



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região

Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo 000059-71.2024.5.05.0037

Relator: ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 11/07/2024

Valor da causa: R\$ 4.000,00

Partes:

RECORRENTE: EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS HOSPITALARES - EBSEH

ADVOGADO: THIAGO LOPES CARDOSO CAMPOS

ADVOGADO: GERMANO ANDRADE MARQUES

ADVOGADO: ZULIVIA CONCEICAO BRITTO MENEZES

RECORRIDO: ERNANDA RODRIGUES XAVIER MENDES

ADVOGADO: ANA MARIA SANTANA DA CUNHA

ADVOGADO: NATALIA SILVA PIRES

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

PROCESSO n° 0000059-71.2024.5.05.0037 (RORSum)

RECORRENTE: EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSERH

RECORRIDO: ERNANDA RODRIGUES XAVIER MENDES

RELATORA: ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

10

LICENÇA MATERNIDADE. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. MÃE NÃO GESTANTE QUE REALIZOU TRATAMENTO MÉDICO PARA ESTIMULAÇÃO DA PRODUÇÃO DE LEITE. No caso em exame, a Reclamante, mãe não gestante, comprova a realização de tratamento para estimulação de leite para viabilizar o aumento na disponibilidade de amamentação da filha, bem como para o estreitamento de laços maternos. Em que pese inexistir legislação específica de licença maternidade para união estável homoafetiva entre duas mulheres, destaco o entendimento firmado pelo STF no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 em que fora estabelecido: "O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica". Assim, uma vez que a Reclamante comprova aptidão para aleitamento da filha recém-nascida, em atenção ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e por ser inadmissível uma interpretação reducionista dos direitos dos casais homoafetivos, entendo que a sentença deve ser mantida.

Negado provimento ao Recurso da Reclamada.

Relatório dispensado, nos termos do art. 852-I, CLT.

VOTO

GRATUIDADE DE JUSTIÇA



A parte reclamada manifesta inconformismo quanto ao deferimento da gratuidade da justiça da Reclamante, afirmando que a autora não demonstrou preencher os requisitos mínimos para usufruir de tal benefício.

Analiso.

A concessão da gratuidade da justiça tem lastro no art. 790, § 4º da CLT e art. 5º, LXXIV, CF, sendo suficiente que a pessoa natural declare a impossibilidade de suportar o ônus da demanda sem prejuízo do seu sustento e/ou o de sua família, independentemente de estar assistida por sindicato de classe ou acompanhada de advogado por si diretamente contratado.

A Súmula 463 do TST assenta como suficiente a declaração de hipossuficiência da parte autora, podendo ser substituída por declaração no mesmo sentido do advogado, exigindo-se tenha poderes específicos para tanto, por força do art. 105 do CPC/15, aplicável às demandas propostas desde 26.06.2017.

Observo que ao §4º do art. 790 da CLT, que traz critério subjetivo para gozo do direito, porque depende de pronunciamento do sujeito acerca da sua condição econômica, agregase o §3º do art. 790 da CLT, que traz critério objetivo, possibilitando ao juízo, de ofício, conceder a gratuidade, por simples presunção relacionada aos ganhos do autor e desde que não extrapolem 40% do teto previdenciário.

O critério objetivo se soma ao subjetivo como método para ampliar o acesso à justiça, ou seja, não há exclusão dos efeitos que advém da declaração de pobreza. Assim, ainda que o trabalhador receba rendimentos que ultrapassem o limite legal, pode declarar hipossuficiência, afinal, os gastos do indivíduo são compatíveis com a renda que auferir, assume compromissos pessoais e familiares contemplando o quanto ganha, de modo que despesas processuais podem representar um desajuste a comprometer o atendimento a necessidades imperiosas e inadiáveis.

Ora, o §4º do art. 790 da CLT praticamente reproduziu o texto do art. 5º LXXIV da CF e este foi interpretado pelo STF nos exatos termos acima expressos, não sendo razoável supor que em face do processo trabalhista a pessoa natural tenha tratamento mais restritivo do acesso à justiça do que no processo comum. "Assistência judiciária gratuita - pessoa jurídica. Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo".(STF, Pleno, Edcl-AgRg-Rcl nº 1905, Marco, j. 15.08.2002, DJU 20.09.2002).



Mantenho.

**EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES.
EQUIPARAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL**

A Reclamada vindica a reforma da sentença que indeferiu as prerrogativas de Fazenda Pública a seu favor.

Recorto trecho da sentença:

"2.4. EBSEH - EQUIPARAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA:

Conforme art. 3º, caput, e § 1º, da Lei 12.550 /2011 a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH é uma entidade que atua em regime não concorrencial e que possui por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, assim como a prestação, às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres, de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do a autonomia universitária.

Dessa forma, a EBSEH tem por finalidade a prestação de serviço público essencial, em regime não concorrencial, sendo constituída por capital integralmente sob a propriedade da União, pelo que faz jus à aplicação das prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública. Defiro."

Desse modo, verifico a ausência de interesse recursal da Reclamada, uma vez que seu pedido fora apreciado e deferido pelo juízo de primeiro grau.

Não conheço.

LICENÇA MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA

A Reclamada se insurge contra o deferimento da licença maternidade à mãe não gestante.

Sustenta que *"somente terá direito a licença maternidade a mãe gestante, ou a que adotar ou tiver a guarda judicial da criança, sendo que o §5º do Art. 392-A ainda é bem específico em determinar que no caso de guarda conjunta, somente um dos adotantes ou guardiões terá direito a licença maternidade"*.

Pontua ainda que *"não há fundamento legal para a concessão de licença maternidade para as duas mães no caso de dupla maternidade, ao contrário, como já mencionado, no caso de adoção conjunta, somente um dos adotantes tem direito a essa licença."*



Chama atenção ao fato de que *"quem gerou e deu a luz à filha da Recorrida, foi a sua companheira, que é a responsável pela sua amamentação, não há norma que ampare o pleito da Recorrida para que tenha acesso à licença-maternidade de 180 dias."*

Sobre o tema, assim entendeu o magistrado de primeiro grau:

"2.2. LICENÇA MATERNIDADE - MÃE NÃO GESTANTE - DUPLA MATERNIDADE

(...)

No caso sob exame, é importante de logo fixar que o nascimento da criança, resultante de uma entidade familiar, formada por casal do mesmo sexo, pressupõe indissociavelmente a legitimidade à parentalidade homoafetiva, para todos os fins de direito.

Nesse sentido, uma vez já assegurada a viabilidade jurídica da união estável e também do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, formalizando uma entidade familiar, nada impede, sob pena de violação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que a reclamante busque exercer a sua maternidade pautada em uma relação de afeto e cuidado. É dizer, o simples fato de o ordenamento jurídico não possuir norma expressa sobre a questão não significa que o exercício da maternidade e de seus direitos esteja proibido.

Aliás, a proteção à infância e à maternidade são objetivos expressos na Constituição Federal, conforme o art. 6º e o art. 227 da CRFB. Essa proteção é resultado da ampliação do direito de proteção à maternidade, à vida e à saúde da mãe e também do nascituro, e encontra amparo no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, a licença-maternidade, na forma dos artigos 70, 71-A e 71-B da Lei 8.213 /91 e 392-A, § 5º e 392-B da CLT é concedida à mãe biológica, à pessoa adotante ou àquela que obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente.

O escopo da licença maternidade, portanto, vai muito além da recuperação da parturiente, afinal é concedida também àquela pessoa que obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente. Isso porque ela se dá, precipuamente, no interesse da criança, pois o seu objetivo é o de proporcionar à trabalhadora a oportunidade de estar junto do seu bebê nos primeiros meses de vida, estreitando os laços afetivos entre ambos.

A autora, empregada pública, teve seu pedido de concessão de licença maternidade de 180 (cento e oitenta) dias indeferido, sob o argumento da inexistência de norma jurídica, como consta na defesa da ré, mas possivelmente também pela concessão da licença maternidade à sua companheira, responsável pela gestação da filha do casal e também empregada pública da ré.

No caso presente, revelou a reclamante, ainda, em sua inicial que, durante a gravidez da sua companheira, fez um tratamento médico prévio para estimulação da produção de leite para realizar a amamentação conjunta, como se observa do documento de ID 0c9f00c. Em tal documento, observa-se ainda que a médica atestante esclareceu que: vale ressaltar que a maior produção de leite irá ocorrer quando a mãe colocar nenem no peito, pela produção de ocitocina. Diante disso, é possível afirmar que a reclamante é uma empregada lactante.

Acerca da importância da amamentação, o seu objetivo principal é o de aumentar o tempo de contato entre mãe e filho. Esse contato não só é importante, como também é essencial para o correto desenvolvimento físico e psíquico da criança e é no interesse do bebê que a proteção jurídica existe.

Assiste razão à ré quando afirma que a dupla concessão da licença maternidade não foi literalmente prevista expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro. De fato, essa lacuna resulta em situações de desproteção como a posta em Juízo no presente feito.



No particular, o exame deste feito e seu julgamento deve ser feito também com atenção ao Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça que propõe um método interpretativo dogmático que leve em conta que o direito de ser interpretado, não de maneira abstrata, mas sim atento à realidade, buscando identificar e dismantelar as desigualdade estruturais.

A reclamante, em razão do seu duplo papel de mulher e homossexual, trouxe a juízo uma reflexão de que o conceito jurídico da licença maternidade acaba por ser alheio à forma como as dinâmicas sociais operam, uma vez que deixa de fora situações em que há dupla maternidade e dupla amamentação da criança. Estereótipos negativos certamente operaram na dinâmica de tratamento do seu requerimento de gozo da licença maternidade que foi indeferido, como se, unicamente por ser mulher e homossexual isso lhe tornasse menos mãe ou uma mãe desnecessária para os cuidados com a bebê que não gestou, uma mãe dispensável após o parto.

O tratamento desigual da reclamante, uma mãe que acaba de ter uma filha e a amamentará, acaba por resultar em uma conclusão perpetuadora das desigualdades, negando-se à mulher homossexual em dupla maternidade o seu direito de convivência com sua filha nos primeiros meses.

Observa-se aqui que a norma de concessão da licença maternidade existente parece neutra, mas impacta negativamente o grupo das mulheres em dupla maternidade de maneira desproporcional. É um caso de discriminação indireta, portanto.

A normativa internacional e constitucional, acerca de direitos humanos e fundamentais, repudia condutas que representem discriminação ou assédio e ofensa à honra e dignidade das pessoas no trabalho. Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 23), Declaração Americana de Direitos Humanos (arts. V, XIV e XVII), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (arts. 17 e 26), Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 7º e 12), Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, arts. 5º, 6º e 11), Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015 (preâmbulo e arts. 2º e 4º).

O próprio sistema universal de normas prevê ainda, na Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, o amparo à maternidade (revista em 1952; adotada em Genebra em 28 de junho de 1952, por ocasião da Trigésima Quinta Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho; com reservas dos incisos b e c do parágrafo 1º do artigo VII; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 30 de abril de 1965; entrada em vigor, para o Brasil, de conformidade com seu artigo 9º, parágrafo 3º, em 18 de junho de 1966, isto é, doze meses após a data do registro da ratificação brasileira na Repartição Internacional de Trabalho, o que se efetuou em 18 de junho de 1965; e promulgada em 14 de julho de 1966.).

Esta Convenção abarca todas as mulheres e todas as lactantes, independentemente de idade, nacionalidade, raça, crenças religiosas, casadas ou não.

Assim, diante de tudo quanto até aqui exposto, julgo procedente o pedido para determinar que a ré conceda à parte autora o imediato gozo de licença maternidade de 120 dias acrescidos de 60, contados a partir da publicação dessa sentença, que terá efeitos imediatos."

Ao exame.

Princípio destacando o Tema 1072, *leading case* RE 1211446, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que se fixou a seguinte tese:

"A mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade."

O caso examinado originou-se do Recurso Extraordinário interposto pelo Município de São Bernardo do Campo que discute se há direito da trabalhadora não gestante em união



homoafetiva ao gozo de licença-maternidade, em um contexto fático em que a mãe gestante não usufruiu do benefício.

O *leading case* distinguiu-se do presente caso em questão, haja vista que naqueles autos a mãe gestante, profissional autônoma, não logrou êxito no requerimento de licença maternidade, razão pela qual deveria retomar suas atividades laborativas. A trabalhadora, mãe não gestante, pleiteou, assim, a licença maternidade para assumir os cuidados necessários de sua filha.

Destaco o voto vogal do Ministro Cristiano Zanin em relação à duplicidade da licença maternidade em situações excepcionais, como por exemplo, quando a companheira não gestante faça tratamento para ter condições de aleitamento. No voto restou expresso que situações tais devem receber soluções excepcionais, analisadas caso a caso. Recorto trecho do voto (página 48 de 156 do acórdão):

"A discussão aqui é definir o direito ou não à licença-maternidade à mãe não gestante considerada a união estável homoafetiva. Essa é a discussão. Parece-me que ir além, para excluir a possibilidade de duplicidade, talvez já avance e analise situações, como, por exemplo, a mãe não gestante que faz tratamento para amamentar a criança.

Sei que Vossa Excelência aborda essa questão no voto, mas é uma questão que não foi aqui debatida e, talvez, não tenhamos tantos dados para enfrentá-la. A proposta, na verdade, que trago à discussão, seria restringir a tese da seguinte forma: tem direito à licença-maternidade a mãe não gestante em união estável homoafetiva cuja companheira que engravidou não teve direito ao benefício. Sei da preocupação trazida pelo eminente Procurador-Geral da República em relação às questões previdenciárias, à própria duplicidade, mas me parece que aqui há outras situações que mereceriam uma análise mais detalhada. Se avançássemos, isso poderia ficar prejudicado. Minha proposta, sujeita evidentemente à maioria, seria restringir a tese àquilo que foi colocado como repercussão geral originariamente."

Na análise da proposta da Tese fora ressaltada a posição do Ministro Cristiano Zanin (página 153 de 156 do acórdão):

"Tivemos ainda a posição do Ministro Cristiano Zanin, que parava a tese apenas na específica situação do caso concreto, embora formulando uma tese, por uma preocupação específica de algumas situações excepcionais. E Sua Excelência mencionou uma de que tinha conhecimento, de que a companheira não gestante, embora mãe, estivesse fazendo um tratamento para ter condições de aleitamento.

Então, ajustou-se que o Ministro Luiz Fux incluirá, no corpo do voto, a possibilidade de situações excepcionais merecerem soluções excepcionais, como precisamente essa citada pelo Ministro Zanin. E o Ministro Fux também se comprometeu a inserir, no corpo do voto que, na hipótese de ambas terem direito ao salário-maternidade, caberá ao casal decidir quem fruirá o salário-maternidade e a equivalência com o salário-paternidade."

Assim, o caso em exame consubstancia-se em hipótese de situação excepcional e distinta em relação ao *leading case*, tendo em vista que a Reclamante realizou tratamento médico para estimulação da produção de leite, conforme documento de id f15724a e à sua companheira, mãe gestante, foi deferida a licença-maternidade.

Feito o devido contorno, passo a análise das razões recursais.



A Reclamada assevera que inexistente fundamento legal para a concessão de licença maternidade para as duas mães no caso de dupla maternidade. Suscita entendimentos relativos à licença maternidade oriunda de adoção que também só é concedida em favor de um dos adotantes.

No caso em exame, observo uma mãe não gestante que se submeteu a tratamento médico prévio para estimulação da produção de leite (id f15724a) com o objetivo de viabilizar o aumento da disponibilidade de amamentação para sua filha, bem como para estreitar os laços maternos com a recém-nascida.

Curial observar que a Constituição Federal preconiza a proteção à maternidade e a infância, além de garantir o direito à licença maternidade, com esteio no disposto no artigo 6º, artigo 7º, XVIII e artigo 201, inciso II.

A CLT também prevê a proteção à maternidade, sobretudo em seu artigo 392, porque reforça o direito da licença maternidade, sem prejuízo de seu emprego e salário.

Atualmente, diante das modificações sociais, observamos o reconhecimento da diversidade familiar consubstanciada em novas configurações, tais como, família matrimonial, monoparental, uniões homoafetivas com filhos, paternidade e maternidade socioafetivas, entre outras. Nessa esteira, resta indiscutível a importância da ADI 4277 e ADPF 132 que equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis em relações heterossexuais.

No entanto, a visão heteronormativa ainda prevalece e segrega as configurações familiares diversas do padrão imposto pela sociedade.

De fato, observa-se a omissão legislativa quanto à especificidade da dupla licença-maternidade em relações homoafetivas constituída por duas mulheres. A comunidade LGBTQIA+, de forma indiscutível, representa uma minoria social que enfrenta um cenário constante de preconceito e discriminação. As leis não são direcionadas às suas especificidades, motivo pelo qual essa parcela social busca o Judiciário para garantia de direitos constitucionais por meio de analogias às previsões legislativas de cunho heteronormativos.

Desse modo, extirpar da Reclamante o direito ao aleitamento e ao estreitamento dos laços com sua filha configura em afronta ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Ponto ser relevante ao deslinde do caso em exame as determinações insertas no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça.



Como bem salienta a sentença ora recorrida, resta flagrante a discriminação indireta ao se coibir a dupla maternidade a Reclamante, mãe não gestante, mas que também é mãe e possui claras condições ao aleitamento de sua filha.

Nos termos do Protocolo, a discriminação indireta:

"A discriminação indireta pode, muitas vezes, passar despercebida, ou então aparecer como um elemento neutro. Ou seja, o impacto diferenciado não ocorre por circunstâncias aleatórias ou pela vontade de indivíduos, mas por conta de desigualdades estruturais. Imaginemos, por exemplo, uma empresa na qual pouquíssimas mulheres assumem cargos de liderança. Um empregador pode justificar esse fato dizendo que isso ocorre porque mulheres produzem menos ou porque querem se dedicar mais à família." (página 53 de 132)

A discriminação indireta se observa no caso em exame mormente quando a Reclamada visa coibir a licença-maternidade da Reclamante pelo fato de ser mãe não gestante e pelo desamparo legislativo à dupla concessão da licença.

Trata-se de uma desigualdade estrutural que visa equiparar a relação homoafetiva da reclamante e de sua companheira a um casal heterossexual. À Reclamante são atribuídas características relacionadas ao estereótipo de um homem heterossexual: condição de provedora do lar, aquela que deve trabalhar, enquanto a mãe gestante permanece em casa cuidando da bebê.

Cabe distinguir conceitos básicos acerca de sexo, sexualidade e identidade de gênero. Para tal fim, destaco trecho do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero: (páginas 16 e 19)

"O conceito de sexo está relacionado aos aspectos biológicos que servem como base para a classificação de indivíduos entre machos, fêmeas e intersexuais. Em nossa sociedade, seres humanos são divididos nessas categorias - em geral, ao nascer - a partir de determinadas características anatômicas, como órgãos sexuais e reprodutivos, hormônios e cromossomos.

Atualmente, o conceito de sexo é considerado obsoleto enquanto ferramenta analítica para refletirmos sobre desigualdades. Isso porque deixa de fora uma série de outras características não biológicas socialmente construídas e atribuídas a indivíduos - muitas vezes em razão de seu sexo biológico - que tem maior relevância para entendermos como opressões acontecem no mundo real.

(...)

Quando falamos em gênero, estamos nos referindo a características socialmente construídas, atribuídas a indivíduos de acordo com o seu sexo biológico. Apesar de certas atribuições serem tão enraizadas a ponto de parecerem naturais e necessárias, elas são, em realidade, artificiais e, portanto, não fixas: muitas vezes, uma pessoa pode se identificar com um conjunto de características não alinhado ao seu sexo designado. Ou seja, é possível nascer do sexo masculino, mas se identificar com características tradicionalmente associadas ao que culturalmente se atribuiu ao sexo feminino e vice-versa, ou então, não se identificar com gênero algum.

Pessoas que não se conformam com o gênero a elas atribuído ao nascer foram e ainda são extremamente discriminadas no Brasil e no mundo, na medida em que a conformidade entre sexo e gênero continua a ser a expectativa dominante da sociedade.



(...)

A sexualidade diz respeito às práticas sexuais e afetivas dos seres humanos.

Assim como aos generos são atribuídas cargas valorativas diferentes, o mesmo ocorre com as diferentes orientações sexuais. Em nossa sociedade, estabeleceu-se como "padrao" a heterossexualidade, enquanto orientações sexuais como a homossexualidade e a bissexualidade sao consideradas "desviantes". Da mesma forma como existem diversas expectativas socialmente construídas a respeito do comportamento de mulheres, existem também expectativas socialmente construídas sobre a quem a afetividade e o desejo sexual dos diferentes generos devem ser direcionadas. É isso que convencionou-se chamar de heteronormatividade - ou, normas que tornam compulsoria a heterossexualidade."

Importante pontuar que o fato de a Reclamante ser uma mulher homossexual não corresponde automaticamente ao reconhecimento de uma identidade de gênero masculino.

Nessa toada, destaco trecho do Protocolo para atuação e julgamento na Justiça do Trabalho acerca das pessoas lactantes e gestantes (página 60 e 61):

"4.4 Pessoas gestantes e lactantes

No Brasil temos como modelo vigente o familismo, sistema em que as unidades familiares figuram como as principais responsáveis pelo cuidado e bem-estar de seus membros, respaldado no caput dos arts. 227 e 230 da CRFB88, naturalizando o trabalho doméstico e de cuidado, cabendo às mulheres exercê-lo, ainda que estejam inseridas no mercado de trabalho.

O primeiro ponto a ser observado é que a CLT possui seção específica denominada "Da proteção à maternidade", a qual desconsidera a transparentalidade enquanto composição familiar. Nesta seção estão previstas algumas medidas de proteção, dentre elas: o afastamento de atividades insalubres durante a gestação e a lactação, sem prejuízo da remuneração, aí incluído o adicional de insalubridade ou, não sendo possível o afastamento, o pagamento do salário-maternidade durante todo o período de afastamento; a dispensa do horário de trabalho para consultas e exames pré-natais; a estabilidade provisória; a licença-maternidade; a transferência de função quando as condições de saúde exigirem. Tais medidas de proteção devem, portanto, ser observadas em relação a todas as pessoas trabalhadoras que gestam e amamentam bebês, ou seja, mulheres cis, homens trans, pessoas não binárias que gestam e mulheres trans que amamentam." (destaquei)

O mencionado Protocolo também abarca os direitos da população LGBTQIAP+ no trabalho e assim assevera acerca da parentalidade:

"4. PARENTALIDADE: a) que seja reconhecido o direito ao gozo dos dias legalmente conferidos à licença-maternidade e licença-paternidade para a população LGBTQIAP+, seja na condição de vínculo biológico ou adotante (Tema 782, STF); b) **sugere-se, também, a adoção de boas práticas pelas empregadoras, empregadores e empresas em que se reconheça o direito à licença parental ao conjunto da mão de obra, independente do sexo, gênero e orientação sexual.**" (fls. 71) (destaquei)

Nesse aspecto, entendo, assim como delineado pelo Ministro Cristiano Zanin, no julgamento da Tema 1072 e no Protocolo para atuação e julgamento na Justiça do Trabalho, que as particularidades devem ser examinadas caso a caso e não ser fixado um estereótipo padrão e preconceituoso de que todas as relações homossexuais desenvolvem-se de maneira idêntica.



Destarte, trata-se de uma análise que deve se comunicar com o contexto social e familiar e não somente uma simples averiguação do direito estar ou não previsto em lei. Deve-se examinar as individualidades.

Não obstante o princípio constitucional da legalidade, resta necessário conceder efetividade aos direitos dessa trabalhadora que estão estatuídos pela Constituição Federal e pela Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, a lacuna legislativa não pode se constituir em vetor para indeferimento do pleito autoral.

Em seu parecer, o Ministério Público do Trabalho ressalta o entendimento firmado pelo STF no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 em que fora estabelecido: "O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica." (id 8c39d93 - Pág. 4)

É inadmissível uma interpretação reducionista dos direitos dos casais homoafetivos. Conceder a licença-maternidade a apenas uma das mães, quando ambas estão aptas a amamentar a criança, estimula a distinção de direitos com simples fundamento no caráter biológico. Isso porque apenas se reconhece a proteção da maternidade em relação à mãe que gestou, condição essa que gera uma desigualdade jurídica.

Como bem salienta a sentença recorrida, a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, que concede amparo à licença-maternidade, abarca todas as mulheres e todas as lactantes, sem qualquer distinção:

"Artigo II

Para os fins da presente convenção o termo "mulher" designa toda pessoa do sexo feminino, qualquer que seja sua idade ou nacionalidade, raça ou crenças religiosas, casada ou não, e o termo "filho" designa toda criança nascida de matrimônio ou não."

Dito isso, não vislumbro razões para reformas da sentença.

Nada a prover.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

A Reclamada vindica a reforma da sentença que deferiu o pagamento de honorários ao advogado da parte autora na razão de 15% (quinze por cento) sobre o valor líquido que resultar da liquidação da sentença.

Pugna pela minoração dos honorários ao percentual de 5% sob o argumento de que "*Não há justificativa (nem fundamentação do Juízo) para que os honorários sejam*



fixados acima de 5%. Excelências, a Ebserh é uma empresa pública federal prestadora de serviço público essencial, que não exerce atividade econômica e não possui fins lucrativos, e que possui todas as atividades de assistência à saúde inseridas integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)."

Ao exame.

Considero importante, para fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, examinar os requisitos do §2º do art. 791-A da CLT, ademais de vislumbrar a majoração pelo maior esforço desenvolvido em grau recursal, à luz do que autoriza o § 11 do art. 85 do CPC.

No caso, mantida a sentença, não há motivo para a redução do percentual estabelecido, até porque os 15% fixados se enquadram nas balizas do art. 85, §2º, CPC.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso da Reclamada.

A 2ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, em sua **28ª Sessão Ordinária Virtual**, realizada no período de 12 a 20 de setembro de 2024, cuja pauta foi divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição do dia 03 de setembro de 2024, sob a Presidência eventual do Excelentíssimo Desembargador **RENATO SIMÕES**, com a participação das Excelentíssimas Desembargadoras **ANA PAOLA DINIZ e LOURDES LINHARES**, bem como do(a) Excelentíssimo(a) Procurador(a) do Trabalho, **DECIDIU**,

por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso da Reclamada.



ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ
Relatora

