

LICENÇA-MATERNIDADE: UM ESTUDO ACERCA DA EVOLUÇÃO JURÍDICO-POSITIVA DA EXTENSÃO DO INSTITUTO AOS CASAIS HOMOAFETIVOS ADOTANTES¹

Hallana Ibaldo²

RESUMO: A presente pesquisa analisa as soluções trazidas pela jurisprudência e pela legislação brasileiras para a problemática da falta de amparo jurídico dos casais homoafetivos que adotam ou obtêm guarda judicial para fins de adoção, no que tange à concessão do benefício da licença-maternidade. Para tanto, faz-se um breve estudo acerca dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da não-discriminação. Explora-se, outrossim, o desenvolvimento do conceito de família na sociedade brasileira, bem como a evolução jurisprudencial e legislativa do instituto da licença-maternidade.

Palavras-chave: Licença-maternidade. Homoafetivo. Adoção. Adoção homoafetiva.

INTRODUÇÃO

As substanciais mudanças pelas quais vem passando a sociedade pós-moderna culminaram em expressivas alterações e ampliações do conceito de entidade familiar. Conseqüentemente, a jurisprudência e a legislação brasileiras, igualmente, sofreram diversas modificações, a fim de se adaptar a esta nova realidade social.

As relações homoafetivas, as quais, por longo período, permaneceram excluídas da tutela jurídico-positiva pátria, vêm sendo reconhecidas pelo sistema normativo brasileiro, bem como pela jurisprudência, em positivo confronto com a política conservadora, a qual – até então – regulava os modelos clássicos familiares.

O presente tema possui grande relevância prática no mundo jurídico, sendo objeto de vários debates desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, que reconheceu, aos casais homossexuais, a condição de união estável homoafetiva, bem como da edição da

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado pela banca examinadora, composta pelos professores Eugênio Hainzenreder Júnior (orientador), Martha Macedo Sittoni e Sonilde Kugel Lazzarin, em 01 de julho de 2014.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: hallana.ibaldo@gmail.com.

Resolução n.º 175 pelo Conselho Nacional de Justiça, que passou a permitir a celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Mais do que nunca, a questão da igualdade se tornou objeto central de reivindicações dos cidadãos. Neste cenário, criou-se a necessidade de se conferir às famílias homoafetivas os mesmos amparos jurídicos atinentes ao planejamento familiar já concedidos às famílias heteroafetivas.

Destarte, a presente pesquisa tem como objetivo verificar qual a solução trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro para essas novas demandas sociais - mais especificamente - no que tange à aplicação do instituto da licença-maternidade aos casos de adoção por casais homoafetivos. Será verificada a abrangência das alterações legais e jurisprudenciais, analisando-se a existência, ou não, de eventuais lacunas remanescentes.

Para tanto, é realizado um estudo transdisciplinar, vez que são apreciados assuntos de cunho sociológico, com conceitos construídos pela própria sociedade brasileira, e que com ela foram se desenvolvendo.

Faz-se, primeiramente, uma breve análise acerca dos princípios constitucionais mais significativos e relevantes para o tema em comento, quais sejam, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação, a fim de propiciar uma familiarização prévia, ainda que sem esgotar seu conteúdo. Parte-se, pois, do exame dessa estrutura axiológica no intuito de legitimar a construção esposada neste trabalho.

Após, é apresentada a evolução da concepção de família na sociedade brasileira. Mostra-se como as formas de relações afetivas alternativas passaram a ser introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, abandonando-se o conceito tradicional de núcleo familiar, o qual era composto, necessariamente, pela união de um homem e de uma mulher, mediante celebração de casamento.

É, ainda, abordado o benefício da licença-maternidade, com um breve panorama sobre o instituto e suas hipóteses de aplicação. Após, é realizada uma análise da evolução do benefício na jurisprudência e na legislação brasileiras, a fim de se verificar as mudanças pertinentes ao presente estudo.

A relevância da pesquisa ora apresentada é consubstanciada na contemporaneidade do tema em questão, o que torna necessário um conhecimento do assunto explanado, tanto pelos operadores do direito, quanto pelos polos da relação trabalhista da qual o benefício da licença-maternidade deriva, quais sejam, as figuras do empregador e do empregado. Ademais, trata-se de questão bastante presente na sociedade, sendo objeto de reivindicação por muitos cidadãos.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são “as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito”³. Destarte, antes de começarmos a análise do objeto central da presente pesquisa, mostra-se oportuno um breve exame dos princípios constitucionais abaixo arrolados, a fim de melhor fundamentá-la.

Por essa razão, serão abordados o princípio da dignidade da pessoa humana e sua incidência no âmbito das relações familiares, o princípio da igualdade e o princípio da não-discriminação. A estrutura axiológica a seguir esposada se encontra intrinsecamente ligada ao tema em questão, vez que se aplica ao caso concreto da extensão da licença-maternidade aos casais homoafetivos.

1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade “tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições”.⁴ No Brasil, a dignidade da pessoa humana é um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, firmado já no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, segundo o qual todas as pessoas merecem ser tratadas de forma igualmente digna pela lei.

Trata-se de um princípio basilar do qual derivam todos os direitos constitucionalmente positivados, “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.⁵ Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos⁶, é o “valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem”.

A constitucionalização da dignidade da pessoa humana está presente em ordenamentos jurídicos de diversos países, o que demonstra que o homem é centro, fundamento e fim das sociedades contemporâneas. Ademais, tal princípio foi consagrado pela Declaração Universal

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organizações jurídica da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 60.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 42.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58.

dos Direitos Humanos de 1948, como intrínseco a todos os membros da família, sendo fundado na liberdade, justiça e paz no mundo.⁷

Luís Roberto Barroso⁸ considera que “a melhor maneira de classificar a dignidade humana é com um princípio jurídico com *status* constitucional, e não como um direito autônomo”. Isto porque – explica o autor - a dignidade “funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”. Defende, outrossim, que, na medida em que a dignidade é considerada como o fundamento precípua de todos os direitos verdadeiramente fundamentais, bem como fonte de parte de todos os seus respectivos conteúdos essenciais, “seria contraditório considerá-la como um direito em si, já que ela é parte de diferentes direitos”.⁹

A proteção da dignidade humana possui suma importância, vez que despatrimonializa os institutos jurídicos, passando a preterir os interesses do sujeito de direitos e respeitando “a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”¹⁰. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da dignidade humana “impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal”.¹¹ É, com efeito, o princípio que deve conduzir todas as decisões do legislador, competindo a este a garantia de sua consecução, de maneira que, apenas de modo excepcional, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais.¹²

A dignidade humana pode ser verificada em uma dimensão interna e em outra externa. Aquela se traduz no valor intrínseco de cada indivíduo e que, por ser um valor inerente à pessoa, é inviolável, não sendo possível sua perda em qualquer hipótese. Já a dimensão externa representa os direitos, aspirações e responsabilidades, em conjunto com os correspondentes deveres de terceiros, sendo, nesse sentido, passível de sofrer ofensas e violações.¹³

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 64 et seq.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 67.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2005. p. 48.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9ª ed. rev. atual. 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 131.

¹² MORAES, loc. cit.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 61 et seq.

Trata-se de um princípio de complexa definição, devido à sua ampla esfera axiológica. Luís Roberto Barroso¹⁴, no entanto, defende a necessidade de se estabelecer uma concepção mínima para o conceito de dignidade, a fim de conferir-lhe alguma objetividade. Para o autor, seu conteúdo mínimo identifica “o valor intrínseco de todos os seres humanos”, bem como a autonomia de cada indivíduo, a qual é “limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”. Desta forma, apura-se a existência de três elementos essenciais: o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário.

O valor intrínseco é, no plano filosófico, o complexo de características comuns a todos os seres humanos que os difere dos demais seres vivos; no âmbito jurídico, esse se encontra na origem de diversos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à igualdade, à integridade física e à integridade moral ou psíquica.¹⁵ A autonomia, por sua vez, no plano filosófico, é o “elemento ético” da dignidade humana, que envolve a autodeterminação do indivíduo para decidir o rumo da própria vida sem imposições externas indevidas; na esfera jurídica, encontra-se “subjacente a um conjunto de direitos fundamentais associados com o constitucionalismo democrático, incluindo as liberdades básicas (autonomia privada) e o direito à participação política (autonomia pública)”.¹⁶ Por fim, o valor comunitário é a adaptação da dignidade aos valores compartilhados pela comunidade.¹⁷

Cabe colacionar o conceito sugerido por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸, o qual, ressalva o autor, se encontra em processo de reconstrução, a fim de se adaptar à concepção multidimensional, aberta e inclusiva da dignidade de pessoa humana:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais que integram a rede da vida.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 72.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 42 et. seq.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 82.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 42 et. seq.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

A dignidade da pessoa humana possui forte relação com os direitos fundamentais, os quais constituem nada menos do que sua concretização. Sendo assim, mesmo nas normas nas quais a dignidade não teve referência expressa, “não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”. Deste modo, em cada um dos direitos fundamentais, se faz presente ao menos uma projeção da dignidade humana.¹⁹

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões [...] Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade [...] há como investir na diferenciação entre direitos humanos, no sentido de direitos fundados necessariamente da dignidade da pessoa, e direitos fundamentais, estes considerados como direitos que, independentemente de terem, ou não, relação direta com a dignidade da pessoa humana, são assegurados por força de sua previsão pelo ordenamento jurídico constitucional positivo [...].²⁰

Cabe, por derradeiro, analisar a importância da aplicação do princípio ora abordado no âmbito familiar, a fim de se verificar de que maneira esse influencia no que concerne, tanto ao planejamento familiar, quando à responsabilidade do Estado de assegurar sua respectiva concretização.

1.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Âmbito Familiar

A ideia de entidade familiar se encontra fortemente ligada ao princípio da dignidade humana. Alexandre de Moraes²¹ explica que a concepção de dignidade da pessoa humana encontra aplicabilidade no que tange ao planejamento familiar, competindo ao Estado propiciar os recursos necessários para tanto.

Neste contexto, a relação entre a entidade familiar e a dignidade da pessoa humana pode ser encontrada em diversos dispositivos da Constituição, como no artigo 226, §7º, o qual consigna que o planejamento familiar está assentado nos princípios da dignidade da pessoa

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 101, et seq.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 101, et seq.

²¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2005. p. 48.

humana e da paternidade responsável²², bem como no artigo 227, *caput*, que assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade.

Segundo Maria Berenice Dias²³, é no âmbito do direito familiar onde mais se percebe o reflexo dos princípios constitucionais, sendo que estes não podem se distanciar da concepção contemporânea de família. Rolf Madaleno²⁴ reflete que:

E no Direito de Família é de substancial importância à efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e na solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional de realização do homem em sua relação sociofamiliar.

Para o novo Texto Constitucional, prevalece o respeito às pessoas e às suas respectivas famílias, haja vista ser o núcleo familiar o meio precípua para o desenvolvimento da personalidade humana. Com efeito, verifica-se ser indispensável a garantia da dignidade no âmbito das relações familiares.

Nesse sentido, conclui Maria Berenice Dias²⁵:

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por referendar estigmas sociais e fortalecer sentimento de rejeição, sendo fonte de sofrimentos a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida.

“O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares”.²⁶ Desta forma, a distinção de tratamentos conferidos às diversas formas de composição de famílias vai de encontro aos ideais deste princípio, visto que este “impõe o respeito à orientação sexual da pessoa como um aspecto inseparável do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”.²⁷ É, portanto, correto afirmar que a restrição de direitos, em razão exclusivamente da orientação sexual, equivale à negativa da própria dignidade.

²² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 19.

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 61 et seq.

²⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 20.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 3ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006. p. 82.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 63.

²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2011. p. 955.

Quanto à concretização da dignidade da pessoa humana no tocante às relações homoafetivas, Luís Roberto Barroso²⁸, analisando-as consoante os três elementos da dignidade anteriormente explanados, pondera que, no plano da dignidade como valor intrínseco, o direito fundamental da “igualdade perante a lei” se encontra favorável às uniões homoafetivas, assim como estas não violam o valor intrínseco de terceiros. No plano da autonomia, tem-se duas pessoas maiores e capazes que optam como exercer sua liberdade afetiva e sexual. Por fim, no plano comunitário, mesmo se reconhecendo a existência de segmentos da sociedade que desaprovam as relações homoafetivas, verifica-se que esta não justifica a negação de seu reconhecimento, vez que, além de não haver um nível elevado de consenso acerca da temática, há um direito fundamental envolvido, o qual deve prevalecer.

Maria Celina Bodin de Moraes²⁹ ressalta que os direitos fundamentais que consubstanciam a dignidade humana, bem como a proibição da discriminação estabelecem limites “bastantes demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, e que merece, por todas estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz”.

Nesta perspectiva, o princípio da igualdade - principalmente entre os tipos de entidades familiares - surge como concretização do princípio da dignidade humana, na medida em que “todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição”³⁰. O princípio da dignidade da pessoa humana compõe a própria concepção de igualdade constitucional, na medida em que serve de critério material de valoração para a delimitação das discriminações não razoáveis, quais sejam, as que violam a dignidade humana.³¹

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 105.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional**. Revista Trimestral de Direito Civil 1/97, Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar. 2000. apud DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.130.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 44 et seq.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero - 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 542.

1.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal consagrou a igualdade como um dos pilares da manifestação constituinte originária de 1988³². Este princípio se encontra não somente no *caput* do artigo 5º, abrindo o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza³³, mas é também reiterado ao longo do Texto Constitucional, com diversas outras normas que versam sobre a igualdade, ou que buscam “a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais e substanciais”³⁴.

Discorre José Afonso da Silva³⁵:

[...] já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais art. 3º, III), veemente repulsa a qualquer forma de discriminação [...].

Para o Texto Constitucional, deve ser conferido a todos os cidadãos tratamento idêntico, na medida em que prevê, mediante a adoção do princípio da isonomia, a igualdade de aptidão e de possibilidades virtuais.³⁶ A aplicação deste princípio não implica, no entanto, a concessão de tratamento igualitário em um sentido extremo, devendo ser observados os critérios albergados pelo sistema jurídico. Em suma, nas palavras de Ruy Barbosa, “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”³⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁸ afirma que, no Brasil, o princípio da igualdade compreende, pelo menos, três dimensões, quais sejam: (a) proibição do arbítrio, uma vez que são vedadas distinções irrazoáveis, bem como a concessão de tratamento igual para situações

³² BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 101.

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 211.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 211.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 211.

³⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34.

³⁷ Ruy Barbosa, **Oração aos Moços**, p. 26. Disponível em <<http://www.ibet.com.br/download/Ora%C3%A7%C3%A3o%20aos%20Mo%C3%A7os.Pdf>>. Acesso em 15.jul.2014.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero - 2ª edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 544.

manifestamente diversas; (b) proibição de discriminação, ou seja, atitudes discriminatórias fundadas em categorias meramente subjetivas; e (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades.

Esclarece Alexandre de Moraes³⁹ que são vedadas as “diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas”, nas quais o elemento discriminador não se encontra a serviço de um propósito legítimo. Sendo assim, o tratamento desigual em situações distintas é medida que se impõe, sendo “exigência tradicional do próprio conceito de justiça”.

No que tange à desigualdade, o autor⁴⁰ explica que esta se produz quando uma norma - de forma não sensata ou arbitrária – distingue um tratamento específico a diferentes pessoas. É indispensável, portanto, a existência de um fundamento objetivo e razoável, a fim de que as diferenciações não sejam consideradas discriminatórias. Desta feita, tais motivos devem estar em consonância com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, sendo necessária uma relação de proporcionalidade e razoabilidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre observando, evidentemente, os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

O princípio da igualdade desdobra-se em um aspecto formal (igualdade perante a lei) e em um aspecto material (igualdade na lei). Acerca da igualdade formal, Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹ explica – citando a lição de Pontes de Miranda⁴² - que esta é, em primeira linha, destinada ao legislador, na medida em que veda a diferenciação de tratamentos por este conferidos. Ressalva, no entanto, que, “embora sirva para coibir desigualdades no futuro, não é suficiente para ‘destruir as causas’ da desigualdade numa sociedade”. Elucida o autor que, por tal razão, a igualdade formal passou a ser complementada pela denominada igualdade material, a qual se traduz como um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais.

Impende mencionar que o princípio da igualdade possui finalidade limitadora tríplice: de limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular. A primeira se dá porquanto o legislador não poderá editar normas discriminatórias arbitrárias, ilegais e abusivas. A segunda define que “o intérprete/autoridade pública não poderá aplicar leis e atos

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35.

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero - 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 539 et. seq.

⁴² MIRANDA, Pontes de, F.C. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**, p. 530. in SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero - 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 539 et. seq.

normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias”. Por sua vez, a terceira impede o particular de praticar condutas discriminatórias de qualquer espécie.⁴³

Ainda, na visão de Alexandre de Moraes⁴⁴:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções ou políticas, raça, classe social.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁵ ressalta que a garantia da isonomia entre todos os seres humanos é pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana, sendo vedados portanto tratamentos discriminatórios e arbitrários, “razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico da dupla dimensão formal e material”.

Neste contexto, como consequência da busca pela garantia do direito à igualdade e do respeito às diferenças, o princípio da não discriminação surge como complemento ao princípio da isonomia, conforme será verificado a seguir.

1.3 O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO

O princípio da não-discriminação se encontra intrinsecamente relacionado com o princípio constitucional da isonomia, o qual veda discriminações injustificadas. Leciona Alice Monteiro de Barros⁴⁶ que “a não-discriminação é, provavelmente, a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento, como valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto”.

Discriminação, assim, é a “conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”.⁴⁷

⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35 et seq.

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35 et seq.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104.

⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2011. p. 889.

⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012. p. 798, et. seq.

Maurício Godinho Delgado⁴⁸ explica haver distinção entre os conceitos dos princípios da isonomia e da não discriminação. Este “é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável”. Impõe, portanto, um mínimo de civilidade na convivência entre pessoas. Já o princípio da igualdade é mais amplo e impreciso, buscando “igualizar o tratamento jurídico entre pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si”.

No âmbito internacional, o artigo 1º da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁴⁹ conceitua a palavra discriminação como: “Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

No Brasil, a tutela antidiscriminação está presente no Texto Constitucional, mais destacadamente, no artigo 3º, inciso IV, e no artigo 5º, incisos VIII, XLI e XLII. Na esfera trabalhista, a Constituição prevê, no artigo 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, a vedação de distinção no que diz respeito aos direitos dos trabalhadores.

Quanto à discriminação por orientação sexual no local de trabalho, Alice Monteiro de Barros⁵⁰ explica que esta “autoriza a rescisão indireta (art. 483, “e”, da CLT) e a compensação por dano moral” haja vista a ocorrência de ofensa ao direito da personalidade. A autora elucida que a orientação sexual está situada na esfera íntima do empregado e sob a tutela de sua vida particular, não cabendo ao Direito do Trabalho a realização de um juízo valorativo.

Cumprido destacar a explanação de José Afonso da Silva⁵¹ acerca da igualdade sem distinção de orientação sexual:

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não extrapolasse inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação da orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012. p. 798, et seq.

⁴⁹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em 26.abr.2014.

⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2011. p. 956.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 223 et seq.

De acordo com o princípio da não discriminação, o Estado deve, portanto, observando os preceitos e garantias fundamentais, atacar quaisquer atos discriminatórios cometidos em razão de raça, estado civil, religião, sexo, orientação sexual, convicção filosófica, política e social, entre outros.⁵² Destarte, para a presente pesquisa, este princípio encontra aplicabilidade prática na medida em que veda a não concessão de determinadas garantias à uma pessoa, em detrimento de outra em condições equivalentes, com fundamento em distinção de gênero e/ou orientação sexual.

No caso em análise, quanto à concessão da licença-maternidade, depreende-se que a não equiparação dos homens adotantes às mulheres adotantes configura um tratamento desigual, o qual sequer ocasiona qualquer igualdade concreta. Não há, portanto, fundamento razoável para tal diferenciação, vez que está-se conferindo tratamento distinto a pessoas em situações equivalentes, não se concretizando de forma adequada o princípio da isonomia.

2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA DAS CONCEPÇÕES DE FAMÍLIA E DE LICENÇA-MATERNIDADE NO BRASIL

Para a melhor compreensão do conteúdo ora abordado, é necessária a realização de um panorama acerca do conceito de família e sua evolução na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiros. Será demonstrado, brevemente, o processo de inserção das novas formas de relações afetivas na esfera de proteção jurídica do Estado.

Ainda, será realizada uma explanação acerca da definição do instituto da licença-maternidade, com a exposição de seu gradativo desenvolvimento e aperfeiçoamento perante a legislação e os tribunais pátrios. Serão verificados, por derradeiro, os avanços trazidos pela Lei n.º 12.873/2013 no que tange à tutela jurídica conferida aos obreiros adotantes.

2.1 O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA E AS FAMÍLIAS HOMOSSEXUAIS

O núcleo familiar era, até então, fundado em valores patrimoniais e conservadores. Todavia, com as incessantes mudanças nas relações afetivas, foi-se percebendo a necessidade de modificação de tal conceito defasado, sendo possível se observar significativas alterações

⁵² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2011. p. 889.

jurisprudenciais. Segundo Maria Berenice Dias⁵³, a partir da década de 60 e início dos anos 70, o movimento de liberação buscou mudar a imagem das relações homossexuais na sociedade, a qual, gradativamente, torna-se mais compreensiva, passando a repudiar atitudes intolerantes e violentas.

Hodiernamente, “não há mais que se falar em uma família tradicional, preconceitual, com vínculos fundados exclusivamente nas relações de laços de sangue e na constante preservação do patrimônio”⁵⁴. A família deixou de ter como fim tão somente a procriação e a transmissão patrimonial, passando ter a realização pessoal como principal objetivo.

Os princípios básicos que sustentavam o conceito de família, quais sejam, o casamento e a reprodução, foram relativizados, tornando-se aceitável a ocorrência de um sem o outro⁵⁵. Verificou-se, então, a ausência de motivos razoáveis para se justificar a exclusão de casais do mesmo sexo do âmbito da tutela jurídica familiar.

Maria Berenice Dias⁵⁶ destaca que a Constituição, percebendo as evoluções da sociedade, “viu a necessidade de reconhecer a existência de relações afetivas fora do casamento”. Por conseguinte, discorre a autora que o referido dispositivo “emprestou especial proteção às entidades familiares formadas por um dos pais e sua prole; bem como à união estável entre homem e mulher (CF 226)”.

Não obstante, tal elenco não esgota as formas de relações afetivas existentes que fazem jus à tutela constitucional. “Trata-se cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade”⁵⁷. Nesse sentido, a autora⁵⁸ ressalta a necessidade de reconhecimento da existência de relacionamentos os quais, em que pese ausente a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 3ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006. p. 30.

⁵⁴ ALMEIDA, Patrícia Silva de. **As relações homoafetivas e a possibilidade jurídica da adoção no Direito brasileiro**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 35.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 3ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006. p. 65.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 198.

⁵⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 26.abr.2014.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 198.

Paulo Luiz Netto Lobo⁵⁹ defende que:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

A Justiça Gaúcha foi pioneira em tal evolução, definindo, no ano de 1999, a competência dos juizados de família para contemplar uniões homoafetivas, sendo o primeiro grande marco da evolução jurisprudencial⁶⁰:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAIS HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO.⁶¹

Já no ano de 2001, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul passou a reconhecer, por analogia e sob a forma de união estável, a união homoafetiva como entidade familiar, deferindo o direito de herança ao parceiro do mesmo sexo do *de cuius*.⁶² Foi referido, acerca das uniões de pessoas do mesmo sexo, que estas “embora permeadas de preconceitos, são realidades que o judiciário não pode ignorar”.⁶³ Por fim, foi ressaltada a necessidade de aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, em especial, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Neste contexto, outros tribunais foram abarcando tal entendimento e, com não rara frequência, novos julgamentos no sentido de atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas passaram a ser realizados.⁶⁴

⁵⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 26.abr.2014.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 206.

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 599075496**. Oitava Câmara Cível. Relator: Breno Moreira Mussi. Julgado em 17.06.1999.

⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 206.

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70001388982**. Sétima Câmara Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14.03.2001.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 208.

No âmbito da previdência social, a Diretoria Colegiada do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) editou a Instrução Normativa n.º 25/2000, a fim de Disciplinar os procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou à companheira homossexual. Em que pese o fato de que tal norma possuía caráter administrativo, pela primeira vez, o direito positivo brasileiro se referiu à convivência homossexual sob o título de “união estável”⁶⁵, consoante se pode verificar no *caput* do artigo 3º de tal dispositivo, o qual preconiza: “A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos”.⁶⁶

Nesse mesmo sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça reconheceu ao companheiro do mesmo sexo o direito à previdência privada complementar.⁶⁷ Na decisão, a Ministra Nancy Andrichi destacou que “a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana”.

A lição de Maria Berenice Dias⁶⁸ traduz o inovador posicionamento adotado pela jurisprudência, em positiva evolução no que concerne aos direitos dos casais homoafetivos, ao afirmar que “a homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família”. Assevera, ainda, que “a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade”. Por fim, explana que a não existência de disposição legal acerca do tema não importa na ausência de direito, vez que há métodos para suprir tais lacunas, como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Na esfera legislativa, o advento da Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06)⁶⁹ foi um grande marco no avanço do instituto familiar no Brasil, porquanto trouxe um conceito de

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **INSS inaugura no direito positivo a união estável homossexual**. Disponível em <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?52,14>>. Acesso em 23.abr.2014.

⁶⁶ BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). **Instrução Normativa n.º 25/2000**, de 07 de junho de 2000. Disponível em <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-dc/2000/25.htm>>. Acesso em 26.abr.2014.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1026981/RJ**, Terceira Turma, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 04/02/2010, Julgado em 23.02.2010.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70009550070**. Rel. Des. Maria Berenice Dias. Julgado em: 17.11.2004.

⁶⁹ BRASIL. **Lei n.º 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

família que inseriu, no ordenamento jurídico pátrio, também as uniões homoafetivas.⁷⁰ O artigo 2º do referido diploma legal aduz que: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana [...]”. Outrossim, o parágrafo único do artigo 5º reitera que situações que configuram a violência doméstica e familiar independem de orientação sexual.

Maria Berenice Dias explica que, uma vez que se assegura proteção legal a fatos que ocorrem no âmbito doméstico, isto significa dizer que as uniões homoafetivas são entidades familiares.⁷¹ Assim, pela primeira vez, consagrou-se - na esfera infraconstitucional - a concepção de que a entidade familiar ultrapassa os limites legais, englobando “todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto”.⁷²

Conclui a autora⁷³ que, em face à nova definição de entidade familiar, não é mais aceitável o questionamento acerca da natureza dos vínculos homoafetivos. Neste sentido, ao citar os dizeres de Roberto Arriada Lorea⁷⁴, afirma que:

[...] derruba-se, enfim, a última barreira - meramente formal - para a democratização do acesso ao casamento no Brasil: a nova definição legal da família brasileira se harmoniza com o conceito de casamento “entre cônjuges” do art. 1.511 do Código Civil, não apenas deixando de fazer qualquer alusão à oposição de sexos, mas explicitando que a heterossexualidade não é condição para o casamento.

Em meio às relevantes alterações jurisprudenciais - no dia 05 de maio de 2011 - o Supremo Tribunal Federal reconheceu às uniões homossexuais a condição de entidade familiar, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132.⁷⁵ Conforme reflete Carlos Roberto Gonçalves⁷⁶: “proclamou-se, com efeito vinculante, que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade,

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 209 et seq.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 209 et seq.

⁷² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II, parágrafo único, da lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 39, p. 131-153, dez-jan. 2007 **apud** DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 209 et seq.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 209 et seq.

⁷⁴ LOREA, Roberto Arriada. **A nova definição legal da família brasileira**. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **apud** DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 209 et seq.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ**. Pleno. Rel. Min. Ayres Britto, Julgado em: 4 e 5 de maio de 2011.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 621.

liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Destacou o Ministro Relator Celso de Mello a existência do “direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual”. Deste modo, estendeu-se à tais relações a mesma tutela concedida à união estável de casais heterossexuais.

Alexandre de Moraes⁷⁷ explana:

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o texto constitucional proíbe expressamente o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre homens e mulheres, afirmando a existência de isonomia entre os sexos, que se caracteriza pela garantia de “não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica e de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; além de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo ou não.

Em janeiro do ano 2012, o Superior Tribunal de Justiça “decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo”⁷⁸. O Ministro Relator Luis Felipe Salomão salienta que “a fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana”. Acrescenta, outrossim, não ser mais possível a realização de um exame da concepção atual do referido instituto, considerando-o “como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade”.

Então, em maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 175⁷⁹, que passou a vedar a “recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”.

Verifica-se, portanto, que o afeto se tornou elemento formador precípua do conceito de família⁸⁰, a qual não mais se encontra atrelada à antiga definição, baseada em uma percepção fundamentalmente religiosa e patrimonial. Não restam justificativas para que as uniões homoafetivas sejam excluídas da esfera de proteção jurídica direcionada às entidades familiares, devendo o legislador acompanhar essa evolução. A este compete, por conseguinte,

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 40.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378/RS**. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em: 25.10.2011.

⁷⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 175**, de 14 de maio de 2013. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>>. Acesso em 01.mai.2014.

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 269.

assegurar-lhes os recursos necessários para o exercício do direito constitucional ao planejamento familiar, de modo a garantir a efetividade dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

2.2 LICENÇA-MATERNIDADE NO BRASIL

A licença-maternidade, também conhecida como “licença gestante”, está prevista no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988.⁸¹ Trata-se de uma licença remunerada concedida às trabalhadoras gestantes – urbanas e rurais – regulamentada no artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho⁸², com duração de 120 dias, devendo ser iniciada 28 dias antes do parto, prologando-se pelos 92 dias ulteriores. Consoante leciona Alice Monteiro de Barros⁸³:

À luz da Constituição, a empregada (urbana, rural, avulsa e doméstica) no ciclo gravídico-puerperal faz jus à licença-maternidade de 120 dias, devendo afastar-se entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste. A licença é compulsória e o órgão previdenciário arcará com o pagamento do salário-maternidade. Em casos excepcionais, os períodos da licença antes e depois do parto poderão ser aumentados de duas semanas, mediante atestado médico fornecido pelo SUS.

Maurício Godinho Delgado⁸⁴ explica que doutrina majoritária a considera como uma hipótese de interrupção contratual, visto que – durante o período da licença - mantêm-se a contagem do tempo de serviço, o direito às parcelas que não sejam salário condição (sendo estas habituais, mantêm-se seus reflexos no cálculo do montante pago à obreira no período de afastamento), bem como a obrigação do empregador de realizar os depósitos do FGTS. Nesses termos, conclui-se que se encontram presentes todos os elementos básicos de tal enquadramento jurídico.

⁸¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

⁸² Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. § 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. § 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. § 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. § 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

⁸³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2011. p. 693.

⁸⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012. p. 1.025.

O autor⁸⁵ refere, ainda, que, na evolução da licença-maternidade no sistema jurídico brasileiro, duas fases se destacam, quais sejam, as fases anterior e posterior à efetiva aplicação dos critérios da Convenção Internacional 103 da OIT do ano de 1952. Até a década de 1970, em que pese disposição contrária com vedação expressa por parte do referido dispositivo (mais precisamente, em seu artigo IV, 8)⁸⁶, do qual o Brasil já era subscritor, a ordem jurídica nacional da época determinava que competia ao empregador arcar com os custos de todas as parcelas contratuais trabalhistas durante o período de afastamento da empregada.

Posteriormente, a Lei n.º 6.136/1974⁸⁷ definiu a responsabilidade da Previdência Social pelo pagamento das verbas do salário-maternidade, as quais passaram a ter natureza previdenciária. O artigo 72, §1º, da Lei n.º 8.213⁸⁸, definiu que caberá ao empregador antecipar o valor correspondente ao salário-maternidade à segurada, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições previdenciárias.

Com vistas à prorrogação da duração da licença-maternidade e do correspondente período do salário-maternidade de 120 dias para 180 dias, o Programa Empresa Cidadã foi criado pela Lei n.º 11.770/2008⁸⁹, e regulamentado pelo Decreto n.º 7.052⁹⁰. O programa predispõe que as pessoas jurídicas que a ele aderirem podem deduzir, do imposto devido, o valor correspondente à remuneração paga à empregada durante o período adicional da licença.

Tal benefício se aplica tanto às empregadas com filhos biológicos, quanto às empregadas adotantes, sendo, neste caso, os períodos diferenciados de acordo com a idade da criança, conforme disposto no artigo 2º do Decreto n.º 7.052/2009:

Art. 2º O disposto no art. 1º aplica-se à empregada de pessoa jurídica que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, pelos seguintes períodos:
I - por sessenta dias, quando se tratar de criança de até um ano de idade;
II - por trinta dias, quando se tratar de criança a partir de um ano até quatro anos de idade completos; e
III - por quinze dias, quando se tratar de criança a partir de quatro anos até completar oito anos de idade.

⁸⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012. p. 1.025.

⁸⁶ “[...] 8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.”

⁸⁷ BRASIL. **Lei n.º 6.136**, de 07 de novembro de 1974. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

⁸⁸ BRASIL. **Lei n.º 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

⁸⁹ BRASIL. **Lei n.º 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: 01.mai.2014.

⁹⁰ BRASIL. **Decreto n.º 7.052**, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/D7052.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

A licença-maternidade objetiva, conjuntamente, tanto a recuperação da mãe, como também a proteção da criança ou do nascituro. No que concerne à proteção materna, percebe-se uma preocupação do legislador quanto ao aspecto biológico, quando define a empregada gestante como beneficiária, devido aos diversos efeitos da gestação - como a recuperação do parto e as alterações hormonais - dos quais ficam alheios os homens. Tal afirmação é corroborada pelo fato de que, mesmo em caso de filho natimorto, a mãe biológica ainda terá o direito à licença.

Quanto à finalidade de proteção da criança e do nascituro, essa encontra amparo no artigo 227, da Constituição Federal, o qual, em seu *caput*, afirma, como dever de absoluta prioridade da família, da sociedade e do Estado, a garantia de todos os direitos necessários para seu bom desenvolvimento, bem como assevera - em seu §6º - a vedação de quaisquer discriminações entre filhos biológicos ou adotivos.

De outra banda, há situações nas quais somente esta última finalidade se encontra presente. É o que ocorre nos casos de adoção, em que se mostram injustificadas quaisquer distinções entre os adotantes, haja vista a ausência das alterações biológicas provocadas pela gestação.

Resta claro que “o filho adotivo também tem direito à proteção decorrente da licença maternidade como forma de propiciar a sua integração e adaptação à entidade familiar que o recebe, medida essencial para o sucesso da convivência com as pessoas deste núcleo”.⁹¹ Nesse sentido, a licença-maternidade à mãe adotante foi criada como primeira solução para esta problemática, conforme será discorrido adiante.

2.3 LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE ADOTANTE

Com o intuito de preencher a lacuna legislativa existente com relação à aplicação do benefício aos casos de adoção, no ano de 2002, a Lei n.º 10.421⁹² introduziu, ao ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de concessão da licença-maternidade à mãe adotante, ou que obtivesse guarda judicial para fins de adoção, por meio do acréscimo do artigo 392-A à CLT⁹³.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 535.

⁹² BRASIL. **Lei n.º 10.421**, de 15 de abril de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110421.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

⁹³ Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392. § 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano

Explica Maria Berenice Dias⁹⁴:

Diferentemente do que ocorre na licença-maternidade outorgada em geral para as empregadas, na hipótese de adoção ou obtenção de guarda judicial, a sistemática de concessão do salário-maternidade é outra. Neste caso, o pagamento será realizado diretamente pela Previdência Social, nos termos do art. 93-A, §6º, do Dec. 3.048/1999, cabendo à segurada comprovar o adimplemento das condições necessárias para concessão do benefício diretamente no Instituto Nacional de Seguridade Social. Caberá ao empregador tão somente aguardar o retorno da empregada, acatando a interrupção do contrato promovida em razão da adoção.

Alice Monteiro de Barros⁹⁵ pondera, no entanto, que o legislador não levou em consideração a repartição dos papéis familiares, vez que, se assim o tivesse feito, teria estendido a licença também à figura do pai adotivo. Depreende-se, portanto, que tal dispositivo se encontrava atrelado a uma concepção extremamente ultrapassada do conceito de família na sociedade brasileira, na qual os núcleos familiares seriam compostos de casais heterossexuais, cabendo, ainda, à mulher a função de cuidar da criança em sua fase de adaptação.

A referida lei, outrossim, estabeleceu prazos diferenciados para o afastamento das empregadas adotantes, dependendo da idade da criança adotada: 120 dias se a criança tivesse até 1 ano de idade (§1º, artigo 392-A, CLT); 60 dias, se tivesse entre 1 ano e 4 anos de idade (§2º, artigo 392-A, CLT); e 30 dias, se a criança tivesse entre 4 a 8 anos de idade (§3º, artigo 392-A, CLT).

Posteriormente, “sob o argumento de que o escalonamento da licença-maternidade desmotivaria a adoção de crianças maiores”⁹⁶, a Lei n.º 12.010/2009⁹⁷, além de dispor sobre adoção, revogou os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 392-A da CLT, uniformizando o prazo da licença-maternidade para 120 dias, independentemente da idade da criança adotada.

de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias. § 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias. § 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias. § 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 08.03.2014.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 536.

⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2011. p. 866.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 535.

⁹⁷ BRASIL. **Lei n.º 12.010**, de 03 de agosto de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

Esta mudança, no entanto, se deu somente no âmbito trabalhista, fato que gerou controvérsias, uma vez que o artigo 71-A, da Lei n.º 8.213/1991⁹⁸ (Lei da Previdência Social), não foi objeto de modificação, continuando a prever a diferenciação de prazos para o pagamento do salário-maternidade nos casos de adoção.

Após, a Medida Provisória n.º 619/2013⁹⁹ foi adotada a fim de solucionar a referida contradição, unificando os prazos de salário-maternidade para seguradas adotantes previstos no artigo 71-A, da Lei n.º 8.213/1991, para o período de 120 dias, adaptando-os à alteração da Consolidação das Leis do Trabalho. Na exposição de motivos enviada ao Congresso Nacional, o Poder Executivo explicou:

[...] Sabe-se que o art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação alterada pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, ampliou o período de licença da segurada empregada, sem restrição de idade da criança, mas não houve a mesma ampliação no que se refere ao benefício previdenciário. Dessa forma, a medida ora proposta se coaduna com a proteção à infância e com a necessidade de convívio mais intenso entre adotante e adotado, evitando, assim, qualquer discriminação no mercado de trabalho da mulher, na medida em que a despesa da empresa com a sua remuneração no período será custeada pelo Regime Geral de Previdência Social. [...]

Quanto à licença à mãe adotante trazida pela Lei n.º 10.421/2002, conclui-se que esta alteração legislativa ensejou um novo questionamento, porquanto não preencheu por completo a lacuna, até então, existente no que tange aos casos de adoção. Em que pese ter restado superada a questão com relação ao gênero feminino, ainda havia óbice a qualquer pretensão do obreiro adotante ser beneficiado com a licença, apesar de o instituto da adoção e da guarda judicial não ser direcionado exclusivamente às mulheres.

2.4 LEI 12.873/2013 E A EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AOS HOMENS ADOTANTES

Com a conversão da Medida Provisória n.º 619/2013 na Lei n.º 12.873¹⁰⁰, de 24 de outubro de 2013, a redação da Consolidação das Leis do Trabalho foi alterada, estendendo a garantia à licença-maternidade aos empregados adotantes, com o acréscimo do §5º ao artigo 392-A, e com a inclusão dos artigos 392-B e 392-C ao texto legal.

⁹⁸ BRASIL. **Lei n.º 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

⁹⁹ BRASIL. **Medida Provisória n.º 619**, de 06 de junho de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Mpv/mpv619.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei n.º 12.873**, de 24 de outubro de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

No âmbito previdenciário, ainda, a Lei da Previdência Social também sofreu alterações. O artigo 71-A, do referido dispositivo, teve sua redação modificada, unificando para 120 dias o período de concessão do salário-maternidade nos casos de adoção e de obtenção de guarda judicial para fins de adoção, independentemente da idade da criança. Outrossim, houve a inclusão dos artigos 71-B e 71-C ao texto legal, com a inserção dos obreiros segurados da Previdência Social ao rol de beneficiários do salário-maternidade, também com duração de 120 dias e condicionado ao afastamento do serviço mediante licença-maternidade (art. 71-A, § 2º).

Agora, portanto, a concessão dos benefícios da licença e do salário-maternidade independe do sexo do adotante, a fim de se proporcionar proteção e amparo à criança durante seu período de adaptação.

A licença-maternidade e o respectivo salário-maternidade decorrentes de um processo de adoção somente poderão ser concedidos a um dos adotantes ou guardiões, sendo ressalvada, no entanto, a concessão à mãe biológica (artigo 392-A, §5º, CLT e artigo 71-A, §2º, Lei n.º 8.213/91). Sendo assim, tanto na hipótese de adoção conjunta por um casal heteroaferivo, como por um casal homoafetivo, apenas um dos pais terá direito ao benefício.

Ademais, a referida lei passou a permitir a conversão da titularidade do direito a ambos os benefícios. De acordo com a nova previsão legal, a licença-maternidade com o respectivo recebimento do salário-maternidade, poderá ser gozada, em caso de morte da genitora, pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, durante o período a que a obreira falecida ainda teria direito, salvo em caso de falecimento do filho ou de seu abandono. Tal regra também se aplica aos casos de adoção ou de guarda judicial.

O ordenamento jurídico pátrio, portanto, passa a cuidar de uma realidade já presente na sociedade brasileira, igualando os direitos dos homens e das mulheres nos casos de adoção. Tem-se, assim, uma grande evolução legislativa, livre de ideais conservadores, a qual vem a favorecer a constituição e o fortalecimento dos laços afetivos.

Durante muito tempo, as uniões homoafetivas permaneceram reconhecidas tão somente como sociedades de fato.¹⁰¹ Não obstante, com os avanços jurisprudenciais, os quais foram abordados na presente pesquisa, tanto a união estável, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo restaram devidamente reconhecidos, sendo necessário, portanto, assegurar a tutela do Estado para o planejamento e desenvolvimento dessas entidades familiares.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 206.

Dentre as diversas garantias que devem ser propiciadas a fim de se organizar uma família, a licença-maternidade surge como um benefício imprescindível, cuja finalidade nada mais é do que o cuidado da prole. Nesta seara, a jurisprudência passou a se preocupar com a extensão da aplicabilidade de tal benefício também aos homens adotantes.¹⁰²

Em 27 de março de 2009, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) – no acórdão¹⁰³ que julgou o processo n.º CSTJ 150/2008-895-15-00.0 - concedeu o direito a uma licença remunerada de 90 dias a um servidor público do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, o qual, na condição de pai solteiro, adotou uma criança com menos de um ano de idade¹⁰⁴. Tal decisão se deu em que pese o artigo 210 da Lei n.º 8.112/90¹⁰⁵ delimitar somente as servidoras como destinatárias da licença-remunerada de 90 dias nos casos de adoção ou de obtenção de guarda judicial de crianças com até 1 ano de idade. Ao referido acórdão, ademais, foi conferido efeito normativo, com a consequente edição de Resolução pelo CSJT passando a nortear futuras decisões.

Em seu voto, o Conselheiro-relator, Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, asseverou que a adoção realizada pelo servidor encontra respaldo no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como no artigo 227 da Constituição Federal, razão pela qual

¹⁰² Não obstante não ser objeto de análise da presente pesquisa, mas por possuir expressiva conexão com o tema em comento, cabe mencionar – apenas a título de complementação - que a garantia de emprego prevista no artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, permanece com sua destinação restringida tão somente às empregadas gestantes. Martins (2013, p. 469) assevera não haver tal direito em caso de adoção, visto que o dispositivo preleciona que “a garantia da gestante é desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Este, inclusive, é o entendimento da jurisprudência pátria: “TRT-PR-11-06-2004 MÃE ADOTIVA-LICENÇA-MATERNIDADE-ESTABILIDADE PROVISÓRIA -Com a edição da Lei n. 10.421-2002 (DOU 16.04.02), que acrescentou o art. 392-A à CLT, restou pacificado o entendimento de que a mãe adotiva tem direito à licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. Já em relação à estabilidade provisória, o art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispõe expressamente que é vedada a despedida somente da “empregada gestante”, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Desse modo, em que pese o louvável gesto da adotante, esta não esteve grávida, nem pariu, circunstâncias especialmente previstas para a obtenção do direito à estabilidade provisória. Logo, não havendo suporte fático para a incidência da norma constitucional, esta se torna inaplicável. (TRT-9 144200318906 PR 144-2003-18-9-0-6, Relator: ARNOR LIMA NETO, Data de Publicação: 11/06/2004)”. Atualmente, a Proposta de Emenda Constitucional n.º 146/2012 se encontra em tramitação e, se aprovada, estenderá a garantia “à trabalhadora que realizar adoção” (Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=537261>>. Acesso em 17.mai.2014), deixando, no entanto, de compreender o gênero masculino.

¹⁰³ BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). **Processo n.º CSTJ 150/2008-895-15-00.0**. Julgado em 27.03.2009. Disponível em <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e938572d-7979-4f8a-a9e9-415116ac0979&groupId=955023>. Acesso em 05.mai.2014.

¹⁰⁴ HORTA, Lucas Cilli. **O Homem e o Direito à Licença-Maternidade. Análise Principlológica e Teológica da Constituição Federal do Brasil, da Diretiva 96/34 da União Europeia e do Código do Trabalho Europeu**. p. 9645. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_09627_09660.pdf>. Acesso em 14.mai.2014.

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei n.º 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

eventual conclusão contrária ao reconhecimento do direito ao benefício implicaria em manifesta ofensa ao princípio da igualdade.

Nesse diapasão, no ano de 2011, o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São José dos Campos e Região buscou, por meio do dissídio coletivo n.º 0216600-61.2009.5.15.0000¹⁰⁶, a previsão de maiores períodos de licença remunerada para os empregados adotantes, não obtendo, contudo, deferimento para tanto.¹⁰⁷

Em 08 de fevereiro de 2012, a Justiça Federal do Distrito Federal¹⁰⁸ concedeu licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade a um servidor público, cuja esposa havia falecido em virtude de complicações no parto de seu filho.¹⁰⁹ Na sentença, foi ressaltada a responsabilidade de ambos os genitores pela concretização do direito fundamental à proteção da infância e do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta seara, concluiu-se que, nas circunstâncias apresentadas, a despeito de a legislação conceder o direito de gozo da licença-maternidade tão somente às mulheres, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância deviam preponderar sobre a legalidade estrita.

Mais tarde, em 10 de junho de 2013, a Quinta Turma do Tribunal Regional do Federal da 3ª Região decidiu¹¹⁰ pela conversão da licença-paternidade em licença-maternidade equivalente a 120 dias, a um servidor público homossexual que, em conjunto com seu companheiro, obteve guarda de um menor para fins de adoção¹¹¹.

A decisão *a quo* havia indeferido antecipação de tutela deduzida à referida conversão pretendida pelo servidor. O juízo *ad quem*, contudo, considerou que a decisão recorrida importava em grave lesão tanto ao servidor, quanto à criança, a qual se encontrava “impedida

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Dissídio Coletivo n.º 0216600-61.2009.5.15.0000**. Seção de Dissídios Coletivos. Rel. Min. Henrique Damiano. Julgado em 25.07.2011. Disponível em <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=1054057>. Acesso em 01.mai.2014.

¹⁰⁷ HORTA, Lucas Cilli. **O Homem e o Direito à Licença-Maternidade. Análise Princioplógica e Teleológica da Constituição Federal do Brasil, da Diretiva 96/34 da União Europeia e do Código do Trabalho Europeu**. p. 9646. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_09627_09660.pdf>. Acesso em 14.mai.2014.

¹⁰⁸ BRASIL. Justiça Federal do Distrito Federal. **Mandado de Segurança n.º 6965-91.2012.4.01.3400**. 6ª Vara Federal. Juíza Federal Ivani Silva da Luz. Julgado em 08.02.2012.

¹⁰⁹ HORTA, Lucas Cilli. **O Homem e o Direito à Licença-Maternidade. Análise Princioplógica e Teleológica da Constituição Federal do Brasil, da Diretiva 96/34 da União Europeia e do Código do Trabalho Europeu**. p. 9653. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_09627_09660.pdf>. Acesso em 14.mai.2014.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Agravo de Instrumento n.º 0032763-15.2012.4.03.0000**, Quinta Turma, Rel. Des. Federal André Nekatschalow, Julgado em 10.06.2013

¹¹¹ Disponível em <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2012/11/pai-adoptivo-em-uniao-homoafetiva-obtem-licenca-maternidade-em-ms.html>>. Acesso em 10.mai.2014.

do convívio necessário a seu desenvolvimento saudável, em especial nos primeiros meses de vida”. Destacou o Ministro Relator Andre Nekatschalow que, após a ADI n.º 4.277, a qual reafirmou a vedação da discriminação em razão do sexo e da orientação sexual, “deve ser aplicada à união homoafetiva as mesmas regras e princípios da heteroafetiva”.

Ainda no ano de 2013, o Tribunal Superior do Trabalho deferiu cláusula coletiva que estendeu benefícios, já concedidos a companheiros e companheiras pelas empresas, às uniões homoafetivas¹¹². Foi sustentado que os princípios da dignidade humana e da igualdade - utilizados como fundamento da referida decisão¹¹³ - objetivam a equidade de tratamento, a fim de “promover o bem de todos com a extinção do preconceito de origem, gênero ou quaisquer outras formas de discriminação”.

A jurisprudência pátria passou a ponderar a necessidade de se reconstruir seu entendimento quanto à abrangência de aplicação do instituto em comento. Verificou-se que a Constituição, ao assegurar a garantia à licença-maternidade, busca proteger, precipuamente, o desenvolvimento apropriado da criança.

Tal benefício possibilita ao adotado a integração na nova família, auxiliando, outrossim, em sua socialização. Percebeu-se, enfim, que criança adotada merece especial atenção do Estado, não podendo haver distinções de direitos com base no sexo da pessoa que efetuou o processo de adoção. Sendo assim, é inevitável o afastamento do adotante de seu respectivo trabalho, mostrando-se ser perfeitamente possível a equiparação do homem adotante à mulher adotante, haja vista que ambos possuem equivalentes capacidades de cuidar da criança.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou ressaltar os avanços legislativos e jurisprudenciais no que tange à luta por direitos dos casais homoafetivos adotantes. Na medida em que a união entre pessoas do mesmo sexo restou reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, tanto na forma de união estável, como na de casamento, percebeu-se a necessidade de lhes conferir os direitos correspondentes à sua nova condição.

¹¹² Disponível em <<http://goo.gl/sZEQzU>>. Acesso em 10.mai.2014.

¹¹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário n.º 20424-81.2010.5.04.0000**, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa. Julgado em: 09.09.2013.

Do estudo realizado, conclui-se que, não obstante a licença-maternidade ter sido criada, originalmente, como uma garantia constitucional direcionada tão somente às empregadas gestantes, tal benefício foi sendo, gradativamente, aperfeiçoado. De forma positiva, o seu âmbito de abrangência foi ampliado, a fim de se adequar às novas formas de família reconhecidas pela sociedade.

Da análise hermenêutica dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, bem como da não-discriminação, depreendeu-se que estes possuem aplicação prática ao tema em questão.

O princípio da dignidade da pessoa humana se aplica na medida em que a licença-maternidade possibilita ao adotado a sua integração na nova família na qual está ingressando. À esta, por sua vez, cabe a primordial tarefa de garantir o apropriado desenvolvimento da personalidade humana. Portanto, infere-se que privar a criança do convívio familiar equivale a privá-la da própria dignidade.

No que concerne aos princípios da igualdade e da não-discriminação, esses consubstanciam a afirmação de que são injustificáveis atos discriminatórios sem fundamentos objetivos e razoáveis. A não concessão do benefício da licença aos empregados adotantes configura afronta direta a tais princípios, vez que, neste caso, os homens se encontram em condições análogas às mulheres adotantes, não sendo razoável, pois, lhes conferir tratamento distinto.

A extensão da licença às obreiras adotantes, ou que obtivessem a guarda judicial para fins de adoção suscitou indagações acerca da possibilidade e da necessidade da extensão desse direito também aos homens adotantes. Tal questionamento se deu, não somente pelo abandono da ideia conservadora de que cabia somente à mulher a função de cuidar da prole, mas também pela carência de tutela jurídica, até então, vivenciada pelas demais conjunturas familiares existentes. A legislação acabou conferindo tratamento distinto a pessoas que se encontravam na mesma situação jurídica.

Na medida em que, nos casos de adoção, a única razão para a concessão da licença-maternidade é a necessidade de se conferir cuidados especiais ao adotado, a fim de assegurar a este a devida adaptação ao núcleo familiar, não há razões para que o benefício se restrinja somente às mulheres. Nesse sentido, os tribunais, paulatinamente, começaram a decidir em favor da extensão da licença remunerada também aos homens empregados.

Neste contexto, a Lei n.º 12.873/2013, adequando-se ao novo entendimento jurisprudencial, estendeu o benefício da licença-maternidade aos homens adotantes. A

referida alteração legislativa - que se deu tanto no âmbito trabalhista, como no previdenciário - amoldou-se à realidade social, suprimindo uma demanda já existente na sociedade brasileira.

Trata-se de um notável avanço legislativo, sendo uma das maneiras de efetivação da responsabilidade do Estado de propiciar a estrutura necessária para o desenvolvimento do núcleo familiar. É sabido que as primeiras semanas de interação e entrosamento do adotado com sua nova família são, inquestionavelmente, um período decisivo para o futuro de ambos. É inaceitável, portanto, que o fator biológico seja um critério determinante para a concessão do direito ao convívio familiar.

Sendo assim, a lei em comento se mostra suficientemente abrangente no que concerne ao benefício da licença-maternidade, suprimindo as lacunas previamente existentes quanto à concessão desta garantia aos casais homoafetivos, que poderão escolher qual dos cônjuges ou companheiros usufruirá da licença.

Entende-se que este novo dispositivo legal é uma grande conquista, não apenas para os casais homossexuais adotantes, mas também para o homem, tanto na condição de adotante, como de pai biológico, vez que, nesta última hipótese, em caso de morte da genitora, o cônjuge ou companheiro sobrevivente também poderá usufruir do tempo remanescente da licença-maternidade.

Para classe dos empregadores, no entanto, tal alteração não deve ser vista como uma inconveniência. O empregador deverá se adaptar às novas normas, concedendo os benefícios legalmente previstos de maneira adequada.

Ademais, a Lei n.º 12.873/2013 é mais um fator positivo na busca pela justa concorrência entre homens e mulheres no mercado de trabalho. O fato de somente as mulheres serem afastadas do trabalho pelo período correspondente à licença sempre foi um dos motivos de discriminação contra o gênero feminino na disputa por vagas de emprego. Até então, o gênero masculino, não raramente, era preterido em detrimento das mulheres, por não haver o risco de ausência do empregado por tal motivo.

Por derradeiro, aufere-se, do presente trabalho, a importância da adequação jurídica, seja ela positiva ou jurisprudencial, aos moldes da sociedade. Diferentemente desta, que sofre diversas transformações naturalmente, o direito necessita da iniciativa de juristas para sua interpretação e adaptação aos valores do corpo social, a fim de manter sua eficácia no caso concreto.

É a interpretação promovida pelos operadores do Direito que proporciona o ajuste das normas legais à prática, cabendo a esses, portanto, a efetivação da tutela contra a

discriminação fundada em orientação sexual. Observa-se, destarte, a relevância do Poder Judiciário na concretização desses direitos, afastando atos discriminatórios e contrários aos valores da sociedade, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Patrícia Silva de. **As relações homoafetivas e a possibilidade jurídica da adoção no Direito brasileiro**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª edição. São Paulo: LTr, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> . Acesso em: 01.mai.2014.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n.º 5.452**, 01 de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm> Acesso em: 01.mai.2014.

_____. **Lei n.º 6.136**, de 07 de novembro de 1974. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

_____. **Lei n.º 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

_____. **Lei n.º 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

_____. **Lei n.º 10.421**, de 15 de abril de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

_____. **Lei n.º 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: 01.mai.2014.

_____. **Lei n.º 11.770**, de 09 de setembro de 2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

_____. **Lei n.º 12.010**, de 03 de agosto de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

_____. **Decreto n.º 7.052**, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/D7052.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 175**, de 14 de maio de 2013. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>>. Acesso em 01.mai.2014.

_____. **Medida Provisória n.º 619**, de 06 de junho de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Mpv/mpv619.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

_____. **Lei n.º 12.873**, de 24 de outubro de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>. Acesso em: 01.mai.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ**. Pleno. Rel. Min. Ayres Britto, Julgado em: 4 e 5 de maio de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.085.646/RS**. 2ª Seção. Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em: 11.05.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1026981/RJ**, Terceira Turma, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 04.02.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.183.378/RS**. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em: 25.10.2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.º 599075496**. Oitava Câmara Cível. Relator: Breno Moreira Mussi. Julgado em 17.06.1999.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70001388982**. Sétima Câmara Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14.03.2001.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70009550070**. Rel. Des. Maria Berenice Dias. Julgado em: 17.11.2004.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). **Instrução Normativa n.º 25/2000**, de 07 de junho de 2000. Disponível em <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-dc/2000/25.htm>>. Acesso em 01.mai.2014.

_____. Justiça Federal do Distrito Federal. **Mandado de Segurança n.º 6965-91.2012.4.01.3400**. 6ª Vara Federal. Juíza Federal Ivani Silva da Luz. Julgado em 08.02.2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário n.º 20424-81.2010.5.04.0000**, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa. Julgado em: 09.09.2013.

_____. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Processo n.º CSTJ 150/2008-895-15-00.0**. Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula. Julgado em 27.03.2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Dissídio Coletivo n.º 0216600-61.2009.5.15.0000**. Seção de Dissídios Coletivos. Rel. Min. Henrique Damiano. Julgado em 25.07.2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Agravo de Instrumento n.º 0032763-15.2012.4.03.0000**, Quinta Turma, Rel. Des. Federal André Nekatschalow, Julgado em 10.06.2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012.

DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito das famílias**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 3ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

HORTA, Lucas Cilli. **O Homem e o Direito à Licença-Maternidade. Análise Principiológica e Teleológica da Constituição Federal do Brasil, da Diretiva 96/34 da União Europeia e do Código do Trabalho Europeu**. Disponível em < http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_09627_09660.pdf>. Acesso em 14.mai.2014.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 26.abr.2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

REIS, Renata Olandim; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Da possibilidade de concessão da licença-maternidade aos pais solteiros e casais homossexuais masculinos**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c215b446bcd956d>>. Acesso em 26.abr.2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 e 2012.

_____. **Curso de direito constitucional/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero** - 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.