



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

MIRELE CARNEIRO GONÇALVES

LICENÇA-MATERNIDADE PARA CASAIS HOMOAFETIVOS

UBERLÂNDIA – MG

2017

MIRELE CARNEIRO GONÇALVES

LICENÇA-MATERNIDADE PARA CASAIS HOMOAFETIVOS

Trabalho final de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Márcia Leonora Santos Régis Orlandini.

UBERLÂNDIA – MG

2017

MIRELE CARNEIRO GONÇALVES

LICENÇA-MATERNIDADE PARA CASAIS HOMOAFETIVOS

Trabalho final de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia.

Aprovada em:
BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Márcia Leonora Santos Régis Orlandini – UFU
Orientadora

Prof. Gustavo Henrique Velasco Boyadjian – UFU
Examinador

RESUMO

Diante da omissão legislativa acerca das garantias legais dos casais homoafetivos, surgem diversos questionamentos e inseguranças quando da aplicação do direito no caso em concreto. Nesse ínterim, como forma de buscar esclarecer alguns pontos, essa monografia tem como objetivo principal demonstrar como deve se dar a tutela dos direitos dos casais homoafetivos, sobretudo no que tange à licença maternidade. Para que isso seja possível, será feita uma análise acerca das entidades familiares, levando-se em consideração o contexto moderno de família e, ainda, os princípios que norteiam essas relações. Outrossim, será demonstrada a proteção dependida pela Constituição à família homoafetiva, bem como a possibilidade jurídica de adoção por parte deles. Além disso, será feita uma análise histórica e legislativa acerca do instituto da licença maternidade, de forma e entender sua aplicação no âmbito trabalhista e sua importância, tanto familiar quanto social. Devido a isso, busca-se demonstrar a possibilidade de extensão desse instituto aos adotantes e, por fim, aos casais homoafetivos.

Palavras-chave: Licença maternidade. Casais homoafetivos. Família homoafetiva. Adoção. Igualdade material.

ABSTRACT

Given the legislative omission about the legal guarantees of homosexual couples, several questions and insecurities arise within the application of the law. In the meantime, as a way of elucidation of some important issues, this monograph's main objective is to demonstrate how the protection of the rights of homosexual couples should be made, especially with regard to maternity leave. For this to be possible, an analysis will be made of family entities, taking into account the modern family context and the principles that guide these relationships. Likewise, the protection given by the Constitution to the homoffective family will be shown, as well as the legal possibility of adoption by them. In addition, a historical and legislative analysis will be made of the maternity leave institute, so as to understand its application in the labor sphere and its importance. For this purpose, will be demonstrated the possibility of extension of this institute to the adopters and, finally, homoffective couples.

Keywords: Maternity leave. Homoffective couples. Homoffective family. Adoption. Material equality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 FAMÍLIA HOMOAFETIVA.....	9
2.1 Princípios norteadores do direito de família	12
a) <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	13
b) <i>Princípio da igualdade</i>	13
c) <i>Princípio da liberdade</i>	15
d) <i>Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar</i>	15
e) <i>Princípio da comunhão plena de vida</i>	16
f) <i>Princípio do pluralismo das entidades familiares</i>	16
2.2 Proteção constitucional das famílias homoafetivas.....	18
2.3 Direito de adoção por famílias homoafetivas	21
3 LICENÇA MATERNIDADE	25
3.1 A licença maternidade no Direito do Trabalho	27
3.2 Natureza da licença maternidade.....	31
3.3 Breve comentário sobre a licença paternidade.....	32
4 A LICENÇA MATERNIDADE COMO DIREITO FAMILIAR E SOCIAL	35
4.1 Extensão da licença maternidade ao adotante	36
4.2 Extensão da licença maternidade à família homoafetiva	38
5 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

A humanidade passa por diversas modificações e evolui com o passar do tempo. É preciso que, além das pessoas, o sistema normativo consiga alcançar o objetivo de manter a paz social percebendo e regulando tudo aquilo que possa atingir a liberdade e dignidade dos cidadãos que são por ele tutelados.

Dessa forma, verifica-se que, conforme a sociedade progride, a área de abarcamento do direito acaba por perder abrangência, ante a diversidade de relações desenvolvidas e, sobretudo, devido à complexidade dos vínculos estabelecidos. Sobre isso, percebe-se uma escassez de normas que tutelem os direitos dos casais homoafetivos, nada obstante não serem eles resultado de uma evolução recente.

Desde os primórdios verifica-se a presença de indivíduos que tenham interesse de se relacionar com outros que possuam a mesma identidade de gênero. Ou seja, as relações homoafetivas são tão antigas quanto às heterossexuais e, apesar disso, o sistema normativo busca tutelar esses últimos, sem mencionar aqueles.

Apesar da tentativa social de marginalizar essas pessoas, verifica-se uma grande luta em busca de reconhecimento e respeito por parte delas, de forma que, seja pacificamente, seja por meio de uma revolução armada, vão sendo reconhecidos diversos direitos em seus favores. Dentre eles, o direito ao reconhecimento de uma “família homoafetiva”.

Tal garantia foi assegurada, admitindo-se o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, conforme resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ante essa evolução histórica, percebe-se a necessidade de análise acerca das possíveis implicações na vida daqueles que decidam constituir uma família e, ainda, ter filhos.

Nesse ínterim, diversas pessoas buscam a adoção como meio de suprir a necessidade da paternidade e, com isso, surgem diversas questões a serem levadas em conta. É clara a mudança que a vinda de um filho traz à vida das pessoas envolvidas, sendo o aspecto profissional amplamente afetado pela realização da adoção. Devido a isso, o legislador, buscando melhorar as relações pessoais, se atentou à realidade vivida pelas famílias brasileiras e tutelou o direito à licença-maternidade para casais que procedam à adoção de uma criança.

O art. 395-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, tratou acerca da possibilidade de concessão de licença maternidade àqueles que adotarem, nos termos do art. 395, do mesmo diploma legal. Esse último artigo, em seu §5º, deixou claro que o direito será concedido a apenas um dos adotantes, empregado ou empregada, não discriminando acerca da orientação sexual do obreiro. Por conseguinte, nada mais justo do que a aplicação dessa regra a casais homoafetivos quando da adoção, sobretudo, levando-se em conta o preceito constitucional da isonomia, positivado no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Sobre tal princípio, cumpre expor o ensinamento de Alexandre de Moraes:

“Todos os cidadãos têm o direito tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente se protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito¹”.

Isto posto, demonstra-se que o objeto do presente trabalho consiste no estudo voltado ao princípio da igualdade e aos direitos familiares e previdenciários destinados às famílias homoafetivas, especialmente no que concerne à concessão de salário-maternidade. Busca-se entender a natureza jurídica de tal instituto e sua extensão, procurando demonstrar a possibilidade de aplicação no âmbito dos casais homoafetivos.

Esse estudo se dará por meio do método indutivo, procurando asseverar a igualdade material entre casais hétero e homoafetivos, realizado de acordo com estudo e análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa, sobretudo em relação à Constituição Federal de 1988, à Lei nº 8.213/91 e à CLT.

Será demonstrada a possibilidade de concessão de tal instituto àqueles em união homoafetiva, por meio de análises acerca do interesse social e repercussão no direito do Trabalho, sobretudo no que tange à proteção do emprego da mulher e do direito ao convívio com o filho, abrangendo os casais formados, também, por pessoas do sexo masculino.

¹ MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36.

Por fim, cumpre dizer que a aplicação do direito à licença maternidade aos casais homoafetivos será demonstrada como direito familiar e social, de forma a garantir que o englobamento de tais pessoas seja realizado, sendo necessário e certo.

2 FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Inicialmente, antes de adentrarmos no tema acerca da licença maternidade em si e sua aplicação para os casais homoafetivos, é de extrema importância que sejam analisados os princípios norteadores do direito de família, uma vez que essa área serve de sustento jurídico ao assunto tratado. Dessa forma, proceder-se-á a análise acerca da base fundamental do direito aplicado na área de família.

O direito de família, de acordo com Clóvis Beviláqua, se compreende como

“(...) o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela²”.

Todavia, percebe-se uma omissão de sua parte, uma vez que, como observou Sílvio de Salvo Venosa, o referido mestre absteve-se de tratar acerca das uniões sem casamento, que imitam e representam um vasto campo jurídico e sociológico, sendo um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos, regulados pelo direito³.

O instituto da “família” é a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social⁴. Dessa forma, esse ramo do direito, apesar de claramente privado, é regulado por normas de ordem pública, verificando-se um interesse do Estado na manutenção e tutela da base que o sustenta.

Por se tratar de uma área do direito privado, as matérias acerca do direito de família são majoritariamente tratadas no Código Civil brasileiro. Nada obstante, por todas as normas e princípios norteadores serem de extremo interesse social, a família possui previsão constitucional, estando presente ao longo do texto da Carta Maior, mas, sobretudo, em seu art. 226.

Apesar da abrangência que esse assunto possui no âmbito normativo brasileiro, não se verifica uma definição ou especificação acerca dele. Isso se dá, uma vez que o conceito que pode ser dado ao termo *família* se mostra histórico,

² BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do Brasil comentado**. 5. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937, p. 6.

³ VENOSA, Sílvio Salvo De. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 9.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17, v. 6.

social e antropológico, dado que as relações humanas passam por diversas modificações e adaptações ao longo do tempo, não sendo viável uma designação fixa e predeterminada. Apesar do seu aspecto mutável, pode ser entendida como o núcleo fundamental de organização social, sendo formada por pessoas que possuam parentesco consanguíneo ou afetivo, compartilhando o propósito de cooperação mútua.

Por meio da evolução e com o passar do tempo, o paradigma/estereótipo de família mudou, sendo influenciado pela democracia, pelo ideal de igualdade e, principalmente, pela dignidade da pessoa humana. Pautando-se nessas referências, esse núcleo social passou a ser mais democrático, de forma a empregar uma ideia mais igualitária, buscando-se atender às necessidades de todos os seus membros e alcançar a felicidade de cada indivíduo⁵.

Devido a essa volubilidade, percebe-se cada vez mais que o que era entendido como família há algum tempo, não serve mais como sustento para novos “tipos familiares” que vêm surgindo. Nesse aspecto, demonstra-se o entendimento majorante atual que entende a família homoafetiva como *família*, o que passou a ser reconhecido recentemente.

Outrossim, conforme leciona Gustavo Tepedino, a preocupação central do ordenamento jurídico é

“a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social⁶”.

Nesse entendimento, não se verifica a existência dos membros de uma instituição familiar em razão dela, pelo contrário, a família existe em razão deles, já que valoriza de forma definitiva a pessoa humana.

Devido a isso, cumpre expor o entendimento acerca da família eudemonista, que é um conceito moderno que se refere à família como sendo algo por meio do qual seus membros buscam a felicidade, almejando a realização plena dos indivíduos, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, consideração e

⁵ AUGUSTO, Luís Fernando. A evolução da ideia e do conceito de família. In: **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://advocaciatpa.jusbrasil.com.br/artigos/176611879/a-evolucao-da-ideia-e-do-conceito-de-familia>>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326.

respeito mútuos. Esse direito à felicidade, tão pretendido, é uma decorrência natural da dignidade da pessoa humana, que é entendida como sendo um superprincípio utilizado na interpretação das relações humanas.

Para restar mais claro, cumpre expor o entendimento acerca do tema pelos mestres Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“Trata-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da pessoa humana e de sua realização existencial dentro da sociedade⁷”.

Essa concepção traduz claramente a razão pela qual deve ser entendida como família aquela formada por duas pessoas que possuam a mesma identidade de gênero. Assim entende Maria Berenice Dias:

“A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana⁸”.

Outrossim, a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), ao tratar acerca das relações familiares, definiu *família* como sendo a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa⁹. Assim, percebe-se que a lei penal reconheceu a proteção da Lei Maria da Penha às uniões homoafetivas femininas.

Cumprido ressaltar, ainda, que em 2011, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade da união homoafetiva (REsp 820.475)¹⁰, ante a

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12. v. 6.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed. 2007, p. 45.

⁹ BRASIL. **Lei Maria da Penha**: Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006: Art. 5º, inciso II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

¹⁰ PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da

argumentação de que caso o legislador quisesse coibir a união homoafetiva, ele o teria feito de forma expressa. Assim, entendeu-se que, desde que as pessoas da relação preencham os requisitos impostos pela lei, é possível a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Por fim, indispensável citar que, em 14 de maio de 2013, durante a 169ª Sessão Plenária do CNJ, foi aprovada a resolução nº 175, em que restou expressamente vedado às autoridades competentes que se recusem a realizar a habilitação matrimonial, a celebração de casamento civil ou converter união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo¹¹.

2.1 Princípios norteadores do direito de família

O direito familiar, tendo passado por diversas mudanças e adaptações ao longo dos anos, foi tratado no Código Civil brasileiro de 2002 de forma a tentar abarcar tais fatores. Nesse ínterim, o legislador buscou regulamentar os aspectos essenciais do direito de família sob a égide dos princípios e normas constitucionais.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves,

“As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade¹²”.

demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido.

¹¹ BRASIL. **Resolução 175/13**. Art. 1º. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17. v. 6.

Dessa forma, como são norteadores do direito familiar brasileiro, se mostra oportuno enumerar os princípios que regem as relações cotidianas de tantos indivíduos.

a) Princípio da dignidade da pessoa humana

Como citado acima, ele é visto como um “superprincípio”, uma vez que é formador de toda a base do Estado Democrático de Direito, tendo sido positivado no primeiro artigo da Carta Magna, em seu inciso III. Esse mandamento de otimização busca a promoção dos direitos humanos e da justiça social, tendo sido consagrado pelo legislador como valor nuclear da ordem constitucional¹³.

Como leciona Gustavo Tepedino,

“a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos¹⁴”.

Almeja-se, portanto, uma maior proteção do ser humano, sendo o respeito à dignidade humana a base da comunidade familiar, de forma que garanta o total desenvolvimento e realização de seus membros, sobretudo a criança e o adolescente (CF, art. 227)¹⁵.

b) Princípio da igualdade

Esse princípio se pauta no conceito de equanimidade e moral, buscando fazer com que as leis e o direito em si sejam meios de alcançar a justiça, de forma a tratar os indivíduos, primeiramente, como sujeitos de direito (igualdade formal) e, ainda, disponibilizando tratamento diferenciado àqueles que se mostrem diferentes entre si (igualdade material).

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Coord.) **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 48-49.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21. v. 5.

Cumpra ressaltar que tal princípio não procura privilegiar uns em face de outros, ele busca, no entanto, colocar em “pé de igualdade” aqueles que são desiguais, respeitando-os na medida de sua desigualdade¹⁶.

A Constituição Federal, em seu art. 226, §5º, estabeleceu que os direitos e deveres, no que diz respeito à sociedade conjugal, devem ser exercidos igualmente pelo o homem e a mulher. Tal disposição trouxe diversas repercussões na prática do relacionamento familiar.

O reconhecimento da igualdade material entre o homem e a mulher acabou por findar o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, que era vista com o único propósito de reproduzir e cuidar das tarefas domésticas. Conforme Carlos Roberto Gonçalves:

“O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social¹⁷”.

Nessa nova concepção social, não existem mais divisões acerca de “chefe da família” e “dever de manutenção da casa”, atribuídos ao homem e à mulher, respectivamente. Todos os deveres da relação matrimonial são exercidos por todos os seus membros, sendo distribuídos conforme desejarem. Com o Código Civil de 2002, ao contrário do que ditava o Código de 1916, não existem divisões acerca do “dever do homem” e “dever da mulher”, tendo a nova ordem jurídica tratado apenas dos deveres dos cônjuges, excluindo a percepção patriarcal antes aplicada nas relações familiares.

Além dessa disposição, o art. 227, em seu §6º, traz uma mudança significativa no que diz respeito aos filhos, *in verbis* “§6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Dessa forma, buscou o legislador dar tratamento igual a todos os filhos, de forma que não exista discriminação e distinção entre filiação legítima, ilegítima e adotiva.

¹⁶ DELLANI, Diogenes André. **Princípios do Direito de Família**. In: Jusbrasil. Disponível em: <<https://diogenes.jusbrasil.com.br/artigos/112183566/principios-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23. v. 6.

Assim, verifica-se uma maior preocupação com o núcleo familiar e o bem estar de seus membros, de forma que a harmonia esteja presente, fazendo com que todos se sintam igualmente parte da família.

c) Princípio da liberdade

Tal mandamento busca tutelar a garantia que as pessoas possuem de constituir uma relação estável, casar, divorciar, dentre outros, gozando do direito de decidirem qual a melhor forma para a união, em respeito às afetividades¹⁸. Nesse sentido, encontra-se pautado o direito de constituir relações tanto hétero quanto homossexuais, conforme entendido por Maria Berenice Dias:

“Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual¹⁹”.

Por conseguinte, verifica que esse preceito possui uma ligação direta com o princípio da autonomia privada. A liberdade dada ao particular permite que ele possa “tomar as rédeas” de sua vida e vivê-la como bem entender, conforme lhe convier, de forma que nenhuma pessoa ou ente possa intervir na sua regulamentação. Cumpre ressaltar que essa livre autonomia se pauta na regulamentação do direito familiar.

d) Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar

Decorrência do princípio anterior, esse dispõe que a forma como será formada a família depende unicamente de seus membros. A Carta Magna previu, em seu art. 226, §7º, que o planejamento familiar, pautado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, é de livre decisão do casal. Outrossim, o Código Civil, em seu art. 1.565, §2º, tratou acerca disso, dizendo que

“O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício

¹⁸ DELLANI, Diorgenes André. **Princípios do Direito de Família**. In: Jusbrasil. Disponível em: <<https://diorgenes.jusbrasil.com.br/artigos/112183566/principios-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 14 de jun. 2017.

¹⁹ DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas²⁰.

Nesse ínterim, percebe-se uma grande autonomia dada aos membros da entidade familiar, uma vez que o planejamento dessa instituição fica por conta do casal, não devendo sofrer qualquer interferência de terceiro e de instituições públicas ou privadas.

e) Princípio da comunhão plena de vida

O legislador buscou tornar o direito familiar mais humano com a nova legislação civil. O art. 1.511, CC/02, trouxe uma disposição relativa ao aspecto espiritual do casamento, quando fala que ele “(...) estabelece comunhão plena de vida”.

No que diz respeito ao tratamento dado pela Constituição Federal, Gustavo Tepedino entende que

“altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização da personalidade de seus membros²¹”.

Percebe-se, assim, que com tantas faces acerca dos “modelos familiares”, o que se prioriza é a convivência familiar, sendo que todos esses – grupos fundados no casamento ou companheirismo, monoparental ou não, dentre outros – possuem os mesmos direitos e deveres²².

f) Princípio do pluralismo das entidades familiares

Conforme já dito anteriormente, os contornos do direito de família vêm mudando há algum tempo, não sendo essa área característica de rigidez, sendo o ser humano extremamente mutável, sobretudo no que diz respeito às relações desenvolvidas. Observa-se que a Carta Magna em vigência contribuiu sobremaneira

²⁰ BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Art. 1565, §2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 de jun. 2017.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Coord.) **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 50.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24. v. 6.

para essas mudanças, principalmente quando reconheceu, em âmbito constitucional, a existência e realidade das diversas modalidades de núcleos familiares.

Até 1988, a tutela provida pelo Estado se privava ao matrimônio, ou seja, somente o casamento era merecedor de reconhecimento e proteção. Com a Constituição atual, o legislador alargou o conceito de família e passou a dedicar a mesma proteção, que antes era dada somente às entidades casamentárias, também àquelas que não tinham o casamento como forma de união. Essa proteção se deu no *caput* do art. 226, quando se fala que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Percebe-se, assim, uma mudança significativa no direito de família, que passa a ser cada vez mais humanizado, de forma a centralizar o ser humano como sendo a parte mais relevante da sociedade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que,

“de fato, o legislador constituinte apenas normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e o casamento, uma solenidade, uma convenção social, adaptando, assim, o Direito aos anseios e às necessidades da sociedade. Assim, passou a receber proteção estatal, como reza o art. 226 da Constituição Federal, não somente a família originada através do casamento, bem como qualquer outra manifestação afetiva, como a união estável e a família monoparental – formada pela comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, no eloquente exemplo da mãe solteira²³.”

Por meio das mudanças e da evolução social, o direito, sobretudo o Direito de Família, tenta se adaptar à vida prática, visualizando os novos modelos familiares, adequando-se legalmente. Verifica-se, assim, que a realidade normativa passa a buscar centralizar a afetividade e não mais somente uma solenidade, que é o casamento.

Nesse ínterim, torna-se claro que o termo “família” deve ser entendido de forma ampla, abrangendo-se os núcleos formados tendo como base o afeto. Dessa forma, todas as entidades familiares passam a ter a proteção estatal²⁴.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61. v. 6.

²⁴ DELLANI, Diorgenes André. **Princípios do Direito de Família**. In: Jusbrasil. Disponível em: <<https://diorgenes.jusbrasil.com.br/artigos/112183566/principios-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 14 de jun. 2017.

2.2 Proteção constitucional das famílias homoafetivas

Conforme já explanado, resta clara a existência e presença de relações contínuas e duradouras entre pessoas no mesmo sexo e, além disso, evidente que tais relacionamentos podem gerar efeitos no âmbito do direito familiar. Trata-se da projeção do princípio da pluralidade das entidades familiares, de forma que se reconhece que a base fundadora das relações heterossexuais é a mesma das relações homossexuais²⁵.

Nesse sentido, em 2011, após muita luta, as uniões homoafetivas foram reconhecidas como entidades familiares, pelo Supremo Tribunal Federal²⁶.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 62.

²⁶ 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. **O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade.** Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 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. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. 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

A nova ordem constitucional trouxe uma nova ideia de família, ganhando essa uma dimensão mais ampla, espelhando a busca da realização pessoal de seus membros. Devido a isso, as relações homoafetivas devem ser analisadas sob a égide das garantias constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana, levando-se em conta que, ancorada nos valores constitucionais, a família transcendeu o fenômeno exclusivamente biológico.

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-reducionista 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 sócio-político-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 pessoas 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. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. **Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar.** Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. **Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.** (STF – ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

Nesta feita, a família passa a ser um legítimo elemento de afirmação da cidadania, de forma que não se verifica possível proceder à exclusão de pessoas humanas de seu âmbito, já que sua dignidade é resguardada por mandamento constitucional.

Ana Carla Harmatiuk Matos apregoa que

“para se viver em dignidade, deve ser respeitado o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas, segundo sua peculiar forma de ser. Não se pode excluir uma pessoa do sistema jurídico tutelador das consequências da afetividade, como o é o Direito de Família, em razão de sua orientação sexual, a qual é constituidora de sua personalidade, sendo elemento essencial do seu ser²⁷”.

Nesse sentido, por meio dessa concepção civil-constitucional acerca da família, construída de forma a buscar a proteção da pessoa humana, verifica-se o englobamento das uniões homoafetivas como núcleos familiares, devendo receber, também, especial proteção do Estado, conforme manda o art. 226, da Constituição Federal.

As relações homoafetivas possuem como fundamento primário, tal qual como as heteroafetivas, o afeto. Verifica-se, nesse íterim, que não existe diferença excludente entre ambos os tipos de relacionamento, a ponto de elidir os primeiros, de forma a não os reconhecer como entidade familiar.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem uma gama de argumentos acerca da necessidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. Segundo eles, apesar de a Constituição não ter tratado expressamente das relações entre pessoas do mesmo sexo como relação familiar, uma visão unitária e sistêmica do ordenamento jurídico conduz a essa conclusão, sobretudo quando levados em conta os princípios basilares constitucionais, como o da dignidade humana (CF, art. 1º, III), da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), da não discriminação, inclusive por orientação sexual (CF, art. 5º), e do pluralismo familiar (CF, art. 226), consagrando diferentes modelos de entidade familiar²⁸.

Conclui-se, portanto, que a partir do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, diversos efeitos decorrerão da relação, não sendo plausível

²⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 153.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 64. v. 6.

sua exclusão ou diminuição protetiva, correndo o risco de se ver contrário à norma constitucional vigente.

Nesta feita, entende-se que todos os efeitos jurídicos relativos aos relacionamentos heterossexuais devem ser estendidos aos homossexuais, de forma a não existir discriminação entre as diversas entidades familiares.

2.3 Direito de adoção por famílias homoafetivas

Consoante discutido, percebe-se que a família é essencial como base social e, devido a isso, diversos princípios buscam proteger essa entidade. Por meio do estudo feito acerca dos princípios norteadores do direito de família, restou comprovado que a família homoafetiva deve ser tutelada pelo Estado, da mesma forma que essa proteção é feita àquelas heteroafetivas.

Dessarte, a partir do momento em que os diversos núcleos afetivos começam a ganhar forma e, com isso, proteção do Poder Público, vários efeitos surgem na vida daqueles envolvidos. Com o reconhecimento da família homoafetiva como entidade familiar, ela deve receber o mesmo tratamento dado às outras, sobretudo no que diz respeito à sua organização.

Nesse sentido, verifica-se que, ao formarem uma família, diversas pessoas têm como aspiração o objetivo de terem filhos e uma das formas pelas quais esse intento é atingido é por meio da adoção.

Esse método é utilizado por diversos casais homossexuais que almejam ter filhos, sobretudo quando é formado por dois homens. Os casais formados por duas mulheres, às vezes, alcançam seu objetivo por meio de inseminação artificial, mas, igualmente, buscam a adoção como meio de aumentar o núcleo familiar.

Nesta feita, verifica-se que, ante o princípio da não discriminação, a possibilidade de adoção por casais homoafetivos se torna plenamente plausível. Desde os primórdios da humanidade, a adoção possui a marca de relação afetiva, por meio da qual uma criança é acolhida por uma família, geralmente extremamente sensível pela busca de tal vínculo, proporcionando a ela um amparo caloroso, com o propósito de se compartilhar a história de vida.

Esse instituto, portanto, se mostra como uma modalidade artificial de filiação que busca se igualar à filiação natural, a qual é conhecida por filiação civil, já que não se dá por meio de uma relação biológica, mas sim de uma manifestação de

vontade sustentada em uma relação afetiva entre o adotante e o adotado²⁹. Dessa forma, o indivíduo ganha o status de filho sem que haja necessidade de um vínculo biológico.

Ressalte-se, ainda, que a adoção se mostra mais do que a busca de uma criança para uma família³⁰, sendo que sua finalidade passou a ser o melhor interesse da criança e do adolescente adotado³¹.

A adoção, no Código Civil de 1916, tinha como objetivo primordial dar a um casal, que não podia ter filhos, essa possibilidade, buscando dar a oportunidade a essas pessoas de criarem a criança ou adolescente e tê-lo como filho. Todavia, com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, essa finalidade foi modificada, de modo que o melhor interesse do menor passou a ter prevalência quando se trata da adoção³².

Nesse íterim, verifica-se que a finalidade desse instituto é conseguir oferecer ao menor um ambiente familiar favorável ao seu desenvolvimento, atendendo-se às suas reais necessidades, permitindo-lhe ter uma família na qual se sinta segura e amada³³.

Devido a isso, e levando-se em conta que não se verifica qualquer tipo de proibição quanto à adoção de crianças por casais homossexuais, mostra-se totalmente pertinente a extensão do direito de adotar a esses casais. O Superior Tribunal de Justiça do Brasil já mostrou seu posicionamento nesse sentido, entendendo que

“(…) A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), ‘não indicam qualquer inconveniente em

²⁹ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003, p. 316.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007, p. 427.

³¹ CUNHA, Anna Mayara Oliveira. Adoção por casais homoafetivos: Do preconceito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8165>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

³² VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003, p. 316.

³³ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção doutrina e prática**: com comentários à nova lei de adoção. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29-30.

que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores³⁴.

³⁴ DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da realidade, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (STJ – REsp: 889852 RS 2006/0209137-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/08/2010).

Nesse ínterim, verificando-se a possibilidade de adoção por parte de casais homoafetivos e, tendo a jurisprudência brasileira se postado nesse sentido, mostra-se que, ir contrário a esse entendimento, demonstra flagrante discriminação e desrespeito, indo de encontro à ordem constitucional vigente, sobretudo levando-se em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

3 LICENÇA MATERNIDADE

A licença maternidade surge como uma das formas de proteção do trabalho da mulher, sendo essa uma das maiores garantias conquistada ao longo do tempo. Para que fosse possível chegar até aqui, foram necessárias diversas lutas e revoluções, buscando-se, cada vez mais, uma maior tutela do Estado, de forma que as mulheres fossem reconhecidas como seres trabalhadores.

Na sociedade primitiva, as divisões de trabalho eram extremamente delimitadas, sendo que aos homens cabiam os deveres de conquista de alimentação para a família, o que era feito por meio da caça e pesca, e às mulheres competiam as tarefas relacionadas à terra, como colheita de frutos e agricultura. Na Idade Média, sua função se estende a atividades relacionadas à fabricação de roupas, tapeçaria e ourivesaria³⁵.

“Na Idade Média, a agricultura continua a pesar sobre os ombros das mulheres, ao lado dos trabalhos de tapeçaria, ourivesaria e vestuário. Do século X ao XIV, as profissões comuns aos dois sexos se avolumaram, havendo mulheres escrivãs, médicas e professoras e os salários, por sua vez, não se distanciavam tanto dos salários pagos aos homens³⁶”.

Apesar de terem conseguido alcançar uma posição no âmbito do trabalho, no Renascimento as mulheres perderam tal aquisição, deixando de laborar com seda, metais preciosos, dentre outras coisas, e passando a serem limitadas aos trabalhos do lar.

Nos séculos XVIII e XIX, com a Revolução Industrial, ocorreu a volta da mulher no âmbito laboral, concorrendo, inclusive, com a mão de obra masculina. Nesse cenário, ainda ocorria a substituição da mão de obra humana por máquinas, sendo mulheres e crianças utilizados como “meias forças”³⁷.

³⁵ PARREIRA, Natalia. Aspectos relevantes acerca da proteção à maternidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10562>. Acesso em 16 de jun. 2017.

³⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1084.

³⁷ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Salário-Maternidade**. À Luz da Proteção Previdenciária. Curitiba: Juruá, 2009.

Nesse período, a mulher passou a exercer trabalhos iguais aos dos homens, tendo que se sujeitar a salários menores. A jornada de trabalho era compreendida entre 14 e 16 horas diárias, sendo o labor exercido em locais insalubres.

Outrossim, após o serviço exercido, as mulheres tinham que cumprir afazeres domésticos e cuidar dos filhos, de forma que possuía “jornada dupla”. E, além disso, as empregadas gestantes não possuíam qualquer proteção e amparo legal que resguardasse seus direitos.

“Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais a saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego³⁸”.

A licença maternidade é um reflexo dos direitos do trabalho referentes ao labor da mulher. O trabalho da mulher, tão antigo quanto a história da humanidade, foi visto e limitado, por vários séculos, a afazeres domésticos, em proveito de seu núcleo familiar ou de terceiros.

Todavia, por meio de lutas por direitos e revoluções, foi-se gerando uma quebra de paradigmas, de forma a buscar, cada vez mais, o ingresso da mulher no âmbito trabalhista. Nesse contexto, a mulher passa a lidar com situações que fogem ao limite do lar.

Devido a isso, verificando-se uma marginalização do tratamento dado ao labor feminino e percebendo as condições absurdas em que elas eram colocadas, aferiu-se uma necessidade de reconhecer e tutelar seus direitos e deveres no mercado de trabalho, tendo passado o Poder legislativo a reger de maneira diferenciada certas situações jurídicas. Isso se dá, sobretudo, ante o princípio da isonomia, buscando-se igualar, materialmente, a condição trabalhista do homem e da mulher.

Conforme entende Amauri Mascaro Nascimento, a intervenção do Estado em defesa da mulher apresenta tanto fundamentos biológicos – levando-se em consideração a constituição física da mulher – quanto fundamentos sociais – observando-se o caráter familiar da mulher, sobretudo a maternidade³⁹.

³⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p. 583.

³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 932-933.

3.1 A licença maternidade no Direito do Trabalho

A proteção estatal direcionada ao trabalho da mulher, como já demonstrado, é muito recente, sobretudo levando-se em conta o direito brasileiro.

Apesar disso, verifica-se que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi uma das grandes responsáveis pelo desenvolvimento das normas brasileiras relativas ao trabalho da mulher. Segundo Bachur e Manso:

“A finalidade da OIT é proteger a mulher do trabalho, acabar com a desigualdade entre mulheres e homens, trazer melhores condições ao trabalho, acabar com as diferenças de valores de salário entre homens e mulheres, colocar a idade certa para o trabalho e legalizar também as mulheres e crianças que trabalhem a noite⁴⁰”.

Em 1919, em sua 3ª Convenção, a OIT estabeleceu o direito à licença maternidade, desde que comprovada por atestado médico, acompanhada de estabilidade provisória no emprego, afastando os efeitos do aviso prévio durante esse período. Outrossim, permitiu que a empregada tivesse dois repousos especiais diários, para amamentação, de meia hora cada⁴¹. Além disso, previa o pagamento de prestações para a manutenção da empregada e de seu filho, que deveriam ser pagas pelo Estado ou por sistema de seguro⁴². Nada obstante, tal convenção só foi ratificada em 1962, por meio do Decreto nº 51.627.

Além dessa, o Brasil ratificou a Convenção nº 3 da OIT, de 1952, por meio do Decreto nº 58.020, de 14 de junho de 1966. Ficou estabelecido nessa Convenção que em nenhuma hipótese caberia ao empregador a responsabilidade pelos custos das prestações devidas à empregada, ficando a cargo de um sistema de seguro social ou de um fundo público.

Isso se deu, sobretudo, para tentar diminuir a discriminação empreendida contra o labor da mulher, que muitas vezes não era contratada, por ter o empregador receio quanto aos custos que ela poderia lhe gerar⁴³. Nesse ínterim, buscando igualar materialmente o tratamento dado à empregada mulher, tal medida teve que ser tomada.

⁴⁰ BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade**: Na Teoria e na Prática. [S.l.]: Editora Lemos e Cruz, 2011, p. 26.

⁴¹ BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade**: Na Teoria e na Prática. [S.l.]: Editora Lemos e Cruz, 2011, p. 26.

⁴² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Além disso, com a referida convenção, ficou estabelecido que a empregada gestante teria um descanso de 12 semanas, sendo que seis delas deveriam ser tiradas obrigatoriamente após o parto. Outrossim, caso ocorresse alguma complicação durante a gravidez ou o parto, o descanso seria prolongado⁴⁴.

Apesar de terem sido ratificadas tardiamente, os legisladores brasileiros passaram a tentar proteger o trabalho da mulher por meio de outras fontes.

A primeira previsão de tutela ao trabalho feminino surgiu de forma tímida, com a Lei Estadual do Estado de São Paulo nº 1.596/17⁴⁵, em que houve o tratamento jurídico acerca da proteção da mulher enquanto em período de gravidez. Conforme tal legislação, ela não poderia trabalhar no último dia de gestação e no primeiro após o parto.

Em 1932, por meio do Decreto nº 21.417-A, ficou proibido o trabalho da mulher grávida, em estabelecimento público ou particular, durante o período compreendido entre quatro semanas antes e após o parto⁴⁶. De acordo com Alice Monteiro de Barros,

“durante o afastamento, era assegurado um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses⁴⁷”.

A Constituição de 1934 garantiu às gestantes o direito à licença maternidade, tendo sido esse direito elencado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943.

Com a Constituição Federal de 1967, restou decidido que a trabalhadora gestante tinha direito a um descanso remunerado, antes e após o parto, sem prejuízo de seu salário e emprego. Na década de 1970, com o advento da Lei nº

⁴⁴ BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade**: Na Teoria e na Prática. [S.l.]: Editora Lemos e Cruz, 2011.

⁴⁵ SÃO PAULO. **Lei nº 1.596 de 29 de dezembro de 1917**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1917/lei-1596-29.12.1917.html>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

⁴⁶ BRASIL. **Decreto nº 21.417-A de 17 de maio de 1932**. Art. 7º – “Art. 7º Em todos os estabelecimentos industriais e comerciais, públicos ou particulares, é proibido o trabalho à mulher grávida, durante um período de quatro semanas, antes do parto, e quatro semanas depois”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

6.136/74, a licença maternidade, que era a cargo do empregador, passou a ser benefício da Previdência Social⁴⁸.

A licença maternidade, como conhecida e aplicada nos dias de hoje, ganhou essa feição com a Constituição Federal de 1988, que tratou acerca do assunto em seu art. 7º, inciso XVIII. Dessa forma, a gestante passou a contar com 120 dias de licença, sem prejuízo de salário e emprego.

Conforme Bachur e Manso,

“trata-se de uma interrupção do contrato de trabalho, eis que essa licença-maternidade, concedida nos termos do art. 392, garante o afastamento em questão sem prejuízo do emprego e do salário, também configurando hipótese de interrupção do contrato de trabalho⁴⁹”.

Dessa forma, o afastamento do trabalho não é tido como falta, sendo esse período contado como tempo de serviço para todos os efeitos, nos termos do art. 131, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Conforme já explanado acima, com a promulgação da Constituição Federal de 1988⁵⁰, a licença maternidade passou a ter duração de 120 dias, sem prejuízo do emprego e salário, redação reproduzida no art. 392, da CLT, por meio da Lei nº 10.421/02.

Nada obstante, a Magna Carta não trouxe uma limitação acerca de quando ela deve ser tirada – se totalmente após o parto, ou algum período antes dele. Devido a isso, caberá à gestante decidir como se dará, respeitando o limite imposto pelo art. 392, §1º, da CLT, podendo ocorrer até 28 dias antes do parto.

Cabe ressaltar que, apesar de ser possível ter-se uma previsão de quando se dará o parto, deve-se levar em conta que não há como garantir a data exata. Devido a isso, por meio desse prognóstico, pode ser que a licença seja concedida além dos

⁴⁸ PARREIRA, Natalia. Aspectos relevantes acerca da proteção à maternidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10562>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

⁴⁹ BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade**: Na Teoria e na Prática. [S.l.]: Editora Lemos e Cruz. 2011, p. 111.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 7º, XVIII – “XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

28 dias. Assim, caso opte a gestante por tirá-la alguns dias antes do parto, começa-se o cômputo do prazo, devendo a licença ter duração total de 120 dias.

Durante o período de licença, a gestante possui direito ao recebimento de seu salário, ao qual se dá o nome de salário-maternidade. Ele deverá ser pago pela Previdência Social, conforme art. 101, do Regulamento da Previdência Social⁵¹, sendo seu valor equivalente ao seu salário integral.

Além disso, em 2008, por meio da Lei nº 11.770, criou-se o Programa Empresa Cidadã⁵², que buscou ampliar o prazo de concessão da licença maternidade, acrescentando 60 (sessenta) dias ao prazo original (120 dias). Essa prorrogação é dada à empregada gestante, desde que a pessoa jurídica para a qual trabalha adira ao programa. Outrossim, é preciso que a empregada requeira a prorrogação até o final do primeiro mês após o parto, sendo concedida imediatamente após a fruição da licença maternidade⁵³.

Cumprе ressaltar, ainda, que com o advento da Lei nº 10.421/02⁵⁴, a licença maternidade passou a ser estendida à mãe adotiva, não havendo mais uma restrição quanto à sua natureza biológica, passando a considerar como ponto fundamental a tutela da família, em geral.

Cabe evidenciar que o benefício tem caráter previdenciário e, dessa forma, é assegurado a todas as seguradas inscritas no regime de previdência social. Nesta feita, não só as empregadas têm direito à licença e ao salário maternidade, sendo o benefício extensivo às trabalhadoras autônomas inscritas no regime de previdência social⁵⁵.

Percebe-se, dessa forma, que o legislador buscou, ao longo do tempo, ampliar a extensão e abranger, cada vez mais, todos os tipos de família, preocupando-se com sua proteção. Outrossim, no concerne ao trabalho da mulher, o

⁵¹ BRASIL. **Regulamento da Previdência Social**: Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm#regulamento>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

⁵² BRASIL. **Programa Empresa Cidadã**: Lei nº 11.770 de 09 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

⁵³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. Ed. rev e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 1094.

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 10.421 de 15 de abril de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm>. Acesso em: 19 de jun. 2017.

⁵⁵ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Direito fundamental de proteção à maternidade e ampliação da licença-gestante. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 11, n. 59, Nov. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5240>. Acesso em: 23 de jun. 2017.

ordenamento jurídico brasileiro passou por diversas mudanças, diferenciando o tratamento dado a mulher, concretizando a máxima de que a isonomia consiste em um tratamento igualitário desde que respeitadas as diferenças. A desigualdade material entre sujeitos faz com que esse tratamento seja feito, discriminando-se direitos.

3.2 Natureza da licença maternidade

Por meio do já exposto, mostra-se claro que o direito à licença maternidade tem implicações diretas no direito do trabalho, além de possuir uma propensão a buscar, cada vez mais, a proteção à integração da família. Nesse ínterim, percebe-se que o fato ensejador da concessão da licença não mais se limita ao fator biológico da gravidez, uma vez que passa a promover a manutenção da família, enaltecendo a importância do convívio familiar.

Tão necessário se mostra esse direito, que a Carta Magna o elencou como um dos direitos sociais, em seu art. 7º, inciso XVIII. Essa disposição deve ser entendida de forma ampla, tutelando não só a mulher e o nascituro durante a gestação, mas também após o nascimento.

Isso se dá, uma vez que permite à mãe que essa possua um tempo de convívio com seu filho. Ela visa, além da recuperação da mulher após o parto, sua adaptação com a criança, de forma a produzir intimidade e permitir que ela acompanhe o desenvolvimento do filho.

Objetiva-se esse desenvolvimento de afeto entre a mulher e a criança, levando-se em conta, ainda, o disposto no art. 227⁵⁶, da Constituição Federal e no art. 4º⁵⁷, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que buscam garantir a proteção do filho, com fulcro no princípio do melhor interesse do menor.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 227 – “É 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”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

⁵⁷ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Art. 4º – “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência

Dessa forma, percebe-se que, com as constantes evoluções sociais, tal instituto passou a visar, sobretudo, a proteção da criança. Assim, sua natureza não mais se limita ao caráter jurídico relativo ao contrato de trabalho (interrupção do contrato), nem mesmo àquele dado ao salário maternidade (previdenciário), se relaciona, sim, com a proteção dada pelo Estado à família, não se restringindo à mulher gestante, buscando englobar toda a entidade familiar como usufruidora, focando, sobretudo, no direito da criança. Verifica-se, portanto, que a licença maternidade possui natureza familiar.

Ressalte-se, ainda, que as normas de proteção à maternidade são imperativas, de modo que não existe a possibilidade de supressão do período de licença, mesmo com o assentimento da empregada gestante⁵⁸. Caso ocorra, o empregador fica sujeito às penalidades previstas no art. 401, da CLT, resguardado à empregada o direito ao salário maternidade.

3.3 Breve comentário sobre a licença paternidade

A licença paternidade possui basicamente os mesmos preceitos e fundamentos dados à licença maternidade, mas é aplicada de forma distinta. O art. 7º, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988 previu esse instituto como direito social, tendo o art. 10, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) disposto que deveria ser concedido pelo prazo de 05 (cinco) dias, até que fosse disciplinado por lei específica.

Em 2016, a ex-presidenta do Brasil, Dilma Rousseff, sancionou a Lei nº 13.257, que incluiu o inciso II, no art. 1º, da Lei nº 11.770/08, que trata acerca do Programa Empresa Cidadã, dispondo que para as empresas que fazem parte do programa, a licença paternidade pode ser prorrogada em até 15 (quinze) dias, perfazendo o total de 20 (vinte) dias.

Nada obstante, apesar de ter ocorrido uma evolução nesse aspecto, não há como dizer que as situações são aceitáveis. A lei trabalhista, ainda muito

familiar e comunitária". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

⁵⁸ ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA MULHER GESTANTE – IMPOSSIBILIDADE DE RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO – **Não pode o sindicato profissional e o patronal pactuarem cláusula prevendo a possibilidade de renúncia ou transação de direito constitucionalmente assegurado à mulher gestante.** (TST – RO-DC 347.234/97.1 – Ac. SDC 1.650/97 – Rel. Min. Moacyr Roberto Tesch Auersvald – DJU 6.03.1998).

conservadora, ao decidir que a mulher possui um período maior de licença quando do nascimento ou adoção de um filho, infere de forma discriminatória que continua sendo sua a atribuição de cuidar do lar e da prole, atuando de forma conivente com uma sociedade machista.

Ao destinar somente 05 (cinco) dias – 20 (vinte) nas situações em que a empresa faça parte do Programa Empresa Cidadã – de licença paternidade aos homens, o legislador acabou por perpetuar o entendimento de que cumpre, sobretudo, à mulher os deveres relativos ao lar, sendo reservada aos homens a obrigação de sustento material da família⁵⁹. Dessa forma, embora, o sentimento ainda seja o de que o dever de cuidado maior seja da mulher, a partir do momento em que o Estado entenda e demonstre que tanto ambos possuem obrigações para com a família, a evolução vai se dando, mesmo que paulatinamente.

Entende Christiane Singh Bezerra e Dalmo Ávila Sanga que

“O novo modelo de família, aliado a dinâmica social reclamam um repensar da legislação social, especialmente no que concerne a um direito tão relevante como a licença maternidade ou paternidade, pois ela permite que a família passe pelo período de adaptação decorrente da chegada de um bebê com mais tranquilidade, assim estender ao pai, o mesmo período de licença que hoje é concedido as mães, pressupõe garantia de dignidade aos entes do núcleo familiar”⁶⁰.

Outrossim, percebe-se que a concessão da licença paternidade de forma igualitária à licença maternidade seria uma forma de avançar socialmente, diminuindo a discriminação existente no mercado de trabalho. Apesar de velado, ainda existe muito preconceito e discriminação quando da contratação de empregadas mulheres, e um dos motivos se dá ante o receio do empregador de que ela possa, eventualmente, engravidar e lhe ser concedida a licença maternidade, o que lhe acarretaria “prejuízos”, por ter de contratar outra pessoa, temporariamente, para cumprir com os deveres de tal trabalhadora. Com a igualdade de prazo de concessão da licença, não haveria razão de discriminação, fazendo com que o fato

⁵⁹ Levando-se em conta o padrão heteronormativo das relações empregado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁶⁰ BEZERRA, Christiane Singh; SANGA, Dalmo Ávila. **O direito à licença-paternidade de 120 (cento e vinte) como forma de efetivação dos direitos sociais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e06126ea56b3f36>>. Acesso em: 29 de jun. 2017.

de a mulher engravidar não influísse na decisão do empregador quando da contratação.

Nesse ínterim, a partir do momento em que o legislador brasileiro entender e começar a aplicar um tratamento igualitário no que concerne à concessão da licença maternidade/paternidade, se torna possível uma inovação trabalhista e, sobretudo, uma evolução social, superando-se o pensamento patriarcal, ainda muito enraizado na sociedade atual.

4 A LICENÇA MATERNIDADE COMO DIREITO FAMILIAR E SOCIAL

Após todo o explanado, resta certo que a licença maternidade é entendida como um direito que assiste a família, atentando, sobretudo, ao direito que a criança possui a ter um período de convivência com seus pais. Isso se dá, uma vez que se busca, além da intimidade entre os pais e a criança, o pleno desenvolvimento do menor.

A partir do momento em que os pais começam a passar pelo processo de adoção, verifica-se uma mudança drástica em suas vidas. As preocupações e prioridades passam a ser outras, já que a entrada de uma criança em suas vidas gera transformações na forma como se dá a vivência familiar.

Outrossim, procura-se realizar a transação de forma mais benéfica para a criança, uma vez que ser inserida em um novo ambiente, com novas rotinas e novos costumes, pode ser de grande impacto. Assim, busca-se adaptar a família à nova realidade.

A Constituição Federal, em seu art. 226, *caput*, dispõe que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Ela é vista como a célula base da sociedade. Devido a isso, infere-se que, sendo a família bem desenvolvida e humanizada, ela serve como alicerce da evolução humana e do devido desenvolvimento social.

Nesta feita, percebe-se que toda a relação desenvolvida entre os filhos e os pais, envolvendo afetividade, educação e empatia, reflete diretamente na evolução social. Assim, como a licença maternidade busca, originalmente, permitir à mãe que desenvolva um relacionamento mais profundo com seu filho, ela é vista mais do que um interesse privado, sendo de interesse social o pleno desenvolvimento do ser humano.

Verifica-se, portanto, um reflexo direto na sociedade, quando se trata da licença maternidade. Seus objetivos de evolução familiar, cuidado parental e amplo desenvolvimento da criança se mostram extremamente relevantes quando de sua atuação na sociedade.

A comunidade social é formada por seres humanos e, para que ela funcione de forma a proporcionar plenitude de vida e desenvolvimento humanitário, é necessário que as pessoas que a compõem sejam capacitadas a contribuir com a evolução. Devido a isso, verifica-se que a boa criação do cidadão é um dos aspectos

mais relevantes a ser levado em conta. Quando uma criança é criada em um ambiente de amor, compaixão, empatia e compreensão, as chances de se tornar um cidadão consciente, que contribua para uma evolução social benéfica, são muito grandes.

Assim, como a licença maternidade cria a possibilidade de contato e desenvolvimento íntimo entre a criança e seus pais, de forma que ela seja inserida na sociedade tendo uma relação empática com àqueles ao seu redor, percebe-se a enorme importância da aplicação desse instituto.

Com esse entendimento, verifica-se que o instituto da licença maternidade, apesar de focar no maior interesse da criança, estende seus efeitos, mesmo que indiretamente, à família em si e à sociedade, não se restringindo apenas à esfera trabalhista.

Nesta feita, o aspecto teleológico da dignidade da pessoa humana, associado ao desenvolvimento social, observadas as disposições constitucionais previstas, sobretudo, nos artigos 1º e 7º, servem de lastro para que se avance, cada vez mais, no aspecto de proteção familiar, do nascituro e da criança⁶¹.

Por fim, conforme disposto na Constituição Federal, em seu art. 226, a família deve ser tutelada e determinados meios devem ser utilizados para evolui-la, o que corrobora o entendimento no sentido de a licença maternidade ser um direito de natureza familiar. Busca-se, assim, fortalecer esse instituto dentro do Estado, procurando estabelecer cada vez mais a igualdade material entre os cidadãos brasileiros.

4.1 Extensão da licença maternidade ao adotante

A possibilidade de extensão da licença maternidade à mãe adotante é extremamente recente, tendo ela sido efetivada por meio da Lei nº 10.421/02. Antes disso, tanto a Carta Magna quanto as legislações extravagantes dispunham acerca do tratamento especial que deveria ser dado à mãe gestante, ou seja, levava-se em conta o aspecto biológico da maternidade e não o afetivo.

⁶¹ LIMA, Lucas Barbalho de. **A Proteção à Maternidade no Brasil**: Estudo acerca dos avanços da proteção à maternidade e de questões ainda não tuteladas pelo Direito do Trabalho brasileiro na Pós Modernidade. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bd26c6a5924c3aae>>. Acesso em: 26 de jun. 2017.

Com o advento da referida lei, foi dada à mãe adotante o direito à licença maternidade, sem prejuízo de seu salário, tal qual era garantido às empregadas gestantes. Nada obstante, ainda existia uma discriminação quanto ao período em que ele poderia ser concedido.

O art. 392-A, da CLT, dispõe que

“à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392⁶²”.

Todavia, até o ano de 2009, os parágrafos do art. 392-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, dispunham que, se a criança adotada tivesse até um ano de idade, a licença seria de 120 dias; se tivesse entre um e quatro anos, o período de concessão seria de 60 dias; por fim, se a criança tivesse entre quatro e oito anos, a licença seria de 30 dias. Percebe-se clara discriminação quanto aos pais adotivos, no que concerne ao período efetivo em que poderiam ficar com o filho. Assim entende Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro:

“Sendo assim, conceder períodos diferenciados de licença-maternidade à adotante de acordo com a idade da criança é ferir um dos princípios mais importantes do Texto Constitucional. Ademais, é bem sabido que uma criança de 8 anos tem mais dificuldades de adaptação ao seio familiar do que uma criança de 1 ano, o que injustifica os períodos diferenciados de licença⁶³”.

Essa disposição discriminatória vai de encontro ao princípio constitucional da igualdade, sobretudo no que tange à não discriminação dos filhos. Por isso, em 2009, a Lei nº 12.010/09 revogou as disposições dos parágrafos do art. 392-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, passando a igualar o tratamento dado às empregadas gestantes e adotantes, sendo o prazo de concessão da licença de 120 dias, prorrogáveis por mais 60, nos casos em que a empresa seja filiada ao Programa Empresa Cidadã.

⁶² BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**: Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Art. 392-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 de jun. 2017.

⁶³ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Salário-Maternidade**: À Luz da Proteção Previdenciária. Curitiba: Juruá, 2009, p. 125.

A licença maternidade somente será concedida à mãe adotiva mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante, conforme §4º, do art. 392-A, da CLT.

Ressalte-se, ainda, que

“(...) a empregada urbana ou rural, a trabalhadora avulsa, a doméstica, a segurada especial, a autônoma e a facultativa que adotam ou obtêm a guarda farão jus a essa proteção previdenciária, de acordo com os arts. 100 e 101 da Lei. 8.213/91⁶⁴”.

Assim, sendo a empregada segurada da Previdência Social, ela terá direito à concessão da licença maternidade.

O legislador entendeu que a chegada de uma criança adotada a um novo lar se equipara ao parto, vez que a mãe passa a despende mais do seu tempo ao filho, dando-lhe os cuidados necessários e zelando para seu desenvolvimento, durante o período de adaptação.

Devido a isso e ao princípio do melhor interesse do menor, acabou-se por igualar o tratamento concedido aos pais adotivos, nos mesmos termos dos pais biológicos. Isso se dá, sobretudo, pela necessidade de convivência com a família que se observa, de forma a buscar a plena criação e desenvolvimento do menor no seio familiar, por meio de estágios de adaptação, sendo um deles possibilitado pela licença maternidade.

4.2 Extensão da licença maternidade à família homoafetiva

A Carta Magna de 1988 instituiu que o Estado Brasileiro possui como fundamento a dignidade da pessoa humana, além de ter previsto que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Além disso, a Constituição previu que um dos objetivos fundamentais dessa República é promover o bem de todos, sem que haja preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. Tomando-se como base esses preceitos⁶⁵, entende-

⁶⁴ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Salário-Maternidade**. À Luz da Proteção Previdenciária. Curitiba: Juruá, 2009, p. 125.

⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Artigos 1º, inciso III; 5º, *caput*; e Art. 3º, inciso IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

se que o tratamento dado a homens e mulheres deve ser o mesmo, não devendo ser levada em conta a orientação sexual de cada um quando do tratamento despendido a eles.

Nesse ínterim, levando-se em consideração o que já foi aqui abordado, verifica-se plenamente possível que um casal formado por duas mulheres ou dois homens tenha o direito de adotar uma criança. Leva-se em conta, além do melhor interesse do menor, a capacidade educativa e de criação dos pais, não sendo relevante suas orientações sexuais.

Outrossim, conforme visto, não só é possível, como necessária, a aplicação da licença maternidade no âmbito das pessoas que adotam (em conjunto ou não). Nesse ínterim, mostra-se inteiramente cabível a extensão de tal instituto aos casais homoafetivos. Os tribunais brasileiros têm se mostrado adeptos desse entendimento, como o TRT1⁶⁶ e o TRF2⁶⁷.

⁶⁶ PROTEÇÃO AO PAI ADOTANTE CONTRA A DISPENSA IMOTIVADA. CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. LICENÇA ADOTANTE. EMPREGADO GUARDIÃO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. IGUALDADE DE DIREITOS. **Em sintonia com a Constituição Federal que ampliou o conceito de família, a CLT em seus arts. 392-A e 392-C instituiu as hipóteses de concessão de licença adotante, nos mesmos moldes e prazos da licença maternidade, não se restringindo ao sexo feminino, uma vez que aos empregados do sexo masculino também é facultada a adoção de forma independente ou em união homoafetiva. Entendo que a diferenciação constitucional entre homens e mulheres se fundamenta na existência de ações afirmativas aos direitos das mulheres, não se constituindo em óbice à que o homem que adote uma criança usufrua dos direitos integrais de estabilidade e licença gestação, mormente quando em uma relação homoafetiva.** Comprovada, no caso concreto, a concessão de guarda provisória de menor ao autor, considera-se nula a dispensa no curso da licença adotante, independentemente de se tratar de contrato a prazo determinado, diante da estabilidade provisória conferida ao empregado, por aplicação análoga da Súmula 244, II do TST. Recurso a que se dá parcial provimento. (TRT-1 - RO: 00113527520155010001, Relator: SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, Data de Julgamento: 03/05/2017, Sétima Turma, Data de Publicação: 12/05/2017).

⁶⁷ RIO DE JANEIRO - ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. LICENÇA AO ADOTANTE. CARÁTER DISCRIMINATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO RECONHECIDO. Cinge-se a controvérsia ao reconhecimento do direito ao impetrante, servidor público federal, ao gozo do benefício licença adoção, previsto no artigo 210 da Lei nº 8.112/90, observada a prorrogação estabelecida no artigo 2º, § 3º, II, do Decreto nº 6.690/2008, uma vez que, comprovadamente, vive em união estável homoafetiva e obteve, junto com o companheiro, guarda de menor em caráter provisório. O pretório Excelso, ao proceder à análise do artigo 1723 do Código Civil (art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família), nos autos da ADI 4277/DF, DJE 198. Divulg 13-10-2011 public 14-10-2011, deixou assentado que ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do artigo 1723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à constituição. Isso para excluir do dispositivo em causal qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. **Assim, diante da ausência de previsão legal de licença ao adotante do sexo masculino nos moldes da licença à adotante (mulher), a sua negativa implicaria em tratamento discriminatório, que deve ser evitado, possibilitando, ainda, às crianças os mesmos cuidados dispensados por casais**

Restando clara essa possibilidade, resta a dúvida acerca de como ela será efetivada. Nos casos de adoção por parte de casais heteroafetivos, a mãe possui a licença de 120 (cento e vinte) dias – prorrogáveis por mais 60 (sessenta), caso a empresa faça parte do Programa Empresa Cidadã – e o pai tem direito à licença paternidade⁶⁸ compreendida em 05 (cinco) dias⁶⁹ – sendo de 20 (vinte) dias⁷⁰, caso a empresa faça parte do Programa Empresa Cidadã⁷¹.

Nada obstante, quando se trata de casais homoafetivos, a aplicação do instituto da licença maternidade ainda é incerta, não sendo possível, por enquanto, encontrar segurança jurídica. São diversos os entendimentos acerca de como esse

heterossexuais. A propósito, leia-se o artigo 210 da Lei nº 8.112/90, que só prevê o benefício à servidora: art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. (vide Decreto nº 6.691, de 2008) parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias. Ademais, diante do contexto probatório, notadamente a escritura declaratória de sociedade convencional, declaração do companheiro e adotante de que não pleitearia gozo de licença junto ao órgão em que trabalha, termo de guarda provisória da menor, nascida em 02/08/2011, declaração de que o impetrante é servidor da fundação Oswaldo Cruz, órgão vinculado ao ministério da saúde, tendo sido concedida licença paternidade de 5 dias consecutivos, conforme o artigo 208 da Lei nº 8.112/90, no sentido de que não seria possível atender a equiparação de dias concedidos a servidora adotante por não haver orientação legal, vê-se que os elementos coligidos se mostram suficientes para manter a concessão parcial da ordem.

Verifica-se, portanto, que faz jus o impetrante à concessão da licença ao adotante, da mesma forma que prevista a licença à adotante (do sexo feminino). Como, na espécie, a menor já teria completado um ano de idade quando do decurso do prazo de 90 dias da licença ao adotante, a prorrogação da licença deve observar, conforme decidiu o magistrado a quo, o disposto no artigo 2º, § 3º, II, b, do Decreto nº 6.690/2008, que, ao instituir o programa de prorrogação da licença à gestante e à adotante, estabeleceu os critérios de adesão ao programa e preceituou para as servidoras públicas, em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990. Desta forma, mantém-se inalterada a sentença que concedeu parcialmente a segurança, consolidando a liminar deferida anteriormente, para determinar a concessão da licença ao adotante, em razão da guarda judicial obtida, por 90 (noventa) dias, nos termos do artigo 210 da Lei nº 8.112/90, prorrogável por 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 2º, § 3º, II, b, do Decreto nº 6.690/2008. Adoção, ainda, do parecer ministerial como razões de decidir. Recurso e remessa desprovidos. (TRF 2ª Região, Ap-RN 0009306-04.2012.4.02.5101, 8ª T. Esp., Rel. Des. Federal Vera Lúcia Lima, p. 10/07/2013).

⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Artigo 7º, inciso XIX – “Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

⁶⁹ BRASIL. **Constituição. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT de 1988.** Art. 10, §1º – “§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

⁷¹ BRASIL. **Programa Empresa Cidadã: Lei nº 11.770 de 09 de setembro de 2008.** Art. 1º, inciso II – Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: II – por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no §1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

instituto deve ser executado, além de sua aplicação não seguir padrões razoáveis e esperados.

Bachur e Manso entendem que em casos de adoção realizado por um casal formado por duas mulheres, deverá receber o benefício aquela que figurar nos documentos de guarda como mãe. O benefício deverá ser dado a ambas, caso estejam no registro⁷². Quanto àqueles casais formados por dois homens, entendem que deve ser observado o tratamento despendido à família monoparental, quando da aplicação da licença maternidade, ou seja, somente um dos pais perceberá a licença, sendo observados os prazos da licença paternidade.

Nada obstante, conforme informação noticiada pelo site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o INSS, em decisão recente, entendeu que o homem ou a mulher que adotar criança de até 12 anos de idade deverá requerer o salário maternidade diretamente no INSS, não sendo relevante sua relação de trabalho (empregado, autônomo, empregado doméstico, entre outros). Informou, ainda, que o benefício será pago, durante 120 dias, a qualquer um dos adotantes, sem ordem de preferência, englobando nesse aspecto aqueles que vivam em uma relação homoafetiva. Todavia, somente será concedido um salário maternidade por adoção, ainda que ambos se afastem do trabalho para cuidar da criança⁷³.

Outrossim, cumpre expor que a Caixa Econômica Federal tem concedido licença aos seus funcionários homens solteiros ou em união homoafetiva, de até 180 (cento e oitenta) dias, em casos de adoção. Nada obstante, tal prazo não é fixo, sendo levada em consideração a idade da criança adotada: 180 (cento e oitenta) dias, para adoção de crianças que possuam até 01 (um) ano de idade; 120 (cento e vinte) dias, para adoção de crianças que possuam de 01 (um) até 04 (quatro) anos de idade; e 75 (setenta e cinco) dias para crianças que possuam de 04 (quatro) até 08 (oito) anos de idade⁷⁴.

Verifica-se, portanto, que a aplicação de tal instituto não tem se dado de maneira padrão, sendo concedida a licença da forma como melhor entender o ente respectivo. Todavia, isso não deve continuar assim, pois uma insegurança jurídica

⁷² BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática**. Editora Lemos e Cruz, [S.I.] 2011.

⁷³ FARIELLO, Luiza de Carvalho. Casais homoafetivos conseguem licença-maternidade na adoção de crianças. In: **Portal CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80257-casais-homoafetivos-conseguem-licenca-maternidade-na-adocao-de-criancas>>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

⁷⁴ BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade: Na Teoria e na Prática**. [S.I.]: Editora Lemos e Cruz, 2011, p. 165.

de tamanha importância acaba por gerar reflexos no âmbito pessoal desses casais, podendo, inclusive, desincentivá-los a realizar a adoção.

Por meio do exposto, mostra-se razoável que a sua aplicação, no âmbito dos casais homoafetivos, seja feita nos mesmos moldes realizados aos casais heteroafetivos. Nesse sentido, conforme defendido anteriormente, o prazo da licença deve ser igual para ambos os pais (em sentido amplo).

Buscando-se uma maior efetivação dos direitos familiares e sociais, de forma a gerar reflexos tanto no âmbito particular dos envolvidos quanto na sociedade, além de procurar diminuir a discriminação na esfera trabalhista, a aplicação do instituto da licença maternidade deve ser feita de maneira igualitária a ambos os pais.

Assim, caso um casal homoafetivo adote uma criança, não importando se formado por duas mulheres ou dois homens, mostra-se imprescindível que ambos percebam a licença “maternidade”, pelo prazo integral de 120 (cento e vinte) dias, podendo ser estendido por mais 60 (sessenta), nas hipóteses em que a empregadora faça parte do Programa Empresa Cidadã.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto um entendimento mais humanitário no que tange ao tratamento empreendido ao ser humano. Isso se dá, sobretudo, ao considerar a dignidade da pessoa humana⁷⁵ como princípio norteador das relações sociais e jurídicas. Por meio disso, buscou-se enaltecer cada vez mais o homem, de forma a criar uma sociedade plena com base na felicidade de cada cidadão.

Sendo a família a chave base de construção da sociedade, a Carta Magna procurou tutelar os assuntos que concernem a esse assunto, dando-lhe especial proteção do Estado⁷⁶. Devido a isso, e levando-se em consideração o caráter mutável das relações desenvolvidas pelos seres humanos, verifica-se necessário que a proteção despendida às entidades familiares seja feita de forma abrangente, de forma a englobar todas as mudanças e inovações ocorridas nas relações pessoais.

Nesse ínterim, tomando-se como apoio os princípios basilares do direito de família, demonstrou-se clara a necessidade de serem englobados pela tutela estatal as relações homoafetivas. Tal requisito foi efetivado por meio da elaboração da Resolução nº 175, do CNJ, sendo vedada a negativa de realização de casamento civil de casais homoafetivos.

Por meio disso, sendo claro o objetivo das pessoas homossexuais de constituírem família, o direito brasileiro aponta, mais uma vez, uma lacuna, sobretudo no que concerne à possibilidade de ser realizada a adoção por esses cidadãos. Todavia, tentando sanar tal descuido, a jurisprudência brasileira tem se postado no sentido de deferir a adoção a esses casais, ante a justificativa de melhor interesse do menor e levando-se em conta o princípio da isonomia.

Dessa forma, após tanta luta por proteção de seus direitos, os casais homoafetivos, apesar de terem conseguido que alguns de seus direitos fossem reconhecidos, passam a encarar outra dificuldade, no que concerne à aplicação da licença maternidade quando da adoção de uma criança.

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 1º, inciso III. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de jul. 2017.

⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 226, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de jul. 2017.

Conforme demonstrado, esse instituto é extremamente importante na efetivação dos direitos sociais e particulares, sendo necessário que seja plenamente aplicado.

A criança, sendo a principal interessada e afetada pela aplicação da licença maternidade, deve ser o fator maior a ser levado em conta. Ou seja, desde que seja benéfico ao menor que seus pais possuam direito à concessão de tal instituto, é preciso que ele seja dado.

Outrossim, nesse aspecto, para que possa cumprir com o seu papel de permitir o amplo desenvolvimento da criança, por meio da educação empreendida e da intimidade desenvolvida pelos pais, a licença paternidade deve ser aplicada nos mesmos moldes empreendidos à licença maternidade. O entendimento de que a mãe é quem deve ser responsável pelo cuidado dos filhos e do lar é ultrapassado, conservador e arcaico e, uma das formas mais efetivas de se superar tal entendimento, se dá pelo tratamento despendido pelo Estado. Assim, entendendo o legislador que os deveres maritais devem ser desenvolvidos igualmente pelos membros da família, por meio da aplicação da licença paternidade conforme a licença maternidade, evolui-se o pensamento patriarcal, fazendo com que se construa, cada vez mais, uma sociedade igualitária⁷⁷.

Por meio de tais considerações, levando-se em conta, sobretudo, o maior interesse do menor⁷⁸, resta clara a imprescindibilidade da aplicação da licença maternidade no âmbito dos casais homoafetivos, como forma de efetivação dos direitos sociais e, ainda, como aplicação do referido princípio. Dessa forma, conforme dissertado, ela deve ser concedida pelo prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, sendo possível sua prorrogação na hipótese do(a) empregador(a) fazer parte do Programa Empresa Cidadã⁷⁹.

Além de ser concedida pelo prazo legal despendido à empregada, é necessário que ela se dê de forma igualitária a ambos os pais.

A licença maternidade deve, portanto, ser concedida de forma dupla, sendo aplicada a ambos do casal, independentemente de se tratar de um casal formado

⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

⁷⁸ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Art. 4º, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 10 de jul. 2017.

⁷⁹ BRASIL. **Programa Empresa Cidadã**: Lei nº 11.770 de 09 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

por duas mulheres ou dois homens. Isso deve ser efetivado, sobretudo, como plena tutela estatal, garantindo à criança todas as proteções inerentes ao bem estar físico e mental, à criação, ao crescimento e desenvolvimento pleno.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Aline Duarte; CUSTÓDIO, Maraluce Maria. **Licença maternidade para casais homoafetivos**: A concessão do direito a licença maternidade. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=505>>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

AUGUSTO, Luís Fernando. A evolução da ideia e do conceito de família. In: **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://advocaciatpa.jusbrasil.com.br/artigos/176611879/a-evolucao-da-ideia-e-do-conceito-de-familia>>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade**: Na Teoria e na Prática. [S.l.]: Editora Lemos e Cruz, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do Brasil comentado**. 5. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937.

BEZERRA, Christiane Singh; SANGA, Dalmo Ávila. **O direito à licença-paternidade de 120 (cento e vinte) como forma de efetivação dos direitos sociais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e06126ea56b3f36>>. Acesso em: 29 de jun. 2017.

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 de jun. 2017.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**: Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 de jun. 2017.

BRASIL. Constituição. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT de 1988**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 21.417-A de 17 de maio de 1932**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**: Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.421 de 15 de abril de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm>. Acesso em: 19 de jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

BRASIL. **Programa Empresa Cidadã**: Lei nº 11.770 de 09 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. **Regulamento da Previdência Social**: Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm#regulamento>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

BRASIL. **Resolução 175/13**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

CUNHA, Anna Mayara Oliveira. Adoção por casais homoafetivos: Do preconceito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8165>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

DELLANI, Diorgenes André. Princípios do Direito de Família. In: **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://diorgenes.jusbrasil.com.br/artigos/112183566/principios-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. Casais homoafetivos conseguem licença-maternidade na adoção de crianças. In: **Portal CNJ**. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80257-casais-homoafetivos-conseguem-licenca-maternidade-na-adocao-de-criancas>>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 6.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção doutrina e prática**: com comentários à nova lei de adoção. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LIMA, Lucas Barbalho de. **A Proteção à Maternidade no Brasil**: Estudo acerca dos avanços da proteção à maternidade e de questões ainda não tuteladas pelo Direito do Trabalho brasileiro na Pós Modernidade. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bd26c6a5924c3aae>>. Acesso em: 26 de jun. 2017.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2004.

PARREIRA, Natalia. Aspectos relevantes acerca da proteção à maternidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10562>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Direito fundamental de proteção à maternidade e ampliação da licença-gestante. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 59, nov. 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5240>. Acesso em: jun. 2017.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Salário-Maternidade: À Luz da Proteção Previdenciária**. Curitiba: Juruá, 2009.

SÃO PAULO. **Lei nº 1.596 de 29 de dezembro de 1917**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1917/lei-1596-29.12.1917.html>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: **A nova família**: problemas e perspectivas. Coordenação de Vicente Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VENOSA, Sílvio Salvo de. **Direito civil: direito de família**. 13. ed: Atlas. 2013.

_____. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2003.