art. 71-A da Lei n. 8.213/91 pelo prazo de 120 (cento e vinte).. A Medida Provisória n. 619, de 6 de junho de 2013 (convertida na Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013), entretanto, para pôr fim à controvérsia, modificou a redação do art. 71-A da Lei n. 8.213/91.

O tema ganhava, então, pouco a pouco coerência, mas ainda era necessário superar um importante limite: ao tratar de “adoção de criança” o texto normativo restringia o seu alcance apenas em relação aos adotados que tivessem doze anos incompletos? Era absolutamente inaceitável a interpretação literal do art. 392-A da CLT para restringir a licença-maternidade unicamente em favor de quem adotasse “crianças” (0 a 12 anos incompletos) em detrimento de quem adotasse “adolescentes” (de 12 a 18 anos incompletos), sendo certo que o limite etário do

adotando é justamente o da própria adolescência (veja-se o art. 40 da Lei n. 8.069/90).

A sentença proferida nos autos da já mencionada ACP (Ação Civil Pública) 5019632-23.2011.404.7200 ordenou que o INSS concedesse salário-maternidade de 120 (cento e vinte) dias às seguradas que adotassem ou que obtivessem a guarda judicial para fins de adoção *de criança ou adolescente, independentemente da idade do adotado*.

A despeito da nova redação dada ao art. 71-A da Lei n. 8.213/91, enquanto não se corrigisse a interpretação no sentido de que o *caput* do art. 392-A da CLT abarcava também o adolescente (e não apenas a “criança” como literalmente consta do referido dispositivo), novos embaraços jurídicos seriam formados, desta vez para justificar situação em que o salário-maternidade cobriria tempo não correspondente à licença-maternidade, o que seria juridicamente inimaginável.

A solução para toda essa discussão jurídica, porém, veio mediante a publicação da *Lei n. 13.509, de 2017*, que, definitivamente, pôs fim às dúvidas. O texto agora é bem claro no sentido de que “à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção *de criança ou adolescente* será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392”. O assunto foi superado.

Entretanto, mesmo que não existisse a referida lei, parece que solução equivalente seria alcançável mediante a aceitação da tese segundo a qual o Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulgou a “Convenção sobre os Direitos da Criança”, teria derogado as disposições contidas no ECA no que diz respeito ao *conceito de criança*. É que o art. 2º do referido Estatuto da Criança e do Adolescente, que entrou em vigor 90 dias após sua publicação (ocorrida em 16 de julho de 1990), considera criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. O Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 — na condição de

norma posterior e de hierarquia mais elevada (é supralegal) —, trata sobre o mesmo assunto e, em seu art. 1º, conceitua criança como “*todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes*”. Ora, se criança é realmente “*todo ser humano com menos de dezoito anos de idade*”, não se poderia negar — nem mesmo antes da publicação da Lei n. 13.509/2017 — a aplicabilidade dos arts. 392-A da CLT e 71-A da Lei n. 8.213/91, em toda a extensão de 120 dias de licença e de salário-maternidade em favor de quem — homem ou mulher — adote ou obtenha guarda para fins de adoção.

Viu-se assim que as mais grossas barreiras existentes entre os direitos de pais/mães biológicos e adotivos ruíram e que a cada dia mais se difundia o discurso da igualdade como um dogma intransponível, fundado na dignidade humana. Essa igualdade, aliás, chegou ao necessário ponto de *estender a estabilidade pelo estado gravídico também em favor de quem adota e de atribuir tratamento igualitário às maternidades “biológica” e “afetiva” no âmbito da amamentação*. Ambos os avanços foram trazidos pela Lei n. 13.509, de 2017.

O art. 391-A da CLT, em decorrência da vigência da referida Lei n. 13.509, de 2017, ganhou um parágrafo único para prever que o dispositivo constante do seu caput se aplicará também ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção. Assim, independentemente do gênero (homem ou mulher), aquele a quem tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção é garantida a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Veja-se:

CLT. Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Incluído pela Lei n. 12.812, de 2013).

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se ao

empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção (Incluído pela Lei n. 13.509, de 2017).

Garantiu-se, assim, a quem obtivesse a “guarda para fins de adoção” o direito de igualmente estar protegido contra a despedida arbitrária, pois esse ato jurídico, que inaugura a maternidade afetiva, sempre foi evento análogo ao parto, que dá início à maternidade biológica. Por conta de mais uma natural evolução jurídica, a Lei 13.509/2017 passou a prever que “a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” também se aplica ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção.

Essa evolução estendeu também, como antedito, igual proteção no âmbito dos direitos de amamentação. O legislador da referida Lei n. 13.509/2017, revigorando a ideia de que a maternidade afetiva deve merecer idêntica proteção, garantiu os mesmos direitos de aleitamento, ainda que realizada de modo artificial, em favor dos adotantes. Compreenda-se aqui o aleitamento artificial como, em regra, a alimentação oferecida ao bebê durante seus primeiros meses de vida mediante produtos lácteos diversos do leite materno, e adaptados de modo a satisfazer as suas necessidades. Assim, ainda que mediante procedimento de amamentação artificial, o art. 396 da CLT ganhou uma nova redação, que ora prestigia a troca de olhares entre o adotante e o adotado durante o aleitamento:

Art. 396. Para amamentar seu filho, *inclusive se advindo de adoção*, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um (Redação dada pela Lei n. 13.509, de 2017).

Dessa forma, garantidos iguais direitos para pais biológicos ou adotivos, renova-se a ideia de que a maternidade é uma experiência que abarca toda a família. Todos protegem e precisam ser protegidos.

6 CONCLUSÃO

Não há como concluir sobre o direito fundamental à proteção à maternidade sem reiterar que não haverá vida sem que se amparem as matrizes nos processos reprodutivos humanos e que a higidez dos embriões/futuros cidadãos depende essencialmente dos cuidados que se podem oferecer às mulheres nas etapas gestacionais. Os cuidados com as mães garantem, portanto, a viabilidade dos filhos.

E nunca se pode esquecer que essa “maternidade” é, em verdade, uma experiência que atinge todos os integrantes do grupo familiar. *Todos “engravadam” juntos*; todos, afinal, se tornam sensibilizados diante dos cuidados que devem ser oferecidos ao novo integrante da família. O texto constitucional, ao se referir sobre os riscos que merecem proteção do Estado, informa, no seu art. 201, II, acerca de uma “proteção à maternidade, especialmente à gestante”, e não sobre uma proteção exclusivamente ao nascituro ou a um amparo unicamente à gestante. Diz-se ali sobre uma proteção à maternidade, que, em rigor, abarca todos os que vivem a sua experiência no seio da família.

Conclui-se também que toda situação em que se tratava de proteção à maternidade no texto constitucional era visível apenas em relação à variável biológica, sendo prova disso o texto dos artigos que oferecem licença-maternidade unicamente à gestante (art. 7º, XVIII) e estabilidade somente à mulher grávida, desde a concepção até cinco meses após o parto (art. 10, II, “b”, do ADCT). Nada, absolutamente nada, se dizia sobre a maternidade/paternidade afetiva, como se ela não fosse capaz de produzir os mesmos efeitos e proteções. As dessemelhanças, entretanto, foram superadas. As mais grossas barreiras existentes entre os direitos de pais/mães biológicos e adotivos ruíram e a cada dia mais se difunde o discurso da igualdade como um dogma intransponível, fundado na dignidade humana, tendo essa

igualdade, aliás, chegado ao elevado ponto de sensibilidade de dar-se tratamento semelhante inclusive no plano da amamentação.