



**Direitos Humanos,
Ética e Dignidade**

18 a 24 de outubro de 2015

LICENÇA MATERNIDADE PARA CASAIS HOMOAFETIVOS: A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DANDO NOVOS RUMOS AO DIREITO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

Matheus Felipe de Souza Costa¹
Nágila Maria Sales Brito²

RESUMO

O presente trabalho científico visa demonstrar e possibilitar maior compreensão da luta social mantida pelo movimento ativista LGBTTTTI (*Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexuais*), no que tange à obtenção dos direitos sociais, trabalhistas, previdenciários, e, em especial, do benefício da licença-maternidade e licença-paternidade por casais homoafetivos, tendo em vista que a concessão de determinadas garantias trabalhistas interfere diretamente no desenvolvimento da família homoafetiva quanto à filiação e à adequação da criança no seio desta nova concepção de entidade familiar.

Palavras-chave: Homoafetivo. Gay. Licença. Maternidade. Paternidade. Trabalhista. Previdenciário. Filiação.

ABSTRACT

This scientific work aims to demonstrate and enable greater understanding of the social struggle maintained by the activist movement LGBTTTTI (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Transsexual, Transgender and Intersex), regarding the achievement of social rights, labor, social security, and particular, the benefit of maternity leave and paternity leave by homosexual couples, given that granting of certain labor guarantees interfere directly in the development of homoafetiva family regarding the membership and the adequacy of the child within this new concept of family unit.

Keywords: Homoafetivo; Gay; license; maternity; parenthood; labor; social security; Affiliation.

1 INTRODUÇÃO

A família homoafetiva sempre existiu, sendo o seu reconhecimento social anterior ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o Direito se adequa à sociedade, e, desta forma, é possível concluir que o órgão Supremo do Poder Judiciário somente possibilitou o

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSal.

² Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e Professora Titular da Universidade Católica do Salvador – UCSal.



casamento civil, permitindo a sua regulamentação, diante da insegurança e falta de motivação do Poder Legislativo, assegurando mais direitos à união homoafetiva. Vale ressaltar que os homossexuais sempre foram sujeitos de direito, tendo em vista não somente a sua capacidade civil e contributiva, mas também visualizando o ser humano e cidadão repleto de dignidade.

Com a ruptura do modelo heterossexual, paradigma da sociedade hierarquizada, iniciou-se um novo ciclo de reconsiderações e reconhecimentos, atendendo os anseios sociais, ao modelo capitalista, que teme a construção da sociedade paralela. A constituição das famílias homoafetivas, posterior ao seu “reconhecimento como entidade familiar”, possibilitou a oportunidade de filiação, por meio de adoção ou reprodução assistida (útero solidário), permitindo ao casal do mesmo sexo a capacidade de ser representante legal do menor e até ter um filho biológico (pelo menos um dos partícipes da relação, que poderá doar o sêmen ou óvulo).

A necessidade jurídica de amoldar-se ao novo contexto social havido com a formação e o reconhecimento da família homoafetiva torna-se imprescindível, tendo em vista também a abertura havida para a constituição de filiação, e neste íterim deve ser assegurado o fortalecimento dos laços familiares, que serão formalizados por intermédio da adequação dos infantes à família, de maneira digna, assim como atendendo ao melhor interesse do menor, na medida em que a crise social que influencia o crescimento da violência, circunda meandros da educação familiar dos indivíduos para o convívio social.

A inserção do menor na dinâmica familiar necessita de tempo para adaptação e adequação ao novo ambiente. Neste sentido, a licença maternidade, denominação com resquícios de machismo e segregação de gênero, é uma modalidade de benefício previdenciário que possibilita a disponibilidade do representante legal, por um lapso de tempo para realizar com destreza, paciência e dignidade a inserção da sua prole ao ambiente social familiar.



Direitos Humanos, Ética e Dignidade

18 a 24 de outubro de 2015

O casal homoafetivo, como entidade familiar, também necessita de tempo para recepcionar o novo membro no convívio familiar. A doutrina, assim como a jurisprudência, demonstra não haver diferença lógica entre a possibilidade de deferimento do benefício da licença natalidade para os diferentes tipos de entidades familiares, na medida em que o casal homoafetivo constitui laço de filiação idêntico ao havido na família heterossexual e sua prole, sendo o benefício, naquele caso, condicionado ao princípio da dignidade humana e ao princípio de proteção integral do menor.

Dr^a Maria Berenice Dias foi a doutrinadora que iniciou a visibilidade da “homoafetividade”³, denominação criada para proporcionar tratamento digno ao casal homossexual, possibilitando a luta pelos direitos e tratamento socialmente justo na medida das desigualdades.

Discorrer sobre o tema é necessário para assegurar a manutenção e ampliação dos direitos sociais referentes às uniões homoafetivas, uma vez que a Previdência Social ainda não possui regulamentação expressa para a atribuição de benefícios às novas entidades familiares. A luta para o reconhecimento, consolidação e ampliação dos direitos LGBTTTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexuais) é meta contínua e atual, na medida em que a sociedade ainda mantém resquícios de machismo e discriminação em sua estrutura social e política, que cerceia os direitos das minorias gerando insegurança jurídica e processual. Dessa forma, por se tratar de tema pouco explorado no direito brasileiro, busca-se suporte fático na doutrina e na jurisprudência para fazer com que a sociedade se torne mais justa e igualitária.

³ DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva, o Preconceito e a Justiça. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.



2 A LUTA DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS PELO DIREITO À DIGNIDADE NA CONSTRUÇÃO DA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO.

A singularidade homoafetiva sempre esteve presente em todas as manifestações sociais, havendo relatos desde a época denominada como clássica. Naquela época, a homoafetividade obteve a compreensão igualada às manifestações da sexualidade humana inata, não havendo pressupostos de discriminação ou ostracismo social quanto à forma como os indivíduos se relacionassem sexual e afetivamente.

O reconhecimento jurídico dos direitos dos homossexuais estabeleceu novo paradigma a ser buscado pelo recém-formado ativismo LGBTTTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexuais) que nasceu diante da maior e mais significativa mobilização em prol do tratamento do vulgarmente denominado "câncer gay" - o vírus HIV gerador da AIDS, o ativismo gay foi chamado "Crise na saúde dos homens gays" - "GMHC" - "Gay Men's Health Crisis", formado em 1981/1982, nos Estados Unidos⁴. O ativismo gay foi vital para o nascimento dos direitos homoafetivos, mesmo tendo nascido em meio à crise de saúde, obtendo êxito na empreitada depreendida.

O início do movimento ativista gay no Brasil foi o marco da visibilidade da comunidade homoafetiva como composição da população e sujeitos de direitos. A mobilização e movimentação ativista gay estão sendo essencial para o estabelecimento de direitos e a expansão das possibilidades de convivência harmônica entre os indivíduos homoafetivos, gerando, dessa forma, heterodiscordância, numa sociedade heteronormativa, viabilizando, assim, a inserção da dinâmica homoafetiva no direito brasileiro.

⁴ MURPHY, Ryan. PITT, Brad. RUFFALO, Mark. LORETO, Dante Di. KARMER, Larry. *The Normal Heart*. [Filme-vídeo]. Produção de Ryan Murphy e Brad Pitt. Coprodução de Mark Ruffalo. Produção Executiva de Dante Di Loreto. Direção de Ryan Murphy. Roteiro original de Larry Karger. Estados Unidos da América (EUA): HBO Premiere Films, 2014. 1 DVD (132 min), Longa-metragem. Color. Som.



Não se pode argumentar sobre a "homoafetividade" e a luta para o reconhecimento de direitos dos cidadãos homossexuais sem mencionar Maria Berenice Dias, Mestre e Pós-graduada em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, Fundadora e Vice-presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM e Presidente da Comissão da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, criadora da red denominação mais digna das relações entre pessoas de mesmo sexo, constituída pelo neologismo "homoafetivo", palavra criada a partir da primeira edição da obra "União homossexual: o preconceito e a justiça", do ano de 2000, com o intuito de destruir as barreiras do preconceito, formalizando a compreensão dos vínculos afetivos que constituem quaisquer família, sem que seja pressuposto a identidade dos parceiros, possibilitando à justiça outro olhar em relação à união homossexual.

A composição de pequenas vitórias judiciais foi instruindo a ampliação da jurisprudência em favor do reconhecimento dos direitos aos cidadãos LGBTTTTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexuais), ocasionado novas perspectivas, como o reconhecimento da entidade familiar homoafetiva em todos os âmbitos sociais, formalizando a obtenção de direitos sociais e trabalhistas atrelados à entidade familiar.

Considerando as questões decididas em Cortes Superiores, conforme as jurisprudências relevantes registradas por Maria Berenice em sua obra (2013), as quais ocasionaram o posterior reconhecimento da União Estável entre pessoas do mesmo sexo, merece destaque a seguinte jurisprudência: "Data do ano de 1998 a primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ que, afirmando a existência de sociedade de fato, assegurou ao parceiro homossexual a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, a depender de prova de mútua colaboração".⁵ Neste sentido, o Tribunal consagrou ao relacionamento homoafetivo um dos pressupostos básicos da

⁵ STJ, REsp 773.136-RJ, 3ª T., Rel. Min., Nancy Andrighi, j. 10/10/2006; STJ, REsp 648.763-RS, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07/12/2006.



partilha havida no âmbito da união estável, qual seja a metade dos bens adquiridos na constância da união, em esforço comum.

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal acolheu duas ações declaratórias de inconstitucionalidade, ADI 4.277 e ADPF 132, que teve como Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, as quais visavam reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar com os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis. A abertura do judiciário, por intermédio das jurisprudências realizadas em outros tribunais brasileiros favorecendo a atribuição de direitos à comunidade LGBTTTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexuais), foi vital para que o Supremo Tribunal Federal pudesse decidir, à unanimidade, em prol do reconhecimento da entidade familiar homoafetiva, assim como atribuir a esta o status de União Estável com possibilidade de conversão para casamento, tendo esta decisão a eficácia "Erga omnes" e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme § 2º do artigo 102 da Constituição Federal.

Em 2012, através do julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça⁶, foi conquistada a possibilidade de habilitação direta para casamento, sendo prescindível a celebração anterior de união estável entre os nubentes do mesmo sexo. Isto ocorreu conforme a análise da ampliação do conceito de entidade familiar, uma vez que a omissão da legislação não pode servir de obstáculo para a conversão da união estável em casamento, na medida em que o Estado confere proteção especial à família, sendo possível o pedido jurídico, por não existir vedação explícita do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Do mesmo modo devem ser respeitados os princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e o pluralismo e livre planejamento familiar.

⁶ TJRS, AC 70048452643, 8.ª C. Cív. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/09/2012.



Direitos Humanos, Ética e Dignidade

18 a 24 de outubro de 2015

A lei 11.340 de 2006, também denominada Lei Maria da Penha, inseriu no sistema legal um novo conceito de família, o qual independe do sexo dos parceiros, reconhecendo o caráter familiar das uniões homoafetivas, na medida em que o “parágrafo único do art. 5º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar⁷”. Apesar de esta lei apenas defender os direitos das mulheres no âmbito doméstico, também consagrou a ideia de que a entidade familiar não pode ser construída a partir da lei, e sim, por vontade autônoma das pessoas envolvidas no relacionamento.

A luta das famílias homoafetivas continua. Mesmo com a existência de vitórias no âmbito judicial e extrajudicial, a omissão legislativa motivada pela ignorância é um dos piores efeitos do preconceito, a qual, mesmo ainda latente no congresso e casas legislativas brasileiras, não formaliza grande impedimento para a atribuição de direitos sociais e fundamentais para a comunidade LGBTTTTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexuais), tais como foram evidenciados acima.

A filiação existente nas uniões homoafetivas é consequência dos direitos ao casamento, assim como o reconhecimento da entidade familiar no âmbito jurídico e social. A geração de sua prole, assim como a criação de laço de filiação, no caso dos casais homoafetivos, se dá por três formas, sendo estas: a adoção; a concepção normal ou natural, isto diante do homossexual feminino; e a perspectiva do útero solidário, uma vez que inexiste a possibilidade de barriga de aluguel no âmbito do direito brasileiro.

A adoção é um ato jurídico, no qual há a criação do vínculo “fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica⁸”,

⁷ . ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento Legal do conceito moderno de família: art. 5º, II, parágrafo único, da Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha)*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM. Síntese, n. 39, p. 131-153.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª Ed. Rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, pg. 297.



sendo também um parentesco eletivo, dependente do ato de vontade autônoma das partes adotante e adotado.

O instituto da adoção persevera pelo cumprimento do princípio de melhor interesse do menor, assim como o assegurado direito à convivência familiar, consagrado no artigo 1º da Lei 12.010 de 2009 e no artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais estabelecem, também, que a adoção deverá ser fundada em motivos legítimos, estando dentre estes a possibilidade real de vantagens para o adotado.

A concepção natural, ou normal, havida no âmbito da família heterossexual, assim como no âmbito da família homoafetiva feminina, gera laços de filiação instantâneos, assim como atribuem direitos à licença maternidade, porém no caso da parceira que não concebeu a prole, esta fica passível do melhor entendimento do ente administrativo, para atribuir-lhe a licença paternidade para acompanhamento de sua cônjuge. Ainda na hipótese homoafetiva, o laço socioafetivo da filiação entre o filho e a parceira que não o concebeu ficará, em caso de não casamento anterior, ou de união estável formalizada, atrelada ao reconhecimento posterior, que poderá ser feito pela adoção.

O útero solidário é uma modalidade ainda nova no âmbito do direito. Esta perspectiva de filiação existente na sociedade ocorre no âmbito da família heterossexual, assim como na família homoafetiva, possibilitado, neste caso conforme a atualização da tecnologia de inseminação artificial, sendo a tratativa acerca da solidariedade prestada e formalizada através da predisposição da mulher que possui grau de parentesco, tal como irmã, prima ou mãe, que possa ter gestação em favor de outro casal ou mulher.

Uma das conceituações da “Barriga solidária” compreende como o ato de alguém, do sexo feminino e com saúde para gestar, emprestar de maneira gratuita o seu útero para gerar filho em favor de outrem, ou de outro casal.



Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald aduzem conceito similar, quando na análise da questão concernente a filiação decorrente de gestação em útero alheio, qual seja:

A gestação em útero alheio ou gestação por outrem (surrogate mother para os ingleses) é a técnica utilizada pela Ciência Médica para permitir que uma paciente, biologicamente impossibilitada de gestar ou de levar a gravidez até o final, possa ter um filho – resultante de fecundação com o seu óvulo – gestado em útero de terceira pessoa⁹.

Neste sentido, cabe informar, ainda, que a formalização possível referente à presunção de paternidade na fertilização heteróloga, o qual seria o caso de gestação utilizada por casais homoafetivos masculinos, gera laço de filiação inquestionável em referência aos laços biológicos, inerentes à doação de material genético:

Na fertilização heteróloga, a anuência do marido assume enorme relevância, funcionando como uma espécie de reconhecimento prévio de filho ou como uma adoção antenatal”. “Enfim, é o caso típico de filiação socioafetiva, não se admitindo, via de consequência, a impugnação da paternidade, com base em prova pericial biológica, pois o vínculo paterno-filial se formou no instante em que se concedeu a aquiescência ao procedimento fertilizatório¹⁰.

No entendimento de Debora Mey Pelegrim “Há várias regras no Brasil para a utilização da "barriga de aluguel – barriga solidária", que são regulamentadas pela Resolução n° 1.957/2010, umas delas é a proibição de cobrar aluguel do útero¹¹”.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito de Famílias. 3ª Ed. rev., ampl. e atual. de acordo com: as Emendas Constitucionais 64/10, 65/10 e 66/10 (Emenda Constitucional do Divórcio) e com as Leis n.º12.318/10(que dispõe sobre a alienação parental) e 12.344(que alterou a regra sobre o regime de separação obrigatória de bens)* –Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011,cit. pág.572.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito de Famílias. 3ª Ed. rev., ampl. e atual. de acordo com: as Emendas Constitucionais 64/10, 65/10 e 66/10 (Emenda Constitucional do Divórcio) e com as Leis n.º12.318/10(que dispõe sobre a alienação parental) e 12.344(que alterou a regra sobre o regime de separação obrigatória de bens)* –Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011,cit. pág.603.

¹¹ PEREGRIM, Debora Mey. *Barriga Solidária x Barriga de Aluguel. Site Conteúdo Jurídico. Disponível em:< <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,barriga-solidaria-x-barriga-de-aluguel,46335.html>> Data de acesso: 21. maio. 2015.*



**Direitos Humanos,
Ética e Dignidade**

18 a 24 de outubro de 2015

Na perspectiva médico-legal, em referência à adequação da gestação solidária como forma de obtenção da filiação na união homoafetiva, o Conselho Federal de Medicina concretizou a permissibilidade através da resolução n.º 2.013/13 “*é permitido o uso de técnicas de Reprodução Assistida para relacionamentos homoafetivos. Todavia estes procedimentos deverão ser realizados em clínicas especializadas que detenham a autorização do Conselho Federal de Medicina.*”¹²”.

No caso da barriga solidária, a licença “maternidade” seria atribuída a um dos componentes do casal ou responsável legal, ao qual seria destinada a filiação da criança gerada através do procedimento artificial, sendo este procedimento adequado para atender ao princípio de melhor interesse do menor combinado com a proteção integral ofertada ao mesmo.

A licença seria atribuída, neste sentido, para todas as modalidades de obtenção e formalização da entidade familiar, seja esta homoafetiva, heteroafetiva ou monoparental, na qual encontrássemos a criação da filiação, tendo em vista que este benefício atende não somente ao nascimento ou a mulher, mas também análogo à complexidade que perpassa os critérios de integral proteção à criança, melhor interesse do menor e dignidade da pessoa humana, princípios que ampliam os requisitos dos beneficiários visando unicamente fortalecer e assegurar os seus direitos.

3 LICENÇA-MATERNIDADE: A MEDIDA ENTRE EQUIDADE E JUSTIÇA.

O Ministério do Trabalho e Emprego define a licença-maternidade como:

¹² PEREGRIM, Debora Mey. *Barriga Solidária x Barriga de Aluguel*. Site Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,barriga-solidaria-x-barriga-de-aluguel,46335.html>> Data de acesso: 21. maio. 2015.



Direitos Humanos, Ética e Dignidade

18 a 24 de outubro de 2015

Licença maternidade (ou licença-gestante) é benefício de caráter previdenciário, introduzido pela CF de 1998 (art.7º, XVIII), que consiste em conceder, à mulher que deu à luz. Licença remunerada de 120 dias.¹³

O benefício em entendimento *stricto sensu* fica adstrito ao gênero feminino somente acerca do fato gerador “parto ou sua iminência”, na medida em que esse é um fato unicamente realizado através do potencial gestacional do gênero feminino.

A definição de salário-maternidade conforme o Ministério da Previdência Social:

O salário-maternidade é o benefício a que tem direito as seguradas empregadas, empregadas domésticas, contribuinte individual e facultativa, por ocasião do parto, da adoção ou da guarda judicial para fins de adoção. A Previdência Social não exige carência para conceder esse benefício¹⁴.

A adoção é instituto do Direito de Família, consagrado na Constituição Federal Brasileira de 1988, nos §§ 5º e 6º do artigo 227, tendo seu procedimento disciplinado pelo Código Civil nos artigos 1.618 até 1.629. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) também trata da adoção em seus artigos 39 até 52 e 165 até 170, nestes a principal finalidade é fornecer proteção ao menor que será inserido no seio da família, visualizando a fragilidade da criança e do adolescente, devendo a atribuição de família substituta atender ao melhor interesse para o adotado.

O entendimento de igualdade entre os filhos ditos “legítimos” e os filhos adotados, possibilitou a discussão nos tribunais no tocante à obtenção da licença maternidade em prol das mães adotivas:

“Muitas discussões surgiram no tocante ao direito à licença-maternidade da mãe adotiva nos tribunais pátrios, pois para ser

¹³ Ministério do Trabalho e Emprego. Dúvidas Trabalhistas / Licença Maternidade. Disponível em: < <http://portal.mte.gov.br/ouvidoria/licenca-maternidade.htm> > Acesso em: 15 de Jun. 2015.

¹⁴ Ribeiro, Fabiana Dali Oglio. Aichele, Rosimary Oslanski Monteiro. Direitos dos homoafetivos à luz – São Paulo: LTr, 2010, cit. Pág. 64.



Direitos Humanos, Ética e Dignidade

18 a 24 de outubro de 2015

efetivamente justa a lei deveria considerar como mãe não apenas aquela que gera a criança, mas de igual forma aquela que a adota e que necessariamente precisa transmitir os cuidados iniciais a esta criança, assim como a mãe biológica”¹⁵.

A criação de uma lei específica que formalizasse o entendimento havido que igualava a filiação, advinda ou não da adoção, simplesmente possibilitou a adequação do direito à licença-maternidade para “mãe” adotante.

“A lei trabalhista recebeu a tutela do salário-maternidade para as mães adotivas por meio da Lei n.º 10.421, de 2002, a qual estabeleceu os mesmos direitos concernentes à mãe biológica no que diz respeito à licença e ao salário-maternidade”.¹⁶

Neste ínterim, verifica-se a possibilidade da atribuição da licença-maternidade apenas para a mãe adotante, porém, verifica-se que ao tempo desta norma não havia posicionamento sobre as uniões estáveis entre casais homoafetivos, assim como sobre a adoção apenas por um membro da família – monoparentalidade. Dessa forma, a razoabilidade determinada a partir desta norma, somente disciplinou a situação da adoção pela mãe, sem atentar para a abertura de possibilidade para novas formações familiares.

Com o advento da Lei n.º 12.873, de 24 de outubro de 2013, que alterou alguns dispositivos da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), permitindo a aplicação, no que couber dos dispositivos, também alterados, artigo 392-A (Licença-maternidade para adotante) e artigo 392-B (caso de morte do beneficiário da licença, procedimento de transferência ao cônjuge sobrevivente), ao empregado que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção, através do artigo 392-C.

As alterações trazidas pela Lei n.º 12.873/13 possibilitou ao pai adotante a obtenção da licença, vez que a via judicial estava sendo utilizada em larga escala por pais que buscavam o reconhecimento do seu direito ao benefício da licença-maternidade e salário-maternidade, que fora negado pela Previdência

¹⁵ Ribeiro, Fabiana Dali Oglio. Aichele, Rosimary Oslanski Monteiro. Direitos dos homoafetivos à luz – São Paulo: LTr, 2010, cit. Pág. 68.

¹⁶ Ribeiro, Fabiana Dali Oglio. Aichele, Rosimary Oslanski Monteiro. Direitos dos homoafetivos à luz – São Paulo: LTr, 2010, cit. Pág. 68.



Social, em razão do gênero descrito na lei fria, dessa maneira utilizando como pressuposto para o êxito da demanda, o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal, o qual veda qualquer tipo de discriminação, demonstrando de maneira clara que a destinação do benefício negado somente pela taxatividade em relação ao gênero, é desproporcional e injusta.

A ampliação dos direitos inerentes à licença-paternidade, assim como a licença-maternidade, entra em destaque devido à mutabilidade das relações familiares, uma vez que o tempo inferior havido em razão do gênero não corresponde ao princípio da igualdade e isonomia, tendo em vista que a representação do parceiro ou do pai é relevante para o crescimento saudável da família. Nesta seara, a organização não governamental, “INSTITUTO PAI”, visando proteger os direitos de igualdade e justiça inerentes à licença-paternidade e à licença-maternidade que pode ser atribuída ao pai solteiro, ao pai em relação heterossexual, assim como ao parceiro homoafetivo.

O “Instituto PAI” estabeleceu campanha com intento de promover a renovação da licença-paternidade a partir da analogia da licença-maternidade, tendo em vista a injustiça havida em discriminar o indivíduo através do gênero, inserindo nesta dinâmica a relação homoafetiva, em relação ao parceiro que será beneficiário da outra licença:

Por isso, a organização não governamental Instituto Papai lançou a campanha “Dá licença, sou pai!”, que tem o objetivo de equiparar a licença paternidade com a licença maternidade. De acordo com Ricardo Castro, coordenador geral do instituto, a disparidade entre as licenças causa a falsa impressão de que as mulheres são as únicas cuidadoras das crianças. “Buscamos garantias legais para o homem estar mais tempo em casa”, defende. Além disso, Ricardo ressalta a necessidade da licença-paternidade se estender a outras formações de famílias, como o pai solteiro e o casal homossexual.¹⁷

¹⁷ RAMOS, Bruna. Licença-paternidade de cinco dias destoa da configuração atual de família. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/infantil/para-pais/2013/08/licenca-paternidade-de-cinco-dias-destoa-da-configuracao-atual-de-familia>> Data de acesso: 15 de Jun. de 2015



**Direitos Humanos,
Ética e Dignidade**

18 a 24 de outubro de 2015

O critério de validade jurídica da correlação realizada pelo Instituto PAI para promover a igualdade ou similaridade entre a licença-maternidade e licença-paternidade, formalização vital da atribuição dessa similaridade para os parceiros no âmbito da relação homoafetiva.

Logo, não somente os requisitos para a atribuição da licença-maternidade devem ser revistos, visando ampliar o horizonte desse direito social, visualizando o melhor interesse da criança e do adolescente, e a proteção da mesma, assim como o tempo de licença-paternidade deve ser adequado para a formação familiar em progressão evolutiva contínua, visando atender ao pai solteiro, ao casal homoafetivo e ao casal heteroafetivo, que buscam construir e ampliar a sua família através da prole.

4 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE.

A família homoafetiva entra em pauta como entidade familiar, graças ao julgamento das ADI 4.277 e ADPF 132 do STF, o qual, como informado em capítulo anterior é o marco que possibilitou o reconhecimento da união estável homoafetivo e, posteriormente, a sua conversão facilitada para casamento.

O reconhecimento do casamento homoafetivo abriu a possibilidade para a obtenção dos direitos igualitários aos casamentos heterossexuais, tais como a adoção em conjunto, inserção como beneficiário de plano de saúde entre os cônjuges, direitos sucessórios, registro da união em cartório, entre outros.

A família homoafetiva em referência ao direito à licença-maternidade e salário-maternidade logra êxito, diante da atribuição, tendo em vista que a alteração gerada pela Lei n.º 12.873/13 possibilitou a atribuição da licença para o gênero masculino, dessa forma, atribuindo, também, a possibilidade da adoção desta medida em relação à família homoafetiva masculina, na medida em que o fator de gênero não impedia a obtenção do benefício pela família homoafetiva feminina, porém esta anteriormente seria somente considerada como ente individual, comportando, atualmente, posteriormente ao reconhecimento da família homoafetiva como ente familiar adotando, a escolha entre qual dos componentes do casal seria o beneficiário da licença-maternidade e qual seria o beneficiário da licença-paternidade.



A filiação havida no âmbito da relação homoafetiva se realizaria através da concepção natural, isto em relação à união homoafetiva feminina, barriga solidária e adoção. Neste, qualquer que seja a concretização do laço afetivo de filiação seria pressuposto para adquirir a licença-maternidade e licença-paternidade, assim como o salário-maternidade.

5 CONCLUSÃO

O direito brasileiro previdenciário e trabalhista, ainda se adapta ao decorrer da evolução social, uma vez que a sociedade e as relações havidas nesta evoluem rapidamente, sem a necessidade de regulamentação num primeiro plano, sendo necessária a normatização quando instado a adquirir direitos no plano coletivo.

A luta por direitos propiciou a recente decisão em prol dos cidadãos homoafetivos acerca da formação de famílias e o direito ao reconhecimento social e juridicamente da relação matrimonial e seus efeitos. A consideração da união homoafetiva como entidade familiar abriu a porta para a inserção de novos direitos a serem reivindicados a partir do ativismo social gay.

O ideal para atender a dignidade da família buscada, não somente pelos casais homoafetivos, mas também pelos casais heteroafetivos, infere a necessidade de novos rumos ao direito trabalhista, assim como ao direito previdenciário, na medida em que os direitos sociais servem para resguardar a sociedade, a qual evolui rapidamente, sendo no caso da licença-maternidade e da licença-paternidade vital para resguardar os direitos da criança e adolescente, atendendo aos princípios de melhor interesse do menor, proteção integral da criança e do adolescente e dignidade da pessoa humana, os quais são importantes e basilares para o fortalecimento da família.

A família homoafetiva, após seu reconhecimento jurídico, está habilitada para reivindicar sua ampliação e concretização no âmbito social, portando direitos igualitários aos casais heteroafetivos, todavia, contendo as proporcionalidades equacionadas a cada caso específico, porém essa proporcionalidade deve ser regida por lei, ou através de jurisprudência, visto que o Legislativo, ainda



omisso, “delega” situações de expansão e evolução de direitos sociais ao Judiciário, havendo este de promover a igualdade social necessária.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento Legal do conceito moderno de família: art. 5º, II, parágrafo único, da Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha). Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM. Síntese, n. 39, p. 131-153.*

DIAS, Maria Berenice (org.). *DIVERSIDADE SEXUAL E DIREITO HOMOAFETIVO*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª Ed. Rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias. [...] 2013, pg. 212.* (TSE, REsp Eleitoral 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/10/2004).

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito de Famílias. 3ª Ed. rev., ampl. e atual. de acordo com: as Emendas Constitucionais 64/10, 65/10 e 66/10 (Emenda Constitucional do Divórcio) e com as Leis n.º 12.318/10 (que dispõe sobre a alienação parental) e 12.344 (que alterou a regra sobre o regime de separação obrigatória de bens) – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.*

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade 2 - O Uso dos Prazeres*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Revisão técnica de José Gulhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

Ministério do Trabalho e Emprego. *Dúvidas Trabalhistas / Licença Maternidade*. Disponível em: < <http://portal.mte.gov.br/ouvidoria/licenca-maternidade.htm> > Acesso em: 15 de Jun. 2015.

MURPHY, Ryan. PITT, Brad. RUFFALO, Mark. LORETO, Dante Di. KARMER, Larry. *The Normal Heart*. [Filme-vídeo]. Produção de Ryan Murphy e Brad Pitt. Coprodução de Mark Ruffalo. Produção Executiva de Dante Di Loreto. Direção de Ryan Murphy. Roteiro original de Larry Karger. Estados Unidos da América (EUA): HBO Premiere Films, 2014. 1 DVD (132 min), Longa-metragem. Color. Som

PEREGRIM, Debora Mey. *Barriga Solidária x Barriga de Aluguel. Site Conteúdo Jurídico*. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,barriga-solidaria-x-barriga-de-aluguel,46335.html> > Data de acesso: 21. maio. 2015.

RAMOS, Bruna. *Licença-paternidade de cinco dias destoa da configuração atual de família*. Disponível em: < <http://www.abc.com.br/infantil/para-pais/2013/08/licenca-paternidade-de-cinco-dias-destoa-da-configuracao-atual-de-familia> > Data de acesso: 15 de Jun. de 2015.



Direitos Humanos, Ética e Dignidade

18 a 24 de outubro de 2015

RIBEIRO, Fabiana Dali Oglio. Aichele, Rosimary Oslanski Monteiro. Direitos dos homoafetivos à luz – São Paulo: LTr, 2010.

STJ, REsp 773.136-RJ, 3ª T., Rel. Min., Nancy Andrighi, j. 10/10/2006; STJ, REsp 648.763-RS, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07/12/2006.

TJRS, AC 70048452643, 8.ª C. Cív. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/09/2012.