

---

## 1.2 Direitos Humanos, Licença-Maternidade Bilateral e Atuação Ministerial: Os Novos Desafios do Direito

Nicodemos Fabrício Maia<sup>1</sup>  
Alexsandro Machado Mourão<sup>2</sup>

### INTRODUÇÃO

O presente texto faz uma análise dos direitos garantidos constitucionalmente, em especial a igualdade e o repúdio à discriminação de gênero e por orientação sexual em face do direito à licença-maternidade bilateral, entendida como aquela que deve ser concedida quando duas mães adotam ou tem o filho por procedimento genético. Tal direito encontra fundamento em todo o ordenamento jurídico e cria uma nova situação, a possibilidade de seu deferimento às duas mães, vez que cada uma é destinatária, individualmente, do direito, pois a cada uma se remete um fato gerador, ainda que o mesmo para ambas.

O trabalho aborda ainda a participação do poder judiciário nos julgamentos sob perspectiva de gênero e a atuação do Ministério Público, como agente constitucionalmente definido como guardião do direito e da ordem constitucional, em especial aqueles de relevância social e veiculados, em sua base, nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte.

---

1 Procurador Regional do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da Sétima Região. Graduado em Direito e Mestre em Sociologia.

2 Chefe da assessoria jurídica do 1º. Ofício na Procuradoria Regional do Trabalho da Sétima Região. Doutor e Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará/UECE. Graduado em Direito e Filosofia.

## **1 DOS COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS AO JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO E A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Ao cabo do processo político que findou o período ditatorial e, com a abertura democrática, iniciou-se a formação do novo Estado brasileiro, fundamentado em princípios já reconhecidos no âmbito internacional, mas que se encontravam obstados em sua concreção, vez que se vivia uma ditadura. É nesse panorama de refundação que nasce a nova Constituição, carregada de sentidos e princípios com fortes obrigações ao estado, em uma tentativa de reduzir desigualdades das mais diversas naturezas, como de gênero, de raça e tantas quanto, além de marcar uma busca de políticas públicas que tivessem o condão de diminuir o fosso social que separa as classes sociais e econômicas até hoje.

Uma marca importante desse período de construção da Constituição Federal foi, sem dúvida, a efervescência dos debates públicos após tantos anos de silenciamento. Desses debates um que chama especial atenção é a discussão sobre os direitos das mulheres e qual o seu papel na nova sociedade baseada na democracia e igualdade. E aqui, a igualdade que se descortinava nos debates transcendia a mera formalidade, se firmando como uma igualdade também em seu aspecto material.

E é, nesse panorama constitucional, que vale a lição de Barroso sobre o direito à igualdade:

todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui a igualdade formal – o direito a não ser discriminado arbitrariamente na lei e perante a lei – assim como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários (a igualdade como reconhecimento). É nesse domínio que se colocam temas controvertidos como ação

afirmativa em favor de grupos sociais historicamente discriminados, reconhecimento das uniões homoafetivas, direitos dos deficientes e dos índios, dentre outros;<sup>3</sup>

Era essa a igualdade que os movimentos de mulheres buscavam no processo constituinte, para além da mera formalidade, entendendo a todos e todas como sujeitos de direitos no novo cenário constitucional. Essa luta foi encampada pelas próprias mulheres, que tomaram para si o protagonismo político, abrindo frestas em barreiras até hoje existentes no espaço político. A necessidade de formulação das políticas, a partir das próprias mulheres é condição, inclusive como elemento de autonomia e participação política, se reafirmando como sujeito de direito, em uma perspectiva *habermesiana*:

[...] os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Só se pode assegurar a autonomia privada de cidadãos em igualdade de direito quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado.<sup>4</sup>

Nesse cenário de lutas por espaço político, as demandas feministas ganham dimensões até então não experimentadas nos ambientes de poder do Brasil, sedimentando assim a ideia de igualdade em suas acepções formal e material. Apesar disso, analisando a participação feminina no legislativo brasileiro na época da constituinte<sup>5</sup> observa-se um déficit numérico, desequilibrando e impossibilitando, desde 1988 o que se percebe hoje como constitucionalismo feminista, que “provocará e confrontará o poder decisório e promoverá a adoção

3 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

4 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

5 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Mulheres Constituintes**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/mulher-constituente>.

de novas políticas articulatórias equitativas para o Poder Constituinte, na qual deve considerar homens e mulheres iguais”<sup>6</sup>. E o mesmo problema permanece com as barreiras estruturais que reduzem a participação das mulheres na política até os dias de hoje.

Porém, apesar de consolidado no corpo constitucional o conceito de igualdade, que não permite discriminação, se não a positiva, por meio de políticas afirmativas, a realidade social ainda chama a atenção por conta das condições de trabalho em que as mulheres recebem menos pelos mesmos trabalhos desempenhados por homens<sup>7</sup>, além de dupla jornada<sup>8</sup> e outras formas de preconceito estrutural de gênero.

Na esteira dessas lutas que marcaram a transição constitucional que desembocou no estado democrático atual, em construção permanente, frise-se, também outros atores ganharam corpo, além dos movimentos feministas, como o movimento negro e LGBTQIAP+<sup>9</sup>.

Quanto ao movimento LGBTQIAP+ o marco do reconhecimento de direitos, com garantia constitucional, foi o julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277, que tratavam do casamento igualitário. No referido julgamento conduzido pela relatoria do então ministro Carlos Ayres Brito, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o conceito de entidade familiar da Constituição precisava ser entendido como plural e não limitador, como vazado nas letras do texto. E assim decidiu o Supremo:

“[...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO ‘FAMÍLIA’ NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA.

6 BAINES, Beverly; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. **Feminist Constitutionalism: Global Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

7 ONU. Organização das Nações Unidas. **Relatório da OIT aponta que mulheres recebem 20% menos do que homens**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/199919-relat%C3%B3rio-da-oit-aponta-que-mulheres-recebem-20-menos-do-que-homens>.

8 VALOR ECONÔMICO. **Dupla jornada faz mulheres trabalharem 3,1 horas a mais que homens**. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/04/26/dupla-jornada-faz-mulheres-trabalharem-31-horas-a-mais-que-homens.ghtml>.

9 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região. **LGBTQIAP+: Você sabe o que essa sigla significa?** Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/465934>.

A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCTIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reductionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sociopolítica-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE 'ENTIDADE FAMILIAR' E 'FAMÍLIA'. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art.

226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ‘entidade familiar’, não pretendeu diferenciá-la da ‘família’. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado ‘entidade familiar’ como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoa do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, verbis: ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. [...]”<sup>10</sup>

No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal entendeu que não deve ser “excluído do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação de políticas públicas, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo”<sup>11</sup>.

Enquanto marco constitucional dos direitos da população LGBTQIAP+ vale ainda destacar a decisão de junho de 2019, também

10 STF. ADPF 132. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe de 14- 10-2011.

11 STF. ADI 5971. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5971, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe de 25-9-2019.

do Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup> que reputou inconstitucional a omissão do poder legislativo em criar leis com o objetivo de punir condutas de discriminação por orientação sexual, como explica André Ramos Tavares:

O Congresso Nacional, em inércia legislativa já bem conhecida da sociedade brasileira, que tem ultrapassado os limites do razoável e do reconhecido “tempo político” do Parlamento, deixou de editar lei criminalizando os atos de homofobia e transfobia ou, de maneira geral, atos atentatórios aos direitos e liberdades da comunidade LGBT. Trata-se de imputação necessária, de exemplo de mandado constitucional de criminalização, a fim de tutelar com efetividade os direitos fundamentais de todos, incluindo a comunidade LGBT em suas particularidades e dificuldades históricas.<sup>13</sup>

Assim, com essas linhas, fica claro que o ordenamento jurídico interno, apesar de não resolver o problema em sua totalidade, repudia qualquer possibilidade de discriminação, seja ela por gênero ou seja ela por orientação sexual. Tanto é assim que a igualdade a que a constituição se refere diz respeito a reconhecer as diferenças entre as pessoas, pois que tratar igualmente é entender que a sociedade se faz plural, com respeito e sem discriminação negativa.

Para além desses verdadeiros mandamentos civilizatórios no âmbito do direito interno, há também um vasto arcabouço de documentos internacionais no mesmo sentido, repudiando a discriminação, como os Princípios de Empoderamento das Mulheres (WEPs)<sup>14</sup>, Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher<sup>15</sup>, Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação

12 STF. ADO 26. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e Mandado de Injunção (MI) 4.733. Rel. Ministro Celso de Mello.

13 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18°. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

14 ONU. Organização das Nações Unidas. **Princípios de Empoderamento das Mulheres (WEPs)**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/referencias/principios-de-empoderamento-das-mulheres/>.

15 BRASIL. **DECRETO N.º 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o

nação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (2002)<sup>16</sup>, Convenção n.º 103 da OIT<sup>17</sup> e Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho<sup>18</sup>.

Como se todos esses mandamentos não já fossem fortes o suficiente no combate à discriminação, em 14 de março de 2023 o Conselho Nacional de Justiça aprovou resolução tornando obrigatória a observância do Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero<sup>19</sup>. Tal protocolo se dirige a todo o poder judiciário e tem como objetivo promover a igualdade nos julgamentos, evitando assim os estereótipos e a discriminação negativa. O referido protocolo retorna ao debate sobre igualdade, para além da mera formalidade e identificando as diferenças como elementos da sociedade, a necessidade de uma igualdade material ou substantiva:

O problema de subempregos, trabalho não pago, estereotipificação e violência de gênero são todos fenômenos que não resultam (apenas) de leis que tratam indivíduos diferentemente, de maneira irracional. São fruto de desigualdades estruturais. Ou seja, o que importa, realmente, não é o fato de alguns grupos serem tratados de maneira diferente, mas, sim, o fato de deterem menos poder e, portanto, ocuparem uma posição inferior. Assim como no caso do racismo recreativo, a concepção de igualdade como diferença de tratamento também se propõe como neutra, mas não é: ela reflete a realidade daqueles que detêm poder e que não encaram problemas relacionados à subordinação.

---

Decreto n.º 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm).

- 16 BRASIL. **DECRETO N.º 4.316, DE 30 DE JULHO DE 2002**. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4316.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4316.htm).
- 17 OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n.º 103 - Amparo à Maternidade**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235193/lang-pt/index.html](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang-pt/index.html)
- 18 OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/WCMS\\_336958/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/WCMS_336958/lang-pt/index.htm).
- 19 CNJ. Conselho Nacional de Justiça (Brasil). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo: PDF 132 páginas). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> e [www.enfam.jus.br](http://www.enfam.jus.br).

Se o problema fosse o tratamento diferenciado irracional entre indivíduos, um princípio da igualdade que demanda o tratamento igualitário bastaria. Mas, se entendemos o problema como sendo a subordinação, essa concepção não basta; precisamos de um princípio voltado a dismantelar hierarquias. Essa formulação da igualdade já existe e se chama igualdade substantiva ou então, antissubordinatória. A utilização do princípio da igualdade é, muitas vezes, associada a grandes demandas constitucionais. Em geral, em ações de controle concentrado, voltadas à declaração de inconstitucionalidade de normas. Sua utilização, entretanto, não se limita à declaração de inconstitucionalidade. É possível aplicar o princípio da igualdade também nas decisões do dia a dia, como ferramenta analítica e guia interpretativo para decisões atentas a gênero.<sup>20</sup>

No mesmo passo, com o declarado objetivo de promoção de direitos humanos e combate a todas as suas formas de violação, o Conselho Nacional do Ministério Público publicou em 1º de março de 2023 a Recomendação CNMP n. 96/2023<sup>21</sup>. O objetivo do documento é recomendar a todos os órgãos do Ministério Público brasileiro uma especial atenção à proteção dos direitos humanos e, consequentemente o combate a todas as suas formas de violação. Tal norma reforça para o Ministério Público brasileiro, dentro de seu leque de atribuições constitucionais e legais, sua vocação como garantidor dos direitos humanos. Em sua exata dicção, assim se apresenta o documento:

Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público a observância dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos, das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte

20 CNJ. Conselho Nacional de Justiça (Brasil). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo: PDF 132 páginas). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> e [www.enfam.jus.br](http://www.enfam.jus.br).

21 CNMP - CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **DIÁRIO ELETRÔNICO DO CNMP**. EDIÇÃO Nº 36 | DISPONIBILIZAÇÃO: Terça-feira, 28 de fevereiro de 2023 | PUBLICAÇÃO: Quarta-feira, 1º de março de 2023.

Interamericana de Direitos Humanos; e dá outras providências.<sup>22</sup>

Logo, a guarda dos direitos humanos encontrou, no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministério Público como seu agente permanente além de sua incumbência de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Dessa maneira, a igualdade, compreendida a partir das diferenças e sua proteção, bem como o repúdio a qualquer forma de discriminação são fundamentos do próprio estado brasileiro, em suas relações internas e externas, como verdadeiro direito e, principalmente, garantia de direitos às pessoas vulnerabilizadas, como mulheres e pessoas LGBTQIAP+.

Ainda, é necessário também para fins do presente texto entender que esses diversos conjuntos de pessoas não se encontram em caixas, estanques, mas sim nos movimentos da sociedade, que na maioria das vezes se forma a partir de mais de uma categoria com dinâmicas e interações que contemplam múltiplas perspectivas e formas diversas de subordinação e desvantagens interdependentes, constituindo assim o que se chama de interseccionalidade. Entender tal conceito se mostra tão necessário que, inclusive, se encontra debatido no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero:

A ideia de que experiências de opressão de gênero variam de acordo com outras formas de opressão há muito tem sido tratada no Brasil e, nos anos 1990, foi conceitualizada pela academia como interseccionalidade, termo que dialoga com o conceito de discriminação múltipla ou agravada de que trata a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.<sup>23</sup>

22 CNMP - CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **DIÁRIO ELETRÔNICO DO CNMP**. EDIÇÃO Nº 36 | DISPONIBILIZAÇÃO: Terça-feira, 28 de fevereiro de 2023 | PUBLICAÇÃO: Quarta-feira, 1º de março de 2023.

23 CNJ. Conselho Nacional de Justiça (Brasil). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo: PDF 132 páginas). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> e [www.enfam.jus.br](http://www.enfam.jus.br).

E, é nessa interseccionalidade representada pelas categorias mulher, mãe e homossexual que se descortina a temática do presente texto em face do direito à licença-maternidade bilateral.

## 2 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE BILATERAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

É nesse contexto constitucional, marcado pelas garantias internas e externas que emerge as novas conformações familiares, inclusive, com o termo “*Direito das Famílias*” para assinalar a pluralidade de formas, como explica Maria Berenice Dias:

Como a linguagem condiciona o pensamento, é necessário subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias. Como refere Jones Figueirêdo, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formatações. Desse modo, a expressão Direito das Famílias é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenham a formação que tiver.<sup>24</sup>

As novas formas de famílias, ou simplesmente *Famílias*, como explica a autora, não estão sujeitas a discriminação, sendo destinadas, em seu conjunto ou individualmente observadas, de todos os direitos a que qualquer pessoa, na mesma condição tenha, incluindo aí a licença-maternidade, que para o seu deferimento não há limitador fora da condição de ser mãe e segurada.

Partindo dessas linhas introdutórias do presente estudo, surge para Estado o desafio de coadunar garantias constitucionais com as novas realidades e, é nesse contexto que se busca defender a possibilidade de licença-maternidade bilateral, ou seja, deferidas a ambas as mães, no mesmo contexto gestacional ou de adoção.

24 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

Ainda que fosse possível supor que para as novas formas de famílias não há legislação específica, tal argumento não seria suficiente para obstar a percepção da referida licença, pois que o julgador tem em suas mãos, além de todos os instrumentos constitucionais, legislativos e internacionais acima destacados, a função criadora do direito, como explica Dias:

A falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para a Justiça negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de chancela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo magistrado, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Como essa atividade legiferante ao caso concreto é determinada pela lei, não há que se falar em ativismo judicial sempre que o juiz decide sem que disponha de previsão legal. Aliás, essa é a sua missão maior, constitui a função criadora da justiça.<sup>25</sup>

Nesse mesmo sentido é a lição do Ministros Luís Roberto Barroso:

[...] A interpretação conforme a Constituição, categoria desenvolvida amplamente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Destina-se ela à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. Um exemplo: depois de alguma hesitação, a jurisprudência vem reconhecendo direitos previdenciários a parceiros que vivem em união estável

25 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

homoafetiva (i.e., entre pessoas do mesmo sexo). Mesmo na ausência de norma expressa nesse sentido, essa é a inteligência que melhor realiza a vontade constitucional, por impedir a desequiparação de pessoas em razão de sua orientação sexual.<sup>26</sup>

Dessa forma, resta claro, conforme todas as determinações constitucionais vistas, que a licença maternidade é direito garantido à mãe que ostenta a condição de segurada, não sendo possível qualquer outro limitador, sob risco de se cair em uma armadilha discriminatória.

A licença-maternidade compõe o rol de proteção legislativa ao trabalho da mulher e foi regulamentada na CLT e garantida como um direito constitucionalmente reconhecido, que tanto é dirigido à trabalhadora quanto ao seu filho, pois que a relação entre mãe e filho e os direitos que se apresentam em tal quadro são indissociáveis.

Do ponto de vista trabalhista, é uma das hipóteses de interrupção do trabalho<sup>27</sup>, porém com a remuneração efetuada pela previdência social. Esse regramento busca proteger a mulher de possíveis ações discriminatórias de seu empregador, que de outro modo teria que arcar com a remuneração. Então, visando proteger a mulher, acertadamente a legislação transferiu o ônus econômico para a previdência social. A licença-maternidade, não está sujeita a limitadores de ordem conceitual, pois que é direito da mãe e o conceito de mãe se impõem como uma realidade fática ou biológico-fática. Na primeira hipótese seriam os casos em que não há a gestação, mas uma das modalidades de adoção. No segundo caso estaríamos diante da maternidade como consequência de um processo biológico de gestação. De qualquer forma, por uma ou outra acepção, o direito da mãe não pode ser mitigado, sendo-lhe conferida a licença-maternidade em sua totalidade.

Assim, pontos relacionados à conformação familiar, orientação sexual ou outros elementos que venham a tangenciar a questão da

26 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

27 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

---

licença-maternidade não devem ser levados em consideração, principalmente como limitadores da percepção do direito.

No presente debate acerca da licença-maternidade para mãe que não gestou, em relação homoafetiva, a interseccionalidade, é um ponto fundamental a ser entendido. Isso porque as realidades de cada marcador de vulnerabilização são diferentes. Assim, muitas vezes o mesmo direito perpassa mais de uma categoria. Como é o caso da licença-maternidade bilateral. Se, por um lado a conquista do direito a licença maternidade é inarredável e uma conquista das mulheres, por outro lado a conquista de igualdade de direitos, das pessoas LGBTQIAP+ também é irrenunciável e impossível a sua não observância.

No debate do presente texto fica claro que negar a condição de mãe a quem é mãe, equivale a negar a igualdade substancial pois estaria discriminando a mulher por ser gay. O direito ao reconhecimento da maternidade é o cerne da questão, a licença é a decorrência lógica desse direito. E, no caso em análise, qual seja a licença-maternidade bilateral, impossível dizer que apenas uma é mãe. Mais impossível ainda nos casos em que há material genético de uma e gestação na barriga da outra. Isso se dá tanto pelo conceito em sua acepção biológica, já que guarda material genético, quanto no conceito social do termo.

Diante do conceito de mãe, que não pode ser retirado da mulher, seja em sua acepção biológica, jurídica ou social não cabe como fundamento para negar a licença-maternidade bilateral, a justificativa de que apenas a uma caberia tal direito, ou mesmo que aos homens não há esse direito bilateral. No primeiro caso seria negar a condição de mãe, no segundo caso seria criar uma falsa impressão de equivalência, pois que na atualidade muito já se discute sobre novas formas de licença-paternidade e sua ampliação.

Para além de todos esses apontamentos, o ordenamento jurídico nacional não deixa outra possibilidade, se não a constitucionalidade e legalidade da licença-maternidade bilateral. Partindo do texto da Cons-

tituição Federal, em seu art. 6º, *caput*, são elencados os direitos sociais que delineiam as relações:

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.<sup>28</sup>

Pela leitura do artigo fica claro que o constituinte guardou especial atenção à maternidade, como direito social, além da proteção à infância, que perfazem uma relação direta, entre um e outro direito. Dada essa proteção ampla qualquer interpretação constitucional envolvendo tais direitos não pode ser restritiva, ao contrário, devem ser amplas.

Na mesma Carta, resta claro que o benefício da licença-maternidade não pode ser restrito à condição de gestante, tanto é assim, que em seu art. 201, inciso II, a proteção é deferida “especialmente” à gestante e não exclusivamente à gestante:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

[...]

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;<sup>29</sup>

E, para não deixar qualquer margem a dúvidas, o art. 203, que trata da assistência social, reforça esse sistema protetivo:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

28 BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 6º. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

29 BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 201. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

[...] <sup>30</sup>

Se não bastassem os artigos acima colacionados, importante também a proteção especial que a maternidade tem no âmbito internacional:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS <sup>31</sup>

[...]

Artigo XXV — 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. **A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais.** Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. **(grifado)**

A proteção à maternidade da trabalhadora não se dirige apenas a ela, mas também ao seu filho. Assim, diante da importância desse instituto, afirma o Ministro Alexandre de Moraes que “A *ratio* dessa norma, não é só o direito à maternidade, mas também a absoluta prioridade que o art. 227 estabelece de integral proteção à criança, inclusive, ao recém-nascido.” <sup>32</sup>

Outro ponto que merece análise é a titularidade do direito à licença-maternidade, vez que não pode ser negado sob o argumento de que apenas uma das duas mães faria jus a tal benefício previden-

30 BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 203. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

31 ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>

32 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ciário. Tal titularidade não pode ser mitigada, como visto acima, dado o caráter especial de proteção que reveste a maternidade, seja no direito pátrio ou internacional. Quanto ao caso em debate, a proteção à maternidade, é direito inerente a quem é mãe, sem qualquer diferenciação, se biológica ou adotiva e reconhecido e documentado pelo Estado. Assim, a certidão de nascimento, que deverá constar as duas mães, não deixará dúvidas de serem ambas titulares do direito a ter a sua maternidade reconhecida e protegida, inclusive com tal condição garantida pelo Estado brasileiro, em documento oficial.

Mais um ponto aqui importante é delinear o vínculo em que foi constituído, seja por adoção ou nos casos em que uma mãe fornece óvulos para gestação na barriga de sua esposa. Se é mãe por ter doado os óvulos e nessa condição estar assentado em registro, ou mãe, na condição de adotante, vez que não gestou e também está assentado no registro. Por uma ótica ou outra, impossível descaracterizar a condição de mãe, inclusive diante da possibilidade de ambas amamentarem sua prole.

Assim, ambas são inegavelmente mães, o que cria o fato gerador para a condição da licença, mesmo que das duas. Como não há na Constituição, como não poderia haver, qualquer impeditivo para uma condição jurídica onde ambas são mães, negar a maternidade a uma delas é impor a discriminação à aqueloutra.

Basta entender que se uma delas fosse mãe por adoção, faria jus ao benefício. Mas o fato é que se uma cedeu os óvulos é também mãe biológica, com o direito de criar, amamentar e educar. Ainda, explica Flávio Martins:

O Supremo Tribunal Federal se utilizou da interpretação sistemática, por exemplo, no Recurso Extraordinário 778.889, que versou sobre a equiparação do prazo da licença-adotante ao prazo de licença-gestante. Segundo o STF, “A licença-maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença-gestante quanto a licença-adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade

entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. [...]

Maior exemplo encontramos na ADPF 132/RJ, que reconheceu ser família a união homoafetiva, equiparando-a à união estável (embora o texto constitucional mencione apenas a união entre homem e mulher). Segundo o STF, “como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Não é diferente neste caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito. [...] Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças.”<sup>33</sup>

Sobre a titularidade do direito debatido, explica André Ramos Tavares:

No art. 6º da Constituição do Brasil, que indica os direitos sociais, não se encontra restrição quanto às pessoas que seriam titulares desses direitos, salvo a titularidade que decorre da própria natureza do direito indicado, como no caso do direito à infância, do direito à proteção da maternidade e da assistência aos desamparados. Salvo tais situações, os demais direitos, como a saúde, a educação e o lazer, não contam com nenhum condicionamento quanto aos beneficiários.<sup>34</sup>

A condição de mãe é irrenunciável, de forma que a proteção a tal condição também o é, como observado nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

33 NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

34 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

É interessante notar que o STF ressaltou que a proteção à maternidade, expressa no art. 6º da Constituição da República como direito fundamental, é irrenunciável. Essa premissa embasou a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de lei trabalhista que sujeitavam o afastamento da mulher grávida ou lactante de atividades insalubres à apresentação, por ela, de atestado de saúde. Proclamou-se que “a proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido” (ADI 5.938, DJe de 23-9-2019).<sup>35</sup>

Assim, se a própria titular não pode renunciar e nem a Constituição Federal criou óbice, não pode haver na lei e nem em sua interpretação qualquer forma de impedir o alcance dessa proteção, absolutamente importante.

Negar a licença-maternidade bilateral é negar o reconhecimento da dignidade da pessoa humana à mãe, pois estaria o estado-juiz discriminando o filho e o privando do convívio garantido e salutar, numa importante fase de sua existência terreal, por se tratar de uma relação onde há duas mães.

A Constituição não faz qualquer ressalva, ou exclusão à condição de mãe, que é a condição necessária ao deferimento da licença-maternidade. Uma vez que não há qualquer ressalva, essa não pode ser criada por legislador ordinário, pois estaria reduzindo o alcance da proteção estabelecida em norma hierarquicamente superior.

Pensar diferente, ou seja, aceitar que a não evolução da norma, frente às mudanças sociais e novas formas de famílias e parentalidades pode obstar a consecução de direito constitucionalmente garantido é abrir perigoso precedente para a discriminação. Tal negativa, no tema em análise, acarreta negativa da condição de mãe, o que não pode ser permitido no direito.

35 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, Série IDP, 2021.

---

Assim, resta cristalino que na Constituição Federal não há qualquer óbice ao deferimento da licença-maternidade bilateral, na verdade, da leitura sistemática dos dispositivos constitucionais, o deferimento se impõe como medida de proteção integral à criança e à maternidade.

O direito é dúctil, evolui e não involui, e não uma instituição estática, de natureza contemplativa, incapaz de acompanhar a evolução social e, assim, enfrentar os novos desafios e o combate a qualquer tipo de discriminação, sendo essa a sua essência fundamental. Tanto assim o é que a partir de 2002 (Lei n.º 10.421) a lei passou a estender à mãe adotiva o direito a licença maternidade nas mesmas condições que mãe gestante, como visto.

Acerca da dinâmica do direito em relação ao tema em estudo, vale a leitura do texto de Frederico Amado:

Um importante precedente já havia sido aberto no Conselho de Recursos da Previdência Social no dia 28 de agosto de 2012 através da 1ª. Câmara de Julgamento. Isso porque o referido órgão do Ministério da Economia reconheceu o direito a um casal de segurados que mantinham relação homoafetiva que adotaram uma criança. Nesse sentido, colaciona-se notícia extraída do site do extinto Ministério da Previdência Social:

BENEFÍCIOS: Decisão do CRPS concede salário-maternidade para segurado em união homoafetiva. Segurado será informado por carta da decisão do CRPs. 28/08/2012 – 12:26:00 Da Redação (Brasília) – Uma decisão inédita, no âmbito da Previdência Social, marcou o julgamento da 1ª. Câmara de Julgamentos do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), nesta terça-feira (28). Pela primeira vez, um homem que tem uma união homoafetiva e adotou uma criança terá direito ao salário-maternidade, concedido pelo CRPS. A decisão, unânime entre os conselheiros, foi baseada nas análises da Constituição Brasileira e do Estatuto da Criança e Adolescência (ECA), que garantem o direito da criança aos cuidados da família, e na concessão do benefício pelo INSS a uma segurada que também

mantem união homoafetiva. No pleito, o segurado, que mora no Rio Grande do Sul, argumentou que, perante a Constituição, todos são iguais e a não decisão favorável pelo benefício seria um caso de discriminação, por já ter sido favorável para a união entre duas mulheres. Ele participou do julgamento por videoconferência. “Eu e meu companheiro queremos ter o mesmo direito de cuidar de nosso filho, assim como as duas mulheres tiveram. Além disso, os cuidados e atenção são um direito da criança, não meu ou do meu companheiro. Quem sabe com essa decisão outras crianças possam ter o mesmo direito.”

Em 2008, o INSS concedeu o salário-maternidade para um pai solteiro. Neste mês, a Justiça de Campinas (SP) determinou a concessão do salário-maternidade a um pai solteiro, similar ao concedido à mulher. Segundo o presidente do CRPS, Manuel Dantas, o fato do segurado manter uma relação homoafetiva não interferiu no julgamento do caso. O que foi levado em conta é a concessão de salário-maternidade para um homem. A decisão, porém, vale apenas para o caso específico. Para que todos os homens tenham direito, o INSS teria que mudar as normas que regem a concessão do benefício. “Enquanto as normas não forem alteradas, as pessoas precisarão entrar com recursos. Contudo, o CRPS, em suas decisões, reflete o pensamento da sociedade, já que é composto por ela. É uma oportunidade da Previdência Social avançar na legislação e se adequar aos anseios da sociedade”, disse Manuel Dantas. Após a decisão do CRPS, o INSS deverá mandar uma carta comunicando a decisão ao segurado e a concessão do benefício. O salário-maternidade é devido às seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas, empregadas domésticas, contribuintes individuais, facultativas e seguradas especiais, por ocasião do parto, inclusive o natimorto, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial para fins de adoção”.<sup>36</sup>

36 AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 12ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

---

Negar o reconhecimento de uma mãe ser mãe, em decorrência de se tratar de uma relação homoafetiva, onde apenas uma delas poderia ostentar tal título é discriminatório e, portanto, atenta contra a dignidade da pessoa humana, pois ambas possuem o direito básico de amamentação.

Caso exista argumento no sentido de negar a licença-maternidade bilateral, esse deverá, obrigatoriamente, primeiro resolver o desafio de saber se a condição de se tratar de uma relação homoafetiva, notadamente entre duas mulheres, tem o condão de despir uma delas da condição de mãe. Em essência, o debate não trata se há direito a licença-maternidade, mas sim se existe algum limitador a tal direito, o que como visto, não existe nos limites além das balizas constitucionais, do argumento acerca da maternidade bilateral.

Quando se fala em maternidade bilateral, em princípio estamos diante de pelo menos dois pontos de debate que são indissociáveis, a maternidade por via da adoção e a maternidade por reprodução assistida em que uma das mães gesta e a outra doa os óvulos para fecundação, havendo assim, biologicamente, duas mães. Como visto, uma vez que não há diferença entre filhos havidos por adoção e gestação, também não deve haver qualquer tipo de discriminação pelo mesmo motivo em razão da licença. Explicando tal ponto, Maria Berenice Dias, uma das principais pesquisadoras acerca da temática que envolve o direito das famílias, assim leciona:

O advento das técnicas de reprodução assistida acabou com alguns ditados populares. Entre eles: a mãe é sempre certa! A partir da possibilidade de a gravidez ocorrer mediante o uso de material genético de outras pessoas, bem como de a gestação ser levada a termo por alguém que cede o útero – a chamada barriga de aluguel –, mãe não é a que gesta. Pai não é quem cede material genético. No processo reprodutivo das uniões homoafetivas é necessária a utilização de material genético de mais pessoas. Nos casais femininos, vez por outra, o óvulo de uma das parceiras é fecundado in vitro, com sêmen de doador anônimo, o embrião é implantado na outra. Casais masculinos utilizam o

sêmen de ambos que, fecundado em laboratório, é implantado no útero de quem vai levar a gestação a termo. E nem buscam, depois do nascimento, identificar quem é o pai biológico. Diante deste leque enorme de possibilidades, o registro do nascimento não pode ser levado a efeito exclusivamente com a apresentação da Declaração de Nascido Vivo (DNV). Afinal, a gestante pode não ser a genitora. Nem quem cedeu o óvulo nem quem levou a gestação a termo desejavam assumir a maternidade. Tais avanços no campo da engenharia genética têm permitido o registro do filho em nome de quem vai assumir a parentalidade. De outro lado, se o projeto parental é de todos os envolvidos no processo reprodutivo assumirem o filho, é possível que o registro seja levado a efeito em nome de todos. O procedimento reprodutivo é regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina e o assento de nascimento do filho havido por técnica de reprodução assistida, pelo Conselho Nacional de Justiça. O registro deve ser inscrito no Livro A e não depende de decisão judicial. Tratando-se de gestação por substituição, apresentado termo de compromisso de quem cedeu o útero, seu nome não será incluído no registro, ainda que conste como mãe na Declaração de Nascido Vivo (DNV). No assento de nascimento de filhos de casais homoafetivos não deve constar referência se a ascendência é paterna ou materna, nem com relação aos avós.

[...]

As profundas alterações que ocorreram na família se refletem nos vínculos de parentesco. A própria Constituição da República (227 § 6.º) encarregou-se de alargar o conceito de entidade familiar ao não permitir distinções entre filhos, afastando adjetivações relacionadas à origem da filiação. Ocorreu verdadeira desbiologização da paternidade-maternidade-filiação e, conseqüentemente, do parentesco em geral. Assim, deve-se buscar um conceito plural de paternidade, de maternidade e de parentesco em sentido amplo, no qual a vontade, o consentimento, a afetividade e a responsabilidade jurídica terão missões relevantes.

[...]

A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais ser buscada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. A acessibilidade aos métodos reprodutivos permite a qualquer pessoa realizar o sonho de ter filhos. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo fazer sexo com alguém. Não há como identificar o pai com o cedente do espermatozoide. Nem dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. **Ao final, todas tornam-se mães**, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa.<sup>37</sup> **(grifado)**

Por fim, arrematando acerca da justiça do direito à licença-maternidade bilateral, e deixando claro que não se trata de escolha de quem será a “mãe”, em exclusão da outra, registra:

Nas hipóteses de gravidez por substituição, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a Declaração de Nascido Vivo – DNV, o registro do nascimento pode ser feito no nome de quem desejou o filho. Inclusive, pode acontecer de nenhum deles serem pais biológicos. Quando a técnica procriativa é utilizada por lésbicas, de forma cada vez mais frequente, uma gesta o óvulo da companheira que foi fecundado em laboratório. **Neste caso, não há que falar em gravidez por substituição, mas em dupla maternidade**, cujo registro pode ser requerido diretamente junto ao Cartório do Registro Civil. **O Conselho Nacional de Justiça expediu provimento assegurando este direito e vedando aos oficiais do Registro Civil de se negarem a proceder o registro.**<sup>38</sup> **(grifado)**

E, sobre a licença em análise, assim esclarece a professora:

37 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

38 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

No caso de adoção ou guarda judicial de criança, é devido ao segurado – seja à mulher, seja ao homem – salário-maternidade e benefício previdenciário a ser pago pelo INSS pelo prazo de 120 dias. O prazo da licença adotante não pode ser inferior ao prazo da licença gestante, independentemente da idade da criança adotada. Tanto a adotante como a guardiã fazem jus à licença-maternidade (CLT 392-A) pelo prazo de 120 dias. O mesmo direito é conferido ao empregado (CLT 392-C). A licença-maternidade é prorrogada por 60 dias e a licença-paternidade por 15 dias aos empregados das pessoas jurídicas que aderem ao Programa Empresa Cidadã (Lei 11.770/2008). Injustificadamente, o benefício não pode ser concedido a mais de um segurado, como na hipótese de adoção por um casal de mulheres (CLT 392-A § 5.º). No entanto, a jurisprudência vem se amoldando à realidade da vida. **Nas uniões femininas, em que uma fornece o óvulo que é fecundado e implantado na outra, ambas são mães. E a ambas cabe ser concedida licença-maternidade.**<sup>39</sup> (grifado)

E, esse tem sido o entendimento da jurisprudência:

Licença maternidade. Direito social. Interpretação extensiva da lei. Afastamento do fator biológico. Precedente do STF. Multiparentalidade. Mãe biológica não gestante. Irrelevância. Direito líquido e certo assegurado. Garantia de convivência do infante. [...] Muito embora a redação constitucional se refira à licença à gestante — assim como consta também na legislação municipal — a interpretação que se dá ao texto legal é extensiva, aplicando-se à condição de maternidade, não mais importando o fator biológico e gestacional (RE 778.889/STF — repercussão geral). Diante da evolução do conceito de entidade familiar, a multiparentalidade tornou-se possível, de forma que, quanto à licença maternidade, a concessão do benefício já não comporta mais a vinculação ao fator biológico, nem é vedada aos núcleos familiares homoafetivos multiparentais ou, até mesmo, aos monoparentais, até porque a referida licença é também garantia assegurada ao menor — A multiparentalidade materna não retira da mãe biológica não gestante o direito líquido e

39 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

certo de gozar da licença remunerada de cento e vinte dias pelo nascimento dos filhos. A administração pública e, sobretudo o Poder Judiciário precisam ficar atento aos novos conceitos sociais de entidade familiar, adaptando-se a extensão de direitos. (TJMG — RN 10000190509869001, Re. Renato Dresch, j. 20/02/2020). (grifado)

TJSP – LICENÇA MATERNIDADE PELO PERÍODO DE 180 DIAS. CASAL HOMOAFETIVO. MÃE QUE NÃO GESTOU A CRIANÇA. EXTENSÃO. MELHOR INTERESSE DO MENOR. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP – RECURSO INOMINADO CÍVEL: 10287947820178260564, RELATOR: EDUARDA MARIA ROMEIRO CORRÊA, DATA DE PUBLICAÇÃO: 22/01/2019)

TJSP – AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICENÇA MATERNIDADE. CASAL HOMOAFETIVO. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. DIREITO PRÓPRIO DA SEGURADA CUJO FATO GERADOR OCORREU. AQUISIÇÃO DA QUALIDADE DE MÃE. DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE QUE NÃO É EXCEPCIONADO CASO FOSSE FILHO ADOTADO, OU POR NÃO TER SIDO GESTANTE, OU PELO FATO DE OUTRA PESSOA PODER AMAMENTAR O BEBÊ. RECURSO PROVIDO. (TJSP – AGRAVO DE INSTRUMENTO: 20878101820198260000, RELATOR: FERNÃO BORBA FRANCO, DATA DE PUBLICAÇÃO: 13/08/2019)

Ora, se para mãe adotante é concedido o benefício da licença-maternidade, o que se dirá da mãe que biologicamente contribuiu para gestação de sua esposa e, ainda, carrega consigo a capacidade potencial de amamentar sua prole?

Ainda, não havendo diferença entre mães, ambas têm o direito de gozar da licença-maternidade em igualdade e pensar diferente é criar categorias de mães, com e sem o direito. O não reconhecimento ao direito de dupla licença às mães, sejam adotantes, sejam biológicas é violação direta da constituição e, portanto, também da legalidade.

---

## CONCLUSÕES

Com todas essas considerações sobre o direito analisado e suas implicações, parece bem claro que, na prática, não se trata de um direito individual puramente entendido, que não estaria inscrito na atuação do Ministério Público. Em verdade, o Ministério Público, que tem a sua atuação resguardada por contornos constitucionais, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>40</sup> deve, conforme a citada Recomendação CNMP n. 96/2023, em especial o seu ramo laboralista, empreender esforços para a entrega jurisdicional do direito à licença-maternidade bilateral.

Para além desse dever de guardar a ordem constitucional, os direitos relativos à maternidade, como por exemplo a licença-maternidade, são indissociáveis daqueles referentes à proteção integral da criança, dessa forma, o interesse público que subjaz ao debate se vincula aos direitos dos menores absolutamente incapazes. Assim, julga-se imperiosa a participação do Ministério Público nos feitos dessa natureza, haja vista o que dispõe o art. 178, II, do CPC/2015<sup>41</sup>:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I – interesse público ou social;

II – interesse de incapaz;

III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

No mesmo sentido, são os arts. 202 e 204 do ECA<sup>42</sup>:

---

40 BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 127. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

41 BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

42 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível

---

Art. 202. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipótese em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos e requerer diligências, usando os recursos cabíveis.

Art. 204. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

Portanto, tão claro quanto é a proteção constitucional e legal deferida à licença-maternidade bilateral é também claro o interesse público no debate, dada a sua relevância social, nos moldes do art. 83 da Lei Complementar n.º 75/1993<sup>43</sup>, o que atrai a atuação do *parquet*, em especial o trabalhista, para a garantia do cumprimento dos mandamentos constitucionais.

---

em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm).

43 BRASIL. **Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; II - manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção; [...] Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm).