POSSIBILIDADES DA LICENÇA PARENTAL PARA PAIS ADOTIVOS EM UNIÕES HOMOAFETIVAS

POSSIBILITIES OF THE PARENTAL LEAVE TO ADOPTIVE PARENTS IN SAME-SEX UNIONS

Felipe Laurêncio de Freitas Alves[1]

Eduardo Fabrício Segadilha Carvalho[2]

Paulo Fernando Soares Pereira[3]

DATA DE RECEBIMENTO: 20/05/2020
DATA DE APROVAÇÃO: 03/07/2020

RESUMO: O presente artigo objetiva ponderar a praticabilidade do enquadramento dos pais adotivos em casamentos ou uniões estáveis homoafetivas na concessão de licenças parentais, a partir da atividade judiciária e administrativa, com base nas leis trabalhistas em vigor, pretendendo, assim, entender quais as possibilidades e entraves da legislação brasileira para a concretização desse direito. A metodologia utilizada é desenvolvida a partir de uma pesquisa exploratória, bem como análise de conteúdo, considerando a necessidade de revelar as entrelinhas e verificar eventuais (in)compatibilidades e (des)conformidades constitucionais, veladas nas formas que revestem a atividade interpretativa dos órgãos do Poder Judiciário, à luz da sociologia reflexiva. Utiliza-se, para isso, da análise da legislação nacional e internacional de proteção dos direitos civis e trabalhistas homoafetivos, de jurisprudências ligadas a uma visão mais atualizada do Direito das Famílias e de breve pesquisa comparativa do direito nacional ao enfrentamento do tema em outros países, tudo isto ligado à opinião de juristas sobre a possibilidade de ressignificação das licenças-maternidade e paternidade com ou sem atualização legislativa. Conclui que não pode haver distinção entre as licenças parentais para pais biológicos e adotivos, o que, combinado com decisões mais recentes de tribunais brasileiros, confirma que também não pode haver distinção na concessão de licença parental em razão da forma de organização familiar, não havendo vedação legal para que o direito de licença se estenda para casais homoparentais.

ABSTRACT: This article aims to consider the feasibility of adopting parents in marriages or stable same-sex unions when granting parental leave, from the judicial and administrative activity, based on the current labor laws, aiming, therefore, to understand the possibilities and obstacles of Brazilian legislation for the concretization of this right. The methodology used is developed from exploratory research, as well as content analysis, considering the need to reveal the lines and

[1]Graduando do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) e membro do Grupo de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais (NUPECC/UFMA). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6441251425496144. Contato: felipelaurencio@hotmail.com

[2]. Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e membro do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa em Direito de Internet da Universidade Estadual do Maranhão (NIPEDI-UEMA). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9412364794125016 Contato: edsegadilha10@outlook.com

[3] : Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1298845944444301 Contato: paulofsp1983@gmail.com

check eventual constitutional (in)compatibilities and (un)conformities, veiled in the forms that cover the interpretative activity of the Judiciary organs, in the light of reflexive sociology. For this purpose, it uses the analysis of national and international legislation for the protection of homoaffective civil and labor rights, jurisprudence linked to a more up-to-date view of Family Law and a brief comparative survey of national law to face the issue in other countries, all of this linked to the opinion of jurists on the possibility of re-signifying maternity and paternity leave with or without legislative update. It concludes that there can be no distinction between parental leave for biological and adoptive parents, which, combined with more recent decisions of the Brazilian courts, confirms that there can also be no distinction in the grant of parental leave due to the form of family organization, with no legal prohibition for the right to parental leave to be extended to same-sex couples.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Conceito de família. Uniões homoafetivas. Família homoparental. Licença adotante.

KEYWORDS: Human rights. Family concept. Homoaffective unions. Homoparental Family. Adoption leave.

INTRODUÇÃO

No Brasil, percebe-se, nos últimos anos, uma maior proteção dos direitos humanos da comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais (LGBTI+), principalmente no que diz respeito aos seus direitos civis, pela adoção dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos pela Constituição da República, e, principalmente, pela atuação interpretativa do Supremo Tribunal Federal (STF).

Direitos como a união estável e o casamento homoafetivos, a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo e questões mais atuais, como a concessão de licença-maternidade para a mãe não-gestante em união estável homoafetiva foram reconhecidos.

Problematizando tais questões, tentar-se-á, aqui, tratar de uma das consequências jurídicas da homoparentalidade no Direito do Trabalho, a saber, a possibilidade de concessão de licença de adoção para casais homoafetivos.

Buscou-se compreender quais as possibilidades e entraves da legislação brasileira para a concretização desse direito aos pais e mães não-biológicos em uniões homossexuais.

Dessa forma, com este artigo, objetiva-se ponderar a praticabilidade do enquadramento dos pais adotivos em casamentos ou uniões estáveis homoafetivas

na concessão de licenças parentais a partir da atividade judiciária e administrativa, com base nas leis previdenciárias, administrativas e trabalhistas em vigor.

Em conformidade com a problematização levantada e os objetivos expostos, utilizou-se da abordagem qualitativa, a partir de uma pesquisa exploratória, bem como análise de conteúdo, considerando a necessidade de verificar eventuais (in)compatibilidades e (des)conformidades constitucionais veladas nas formas que revestem a atividade das Instituições estatais.

Para a operacionalização das técnicas e verificação de suas viabilidades, passou-se à análise da legislação nacional e internacional que protege os direitos civis e trabalhistas homoafetivos e busca de jurisprudências ligadas a uma visão mais atualizada do Direito das Famílias, bem como breve pesquisa comparativa do direito nacional à maneira como o tema é tratado em outros países, tudo isto ligado à opinião de juristas sobre a possibilidade de ressignificação das licenças-maternidade e paternidade com ou sem atualização legislativa.

1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS: PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS HOMOAFETIVOS

Há uma evolução no que diz respeito ao conceito de família e, consequentemente, aos direitos correspondentes a essa instituição? Qual o atual nível de proteção dos direitos humanos das pessoas LGBTI+[4]?

A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é guiada pelos princípios da universalidade, igualdade e não discriminação, e, portanto, todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual e identidade de gênero, têm o direito de usufruir da proteção da lei internacional, devendo os Estados absterem-se de interferir no gozo de direitos, prevenirem abusos por terceiros e enfrentarem proativamente barreiras ao gozo de direitos humanos, incluindo, no presente contexto, atitudes e práticas discriminatórias (ONU, 2015, p. 4-5).

[4] Essa é a terminologia utilizada pela Organização das Nações Unidas (ONU, 2013). Apesar disso, existem controvérsias quanto à nomeação de todos os Ts (Travestis e Transexuais), a inclusão de um Q (para *queers* ou *questionning* - indefinidos) ou um A (para assexuados), havendo, por outro lado, sempre um certo consenso em torno da busca por inclusão. O símbolo + foi acrescentado à sigla para abranger outras orientações sexuais, identidades e expressões de gênero não expressos nas categorias mencionadas.

Apesar disso, a marginalização financeira, social e política faz com que diversos direitos continuem sendo afastados dos sujeitos LGBTI+, pois lhes faltam meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e são vítimas de vieses, preconceitos, ódios ou estereótipos tão graves que a maioria queira reprimi-la ou puni-la por tal razão, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse (DWORKIN, 2011, p. 656). Basta ver que a conduta homossexual ainda hoje é criminalizada em setenta países que compõem as Nações Unidas (MENDOS, 2019, p. 527-436).

Essa discriminação, no caso dos indivíduos LGBTI+, acontece tanto com a discriminação oficial, na forma da lei e sua interpretação, como a negação do direito ao acesso a benefícios previdenciários, quanto com a discriminação não oficial, na forma de estigma social, naquilo que vem se conceituando como não decisão (*non decision*) em políticas públicas[5].

Este foi inclusive o motivo que levou o STF, recentemente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF, a compreender que o conceito de racismo, em sua dimensão social, também inclui a discriminação a grupos vulneráveis, como é o caso dos LGBTI+, por serem degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico e expostos a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (BRASIL, 2019b, *não paginado*).

Contudo, o regime internacional de direitos humanos proíbe práticas discriminatórias, repudiando diferenças de tratamento baseadas em orientação sexual ou em identidade de gênero, a menos que o Estado possa mostrar que há uma justificativa razoável e objetiva para a diferenciação (ONU, 2013, p. 41).

A própria afirmação da liberdade e da igualdade no constitucionalismo brasileiro "[...] implica o reconhecimento da dignidade de cada ser humano de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito, na esfera de sua sexualidade" (RIOS, 2007, p. 24). Essa dignidade, que não é apenas um princípio-limite, alimenta materialmente o princípio da igualdade, proibindo qualquer

[5] Peter Bachrach e Morton Baratz (2011, p. 149 e 155) argumentam que, em uma abordagem renovada para o estudo do poder, é necessário um enfoque baseado no reconhecimento de suas duas faces e que, anteriormente à face visível do poder, manifestada pelos indivíduos e grupos que tomam efetivamente as decisões (ou que impõem os vetos), deve-se prestar atenção à face invisível do poder, que consiste na capacidade que indivíduos ou grupos têm de controlar ou manipular os valores sociais e políticos (isto é, de mobilizar pontos de vista), impedindo que temas potencialmente "perigosos" para seus interesses e perspectivas sejam objeto de discussão e deliberação pública.

diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades (CANOTILHO, MOREIRA, 2007, p. 198-199).

Diante de tal gama constitucional de direitos, torna-se impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica, vedando-se discriminações e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais: direito à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e sem preconceitos (DIAS, 2020, p. 621).

Esta orientação plural do constitucionalismo instaurado no Brasil a partir de 1988, foi a base para o reconhecimento de diversos direitos da comunidade *queer,* sendo o evento mais simbólico, o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ no STF, que permitiu o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. O julgamento deixou evidente que "[…]. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica" (BRASIL, 2011, p. 2-3), e admitiu ser isto uma cláusula pétrea.

Na mesma esteira, a Resolução n° 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (CNJ, 2013, p. 2), vedou a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, dando mais um passo na concretização do direito de todos os cidadãos, sem exceções, de constituir família.

Essas conquistas no Direitos das Famílias decorreram dos processos de luta desse grupo, o qual costuma ter um elevado capital cultural. Não se pode esquecer que o acúmulo de capital cultural pode constituir um forte trunfo para se vencer as lutas simbólicas que são travadas na sociedade. Em anexo do livro A dominação masculina, Pierre Bourdieu (2014), por exemplo, ao analisar algumas questões sobre o movimento gay, diz que tal movimento, apesar de reunir indivíduos estigmatizados, reúne sujeitos relativamente privilegiados sob o ponto de vista do capital cultural, o que constitui um trunfo considerável nas lutas simbólicas, acabando por distingui-los dos demais grupos estigmatizados:

> Ora, o objetivo de todo movimento de subversão simbólica é operar um trabalho de destruição e de construção simbólicas visando a impor novas categorias de percepção e de avaliação, de modo a construir um grupo, ou, mais radicalmente, a destruir o princípio mesmo de divisão segundo o qual são produzidos não só o grupo estigmatizante, como também o grupo estigmatizado. Este trabalho

> os homossexuais estão particularmente armados para realizar: eles podem pôr a serviço do universalismo, sobretudo nas lutas subversivas, as vantagens ligadas ao particularismo (BOURDIEU, 2014, p. 171).

Portanto, trata-se de um constante processo de lutas sociais no qual os sujeitos interessados se mobilizam, através das estruturas da sociedade e do Estado, para a modificação do sistema jurídico.

A modernização do Direito das Famílias abriu espaço para que casais homoafetivos pudessem adotar. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no §2° do art. 42, só permite a adoção conjunta por adotantes que sejam casados civilmente ou mantenham união estável[6] (BRASIL, 2017b, p. 24). Tendo em vista que a ADPF 132/RJ reconheceu como união estável também a união de casais do mesmo sexo e a Resolução n° 175/2013 do CNJ permitiu o casamento civil para esses casais, o dispositivo deixou, pois, de ser um impedimento para que os casais do mesmo sexo pudessem adotar conjuntamente.

De qualquer forma, o primeiro caso de adoção homoparental[7] no Brasil data de 11 de novembro de 2005 na cidade de Bagé – RS, quando o juiz da Vara da Infância e Juventude daquela Comarca decidiu a favor de um casal de lésbicas que, depois de um relacionamento de sete anos, decidiu adotar dois irmãos. Naquela ocasião, o juiz argumentou que a sociedade não pode negar a existência de casais do mesmo sexo, descartando a possibilidade de que a coexistência de menores com homossexuais pudesse influenciar sua escolha sexual, uma vez que, se isso fosse verdade, não haveria homossexuais nas famílias constituídas por heterossexuais (CHAPARRO PIEDRAHITA; GUZMAN MUNOZ, 2017, p. 276).

O caso chegou à Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do Recurso Especial n° 889.852/RS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que decidiu favoravelmente à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais e argumentou, ainda, que diversos estudos especializados sobre o tema, não indicam qualquer inconveniente para que crianças sejam

[6] O dispositivo foi fruto de reformulação pela Lei nº 12.010/2009. Antes, o texto dizia que a adoção conjunta só se daria por cônjuges ou concubinos, exigindo ainda de pelo menos um deles a idade de vinte e um anos completados e a estabilidade da família, e foi então alterado para substituir a expressão "concumbinos" por união estável e para retirar a restrição etária (BRASIL, 2009, *não paginado*).

[7] O termo *homoparentalidade* é um neologismo cunhado pela *Association des Parents et futurs parents Gays et Lesbiens*, na França, que introduziram em 1996 o termo homoparentalité para designar um agregado familiar constituído por um subsistema parental formado por uma pessoa ou um casal que assumiu uma orientação homossexual (MAILFERT, 2003, *não paginado*).

adotadas por casais homossexuais, sendo mais importante a qualidade do vínculo e do afeto que permeiam o meio familiar em que serão inseridas (BRASIL, 2010, p. 1-2).

Mais tarde foi questionado ao mesmo Tribunal, desta vez pelo Ministério Público do Paraná, se o interessado homoafetivo poderia se inscrever para adoção de criança menor de doze anos de idade, uma vez que esta não teria idade suficiente para consentir sobre sua adoção por família homoafetiva[8].

Naquela ocasião, por meio do julgamento do Recurso Especial n° 1540814/PR, a Terceira Turma do STJ não deixou dúvidas a respeito da possibilidade de adoção homoparental de crianças de qualquer idade, pois, segundo o Tribunal, não há disposição no ordenamento jurídico brasileiro que estipule a idade de doze anos para o menor ser adotado por pessoa homoafetiva (BRASIL, 2015a, p. 1).

Inconformado, o Ministério Público recorreu ao Supremo Tribunal Federal, que, pela primeira, vez analisou aquele tema, negando seguimento ao Recurso Extraordinário nº 846102/PR, em decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, ao reconhecer que a Constituição da República não emprestou ao conceito de família nenhum significado ortodoxo, tendo, portanto, um "[…] sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser" (BRASIL, 2015b, p. 157), o que confirma a visão de um conceito de família dinâmico, que acompanha as formas de organização familiares atuais, como a da família homoparental.

Fazendo essa digressão histórica, é possível perceber que, ao longo dos anos, busca-se, cada vez mais, superar as exclusões jurídicas feitas no seio do Direito das Famílias, que está em constante atualização no novo cenário constitucional (DIAS; REINHEIMER, 2013, p. 55).

[8] O Ministério Publico do Paraná afirmou estar interpretando o art. 45 do ECA (BRASIL, 2015a, p. 1) que diz em seu parágrafo segundo que "(…). Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento" (BRASIL, 2017b, p. 25).

2 O DIREITO TRABALHISTA À LICENÇA PARENTAL: REFLEXOS DA ATUALIZAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

De que forma é possível analisar os últimos julgados que tratam da concessão de licenças-adotantes para famílias homoparentais, como meio de avaliar seu enquadramento na atual legislação pátria?

Respondendo-se a esse questionamento, pode-se dizer que o trabalho não é uma mercadoria, logo, o trabalhador deve ter reconhecido seus valores enquanto sujeito digno, qualidade intrínseca a sua própria condição humana de existência (TUPINAMBÁ, 2018, p. 104). Disto decorre, por exemplo, o direito de proteção da família do trabalhador, que, no art. 10º do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados Partes reconhecem que deverá ser da maneira mais ampla possível (BRASIL, 1992, *não paginado*).

O Pacto ainda reconhece, no mesmo artigo, que deve ser dada uma proteção especial às mães durante um período de tempo razoável antes e depois do nascimento das crianças, devendo essas gozarem de licença remunerada ou de licença acompanhada de serviços de segurança social adequados. Além disso, medidas especiais de proteção e de assistência também devem ser tomadas em benefício dos filhos, sem discriminação quanto às razões de paternidade ou outras (BRASIL, 1992, *não paginado*).

A autorização de licenças como essa, que passaram a ser tratadas no seu gênero *licença parental*[9], o que inclui tanto a maternidade como a paternidade, deriva originalmente de uma preocupação com as necessidades da mãe, mas que se modernizou para incluir uma preocupação com o bem-estar da criança, assim como apoiar a igualdade de gênero (KAMERMAN, 2012, p. 02).

Ela representa um direito humano e fundamental para que o trabalhador (independentemente do gênero) alcance a dignidade humana e a valorização social do trabalho, tanto preconizados pela Constituição brasileira (ALMEIDA, 2015, p. 68).

Assim, façamos um breve apanhado de como a licença parental é tratada no ordenamento brasileiro.

[9] A utilização da terminologia parentalidade é relativamente recente. Começou a ser utilizada na literatura psicanalítica francesa a partir dos anos 60 para marcar a dimensão de processo e de construção no exercício da relação dos pais com os filhos (ZORNIG, 2010, p. 454). Atualmente, o conceito vem sendo utilizado para designar o processo de tornar-se pai e mãe, que vai além do biológico, envolvendo aspectos conscientes e inconscientes, que passam pela história da família de cada um dos pais e pelo contexto sociocultural em questão (GORIN *et al*., 2015, p. 8).

No que diz respeito ao regime jurídico dos servidores públicos civis federais, a Lei nº 8.112/90, em seu art. 207, garante que será concedida licença à servidora gestante por cento e vinte dias consecutivos, sem prejuízo da sua remuneração (BRASIL, 2017c, p. 31), mas que, em se tratando de adoção, nos termos do art. 210 da mesma lei, far-se-á uma diferenciação: a) se a adoção for de criança até um ano de idade, serão concedidos noventa dias de licença remunerada; b) já se a adoção for de criança com mais de um ano de idade, o prazo será de apenas trinta dias (BRASIL, 2017c, p. 34).

Essa diferença de prazos foi objeto do Recurso Extraordinário 778.889/PE, ocasião em que o STF fixou a seguinte tese: "Os prazos da licença-adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença-gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada" (BRASIL, 2016, p. 2).

Segundo a Corte, uma vez que a licença parental também se estabelece em favor dos direitos da criança, conceder licenças com prazos diferentes em razão da idade ou da origem dos filhos contraria o art. 227, § 6º, da Constituição da República, ao estabelecer que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (BRASIL, 2019a, p. 178-180). O mesmo foi escrito para alterar o art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017b, p. 18).

O julgamento do tema ensejou inclusive a alteração do art. 392-A na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela Lei nº 13.509/2017, que passou a definir que "à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei[10]" (BRASIL, 2017a, p. 63). O mesmo artigo já definia que a adoção conjunta permitirá a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes empregado ou empregada, sem distinção, pois, de gênero (BRASIL, 2017a, p. 63).

No âmbito federal, o entendimento do Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (atual Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento e Gestão) também se atualizou para atender às novas diretrizes: por meio do Ofício-Circular nº 14/2017-MP passou a recomendar a uniformização de

[10] O art. 392 da CLT garante o direito à licença-maternidade de cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego e do salário (BRASIL, 2017a, p. 63).

prazos da licença adotante e da licença gestante, e suas prorrogações (BRASIL, 2017c, p. 34); e, por meio da Nota Técnica nº 150/2014/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, estendeu o benefício da licença à adotante independentemente do gênero (BRASIL, 2017c, p. 35).

As mesmas recomendações foram dadas pela Advocacia-Geral da União (AGU), no seu Parecer nº GMF-01, de 12 de dezembro de 2016, aprovado pelo Presidente da República, e seu anexo, o Parecer nº 003/2016/CGU/AGU (BRASIL, 2017c, p. 35).

Esse debate a respeito da possibilidade de equiparação entre o prazo da licença-adotante e da licença-gestante no STF mostra que o Tribunal vem mostrando a relevância que o afeto ganhou nos processos decisórios, inclusive em zonas de intersecção entre o Direito Previdenciário, de Família e da Criança, apresentando-a até mesmo enquanto instrumento da busca da felicidade (MAIA, 2018, p. 263-266).

Aí o porquê da Corte ter se debruçado bastante nestas temáticas nas últimas duas décadas. Ora, a homossexualidade é um fato, as relações homoafetivas são lícitas, concernentes à esfera privada dos sujeitos e não teria como ser de outra forma, pois, a conduta dos intérpretes constitucionais é observar em sua atividade os argumentos de razão pública e não concepções particulares e perceber que o papel do Estado e do Direito é o de acolher aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância (BARROSO, 2011, p. 111).

Assim, a afetividade merece receber o reconhecimento de seu valor jurídico de modo a propiciar o entendimento de que, numa relação mútua de afeto, não é possível identificar a família como núcleo patrimonial e reprodutivo, mas deve ser compreendida sob o viés socioafetivo, por ser o afeto matriz de várias e novas representações sociais (CORDEIRO, 2013, p. 33), como novos arranjos familiares.

3 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-ADOTANTE PARA FAMÍLIAS HOMOPARENTAIS

De que forma é possível analisar os últimos julgados que tratam da concessão de licenças-adotantes para famílias homoparentais como meio de avaliar seu enquadramento na atual legislação brasileira?

Neste último tópico, adentra-se no estudo das decisões do Judiciário acerca da licença adotante para casais homoparentais, a fim de analisar a viabilidade de uma jurisprudência consolidada no assunto.

O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais declarou que o seu Pacto proíbe discriminação no acesso e manutenção do emprego baseado na orientação sexual (ONU, 2006, p. 4-5) e este princípio de não discriminação se aplica a todos os aspectos do direito ao trabalho (ONU, 2013, p. 48), por conseguinte, também às licenças parentais.

Nesse sentido, alguns juízes brasileiros têm decidido , como ocorreu na 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na Apelação em Reexame Necessário nº 0009306-04.2012.4.02.5101, a qual discutiu o direito de um servidor público federal, do sexo masculino, em união estável homoafetiva, ao gozo do benefício de licença adoção. Os desembargadores decidiram que:

> […] diante da ausência de previsão legal de licença ao adotante do sexo masculino nos moldes da licença à adotante (mulher), a sua negativa implicaria em tratamento discriminatório, que deve ser evitado, possibilitando, ainda, às crianças os mesmos cuidados dispensados por casais heterossexuais. […]. Verifica-se, portanto, que faz jus o impetrante à concessão da licença ao adotante, da mesma forma que prevista a licença à adotante (do sexo feminino) (BRASIL, 2013, p. 8-9).

Mais recentemente, em outro processo, que se encontra em sede de apelação no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, voltou-se a questionar a concessão de licença paternidade por adoção homoparental por prazo igual ao da licença gestante, sob o argumento de que não se pode admitir tratamento diferenciado relativo à filiação (MATO GROSSO DO SUL, 2019, fl. 54).

A sentença fundou-se no sentido de que se o STF já confirmou que os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante e de que não se podendo admitir qualquer distinção de direitos quando o par adotante é composto por dois homens, não há dúvida, portanto, de que a licença adotante poderá ser conferida a um dos cônjuges ou companheiros no mesmo prazo das gestantes, haja vista que inexiste razão para qualquer diferenciação entre casais heteroafetivos e homoafetivos (MATO GROSSO DO SUL, 2019, p. 56).

Essas decisões, parecem ir ao encontro da conclusão de que não pode haver distinção na concessão de licença parental em razão da forma de organização familiar, se homoparental ou não.

Ainda que a lei assegure o direito de licença parental nos moldes da gestante (com prazo maior) somente à mãe gestante, jamais veda que se estenda para o caso de crianças nascidas ou adotadas em âmbito familiar homoafetivo. Esse foi inclusive o posicionamento do juiz do Núcleo Permanente de Soluções Consensuais de Conflitos, do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, ao decidir que a mãe não gestante de criança nascida em família homoparental faz jus à concessão do benefício da licença-maternidade[11] (VAREJÃO, 2017, p. 33).

O assunto está em discussão no Supremo Tribunal Federal, que, em 2019, afirmou possuir repercussão geral o Recurso Extraordinário 1.211.446/SP, que trata da possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não-gestante em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial. Na decisão, o Ministro Luiz Fux entendeu que a licença-maternidade não mais comporta uma exegese fundada exclusivamente na recuperação da mulher após o parto, mas também se destina à proteção de mães não gestantes que, apesar de não vivenciarem as alterações típicas da gravidez, arcam com todos os demais papeis e tarefas que lhe incumbem após a formação do novo vínculo familiar (BRASIL, 2019c, p. 1-4).

Na Europa, diversos países, há pouco tempo, reconheceram os mesmos direitos de licença da mulher gestante às famílias homoparentais, como é o caso da Irlanda, onde um novo esquema de licença parental permitirá que todos os pais e mães, inclusive os adotivos, tirem duas semanas de licença parental remunerada dentro do primeiro ano após o nascimento do filho, além de ampliar o acesso a licenças-adotivas para casais do mesmo sexo (PICKEN; JANTA, 2019, p. 7).

Na Espanha, desde março de 2019, as licenças-maternidade e paternidade foram substituídas pelo gênero licença parental, sendo elegíveis para as famílias adotivas, inclusive as homoparentais. Na Finlândia, por sua vez, os pais podem usufruir de uma licença parental mais longa ao adotar um filho, enquanto na França e em Luxemburgo, a licença-maternidade e paternidade são neutras em termos de terminologia e legislação: licença de boas-vindas (*congé d'accueil*) e licença extraordinária (*congé extraordinaire*), podendo ser gozadas pelo parceiro ou parceira

[11] O caso se refere à conciliação realizada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (TRT-PE), em 2015, em ação movida por uma jornalista contra seu empregador, uma emissora de TV no Recife, pela qual reivindicava o direito a gozar a licença-maternidade mesmo não sendo a mãe biológica da filha recém-nascida, gestada pela sua mulher por inseminação artificial (CORREIA, 2015, *não paginado*).

da mãe que está dando à luz, independentemente do sexo ou orientação sexual (PICKEN; JANTA, 2019, p. 5-7).

Como esperança de alteração legislativa, está em tramitação no Congresso Nacional o projeto do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, que, se aprovado, assegurará *licença-natalidade* a ambos os pais ou mães, independentemente de suas orientações sexuais ou gêneros, sem prejuízo do emprego ou salário, com duração de cento e oitenta dias (OAB, 2017, *não paginado*).

CONCLUSÃO

Buscou-se responder quais as possibilidades e entraves da legislação brasileira para a concretização do direito à licença parental aos pais não-biológicos em uniões homoafetivas.

Nessa linha, objetivou-se ponderar a praticabilidade do enquadramento dos pais adotivos em casamentos ou uniões estáveis homoafetivas na concessão de licenças parentais a partir da atividade judiciária e administrativa, com base nas leis administrativas, previdenciárias e trabalhistas em vigor.

A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é guiada pelos princípios fundamentais da universalidade, igualdade e não discriminação, em que todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual possuem o direito de usufruir da proteção da lei internacional de direitos humanos, tendo os Estados obrigações de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos de minorias como as dos homossexuais.

A afirmação da liberdade e da igualdade implica no reconhecimento da dignidade de cada ser humano de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito na esfera de sua sexualidade, e torna impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica, vedando discriminação e preconceitos por motivo de orientação sexual e gênero.

Tendo em vista esse cenário de proteção, o conceito de família se atualizou para incluir formações *não tradicionais*, como a família formada pela união homoafetiva, restando ultrapassadas as ideias de licença-maternidade e paternidade, uma vez que o gênero *licença-parental* é mais adequado.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU) dá especial proteção à família do trabalhador, proibindo discriminação baseada na orientação sexual a todos os aspectos do direito ao trabalho e, portanto, também às licenças parentais, direito fundamental para que o trabalhador alcance a dignidade humana, tanto preconizada pela Constituição da República.

Se por um lado, como resultado do julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, no Supremo Tribunal Federal, não pode haver distinção entre as licenças parentais para pais biológicos e adotivos, o que, combinado com decisões mais recentes de outros tribunais brasileiros, confirma que também não pode haver distinção na concessão de licença parental em razão da forma de organização familiar, se homoparental ou não.

Por outro lado, a lei jamais veda que o direito de licença, nos moldes da licença gestante, estenda-se para o caso de crianças nascidas ou adotadas em âmbito familiar homoafetivo, tendo inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, na decisão pela repercussão geral sobre o tema, entendido que a licença-maternidade não mais comporta uma exegese fundada exclusivamente na recuperação da mulher após o parto.

Parece ainda mais seguro que se proceda com as discussões em torno do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero no Congresso, que tem como uma de suas proposições a possibilidade de concessão de licença-natalidade a ambos os pais ou mães, independentemente de suas orientações sexuais ou gêneros.

De qualquer forma, o Direito das Famílias precisa estar em permanente reformulação, para que possa acompanhar a modificação dos direitos que pretende tutelar. É nesse momento que a atuação administrativa e judiciária se faz bastante importante como meio de superar as desatualizações legislativas, influenciando, significativamente, na mudança de rumos do debate público.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho. Licença-maternidade, licença-paternidade e licença parental. Direito voltado à proteção da família, à dignidade da pessoa humana e instrumento de igualdade no trabalho. *In*: TEODORO, Maria Cecília Máximo (Org.). **Direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

BACHRACH, Peter; BARATZ, Morton. Duas faces do poder. Tradução de Gustavo Biscaia de Lacerda. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 19, n. 40, out. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.17, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**: a condição feminina e a violência simbólica. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal, 2019.

_____. **Consolidação das leis do trabalho – CLT e normas correlatas**. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal, 2017.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente**. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal, 2017.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 anotada**, v.4. 3 ed. Brasília: MP, 2017.

_____. Poder Judiciário. Tribunal Regional Federal da 2. Região (8. Turma Especializada). **Apelação/Reexame Necessário 2012.51.01.009306-0**. Relatora: Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima. Rio de Janeiro, 03 jul. 2013. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&requiredfields=%28%28NumProcessoPublico%3A00093060420124025101%29%7C%28numero_cnj_judici%3A00093060420124025101%29%7C%28NumProcesso%3A00093060420124025101%29%29&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&entsp=a&wc=200&wc_mc=0&ud=1>. Acesso em: 27 abr. 2020.

_____. Presidência da República. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Brasília: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm#art2>. Acesso em: 26 jun. 2020.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4848010&ext=RTF>. Acesso em: 16 mar. 2020.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 05 mar. 2020.

_____. **Recurso Extraordinário 778.889/PE**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 10 mar. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309917262&ext=.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

_____. **Recurso Extraordinário 846.102/PR**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 05 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-reconhece-adocao-restricao-idade.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.211.446/SP**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 07 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341717987&ext=.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1540814/PR. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**, Brasília, 25 ago. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102747631&dt_publicacao=25/08/2015>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 889.852/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**, Brasília, 10 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602091374&dt_publicacao=10/08/2010>. Acesso em: 28 abr. 2020.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CNJ. Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico/CNJ**, Brasília, n. 89, 15 maio 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 28 abr. 2020.

CORDEIRO, Carlos José. Do direito das famílias: introduzindo o tema da afetividade familiar. *In*: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane (Orgs.). **Temas contemporâneos de direito das famílias**, v.1. São Paulo: Pillares, 2013.

CORREIA, Larissa. Conciliação consegue que empregador custeie licença-maternidade de funcionária homossexual cuja mulher foi a mãe biológica. **Site do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região**, Recife, 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2015/09/10/conciliacao-consegue-que-empregador-custeie-licenca-maternidade-de-funcionaria>. Acesso em: 29 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 13. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice; REINHEIMER, Thiele Lopes. Homoparentalidade: uma realidade. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane (Orgs.). **Temas contemporâneos de direito das famílias**, v. 1. São Paulo: Pillares, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões e Revisão Técnica e da Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

GORIN, Michelle Christof *et al*. O estatuto contemporâneo da parentalidade. **Rev. SPAGESP**, Ribeirão Preto, v. 16, n. 2, 2015. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-29702015000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 29 abr. 2020.

KAMERMAN, Sheila B. **Políticas de licença maternidade, licença paternidade e licença parental**: impactos potenciais sobre a criança e sua família. Tradução: B&C Revisão de Textos. Montréal, mar. 2012. Disponível em: <http://www.enciclopedia-crianca.com/licenca-parental/segundo-especialistas/politicas-de-licenca-maternidade-licenca-paternidade-e>. Acesso em: 29 abr. 2020.

MAIA, Maurilio Casas. O Princípio da afetividade e seus impactos no direito das famílias - e um pouco mais: uma breve incursão na tutela do afeto familiar na área penal. *In*: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane (Orgs.). **Temas contemporâneos de direito das famílias**, v.3. São Paulo: Pillares, 2018.

MAILFERT, Martha. Homosexualité et parentalité. **Socio-anthropologie**, n. 11, nov. 2003. Disponível em: <https://journals.openedition.org/socio-anthropologie/140>. Acesso em: 30 abr. 2020.

MATO GROSSO DO SUL. Poder Judiciário. Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Três Lagoas. **Autos 0802471-19.2019.8.12.0021**. Impetrante: Marlucio Moura Policiano da Silva. Impetrado: Município de Três Lagoas. Três Lagoas, 27 maio 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190606-13.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

MENDOS, Lucas Ramón. **State-sponsored homophobia 2019**. Genebra: ILGA, 2019. Disponível em: <https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

OAB. Conselho Federal. **Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero**. Brasília: Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero, 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7302364&disposition=inline>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ONU. Comitê dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. **General comment no. 18**: the right to work (art. 6 of the covenant). E/C.12/GC/18, 6 fev. 2006. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/4415453b4.html>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. **Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity**. A/HRC/29/23, 4 maio 2015. Disponível em: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F29%2F23&Language=E&DeviceType=Mobile>. Acesso em: 14 mar. 2020.

_____. **Nascidos livres e iguais**: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos. Tradução da UNAIDS Brasil. Brasília: [s.n.], 2013. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.

PIEDRAHITA, Laura Juliana Chaparro; MUNOZ, Yudy Marcela Guzman. Adopción homoparental: estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. **Revista CES Derecho**, Medellín, v. 8, n. 2, dez. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192017000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 abr. 2020.

PICKEN, Natalie; JANTA, Barbara. **Leave policies and practice for non-traditional families**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2019.

RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. *In*: RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TUPINAMBÁ, Carolina. **Danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

VAREJÃO, Joanna. Possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante de criança nascida em família homoafetiva. **Revista Bonijuris**, Curitiba, ano 29, n. 639, fev. 2017.

ZORNIG, Silvia Maria Abu-Jamra. Tornar-se pai, tornar-se mãe: o processo de construção da parentalidade. **Tempo psicanal.**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, jun. 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-48382010000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 29 abr. 2020.