

NOVAS PERSPECTIVAS DAS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE A PARTIR DA HOMOPARENTALIDADE

NEW PERSPECTIVES OF MATERNITY AND PATERNITY LEAVE FROM HOMOPARENTHOOD

Jonatha Rafael Pandolfo¹

RESUMO

Ante o reconhecimento de novas entidades familiares, serão analisados os casais homoafetivos, que, ao terem filhos, também devem ser destinatários de algum tipo de período para o cuidado da criança. Nesta conjuntura, podemos afirmar que estes casais, por não haver *a priori* uma determinação de quem retirará as licenças maternidade e paternidade, têm potencial para trazer uma nova perspectiva das licenças, assemelhando-se até mesmo à licença-parental. Desta forma, encarando que o modelo paradigmático de família não é o heterossexual, podem os casais homoafetivos ajudar a desfazer estigmas estabelecidos nas entidades familiares. O artigo objetiva, portanto, demonstrar que as famílias homoafetivas podem colaborar para a democratização das relações familiares, destacando no presente trabalho a não conformação com os papéis tradicionalmente atribuídos de acordo com o gênero.

Palavras-chave: Licença-maternidade; Licença-paternidade; Homoparentalidade.

ABSTRACT

In view of the recognition of new family units, it will be analyzed same-sex couples with children, that they should also be recipients of some kind of period for child care. At this juncture, it is possible to say that these couples, because there was no *a priori* determination of who would be eligible to take the leave, have the potential to bring a new perspective of motherhood and fatherhood, resembling even the parental leave. In this way, acknowledging that the family paradigm is not heterosexual can help same-sex couples to undo stigmas set out in family units. The article aims, thus, to demonstrate that same-sex families can collaborate to democratize family relations, emphasizing in the present paper the nonconformity with the roles traditionally attributed according to gender.

Keywords: Maternity leave; Paternity leave; Homoparenthood.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil tem-se mostrado incapaz de promover quaisquer maneiras de introduzir o homem à parentalidade e às tarefas domésticas, pois mesmo diante de um novo contexto histórico, muitas representações de gênero acabam sendo reproduzidas no cotidiano familiar. Esta compreensão da relação social entre distintos direitos e igualdade de gênero nem mesmo fazem parte de uma mínima consciência social.

Percebe-se que os institutos do aparelho estatal que visam conciliar trabalho e responsabilidades familiares, ou seja, as licenças maternidade e paternidade, acabam por favorecer a manutenção da discriminação da mulher no emprego – sobretudo através da discrepância de períodos entre as licenças. Tais mecanismos, licença-maternidade e licença-paternidade, foram formulados no direito brasileiro, baseando-se em um modelo de sociedade

¹ Graduado e mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

e família que já não é suficiente para acolher as demandas das mais diversas formas de entidades familiares.

Atualmente, com a ampliação da noção de família e após inúmeras lutas, os casais homoafetivos podem ser mais facilmente reconhecidos como uma entidade familiar. São diversas as formas de homoparentalidade, seja via adoção ou reprodução humana assistida. Nestes casos, a criança também deve ter contato com os pais ou com o novo lar nos primeiros dias de vida, e, nessa conjuntura, as relações homoafetivas parecem estar um passo à frente. Isto porque a realidade dessas relações implica que apenas um dos familiares pode exercer a atual denominada licença-maternidade. Ocorre que essa escolha cabe ao casal, acarretando uma possível aproximação do instituto da licença-parental.

Portanto, este artigo tem como escopo a problematização de questões já normatizadas. O modelo de família não é necessariamente o heterossexual, sendo que as mais diversas configurações de modelos familiares podem, de forma conjunta, contribuir para a formação de institutos mais acordados com a realidade social, democratizando-os. Assim, a família, encarada como local de afeto e de realização pessoal, deve ser plural e dialogar entre as suas mais diversas concepções. Neste cenário será possível refletir, entre outras questões, sobre os papéis de gênero tão enraizados em nossa sociedade e que provocam diversas discriminações de gênero no ambiente laboral.

2. FAMÍLIA HOMOAFETIVA

A pluralidade de entidades familiares é uma realidade cada vez mais visível em nossa sociedade, devendo o Direito oferecer abrigo para as escolhas pessoais de constituição familiar. Por isso, Maria Berenice Dias (2014, p.106) acredita que a expressão “Direito de Família” já não é mais cabível em nossa realidade – ao invés disso, podemos falar em “Direito das Famílias”. Isto se deve pela quebra do modelo tradicional para dar lugar não a um modelo, mas sim às entidades familiares que escolheram estar juntas pelo afeto. Desde o começo do século a família sofre alterações profundas, não estando mais presa ao conceito de casamento: há uma pluralidade de formas, sendo que todas elas merecem a proteção do Estado (FACHIN, 2001, p. 68-69).

Entretanto, como destaca Ana Carla Harmatiuk Matos (2008, p.19-21), somente algumas relações de vida são consideradas pelo direito, nem sempre representando com fidelidade a realidade social. Por isso, é preciso que se reflita sobre essas transformações também no Direito de Família, em particular sobre a proteção jurídica das entidades familiares. Em que pese o texto constitucional ter dado abertura ao conceito de família, ele apenas formalizou três modelos, quais sejam: casamento, união estável e família monoparental. Assim, não se deve fazer uma interpretação estrita da Constituição, sob pena de excluir entidades familiares não expressamente previstas em seu texto.

É importante ressaltar que o novo Direito de Família é voltado para a realização pessoal, tendo como base a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, é imperiosa a pluralidade de entidades familiares, pois as pessoas devem buscar o modelo que mais satisfaça suas aspirações pessoais. Por isso não se deve fazer uma interpretação formalista do texto constitucional, pois precisamos ter em mente as transformações que a sociedade passa, não podendo existir um sistema rígido que barre essas mudanças. Assim, a melhor interpretação do texto constitucional de 1988 não é encarar os modelos familiares como um rol taxativo, mas sim como uma interpretação que prestigia o princípio da pluralidade familiar (MATOS, 2014. p. 69-74). Somente com esta interpretação é possível se abrir para as transformações e práticas sociais:

Destarte, com o transcurso do tempo, novas formas privilegiadas de afeto estarão a informar os modelos de família que deve o direito contemplar, pois nossa atual Constituição não apresentou um elenco taxativo de possibilidades de entidades familiares. Nem poderia desse modo proceder, porquanto os novos modelos de família brotam das relações sociais, não sendo criados conjuntamente com as aprovações dos textos normativos (MATOS, 2014, p. 73).

Desta forma, não há um Direito de Família, mas sim um Direito das Famílias, possibilitando aos indivíduos escolher o modelo que mais satisfaça seus desejos pessoais.² Afinal, a família é um instrumento para realizações, não podendo o Direito selecionar as formas dignas de proteção, pois “essa realização significa a plena dignidade da pessoa humana e, como princípio central, o Direito de Família encontra-se como pedra basilar: amor, afeto e solidariedade conformam e amoldam a família constitucional” (FACHIN, 2001, p. 81).

Dentro de todas essas famílias, há um elemento comum que as une: o afeto. A família não é mais sustentada apenas por questões econômicas, políticas ou religiosas, mas sim, tem sido vista como um espaço excepcional de cumplicidade, solidariedade e afetividade entre seus membros. A família passa a ser o centro das relações pessoais. Luiz Edson Fachin (2003, p. 318) ressalta o afeto no novo Direito de Família:

[...] Novos modelos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoa e emanador da felicidade possível. Mosaico da diversidade, ninho e comunhão no espaço plural da tolerância. [...] Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca no novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. [...] Eis, então, o direito ao refúgio afetivo.

Mesmo não sendo um princípio previsto expressamente na Constituição, o princípio da afetividade é oriundo da interpretação de outros princípios constitucionais, como os da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade. Parte-se para a despatrimonialização do Direito Civil e do Direito de Família, este não tendo mais como fundamento o casamento, e sim o afeto entre seus membros. Portanto, há uma maior preocupação com os indivíduos do que com a forma ou modo de constituição de uma família, surgindo a necessidade de “reconhecer outras estruturas de convívio em que há o comprometimento mútuo decorrente da afetividade” (REINHEIMER, 2014, p.313).

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) adotada em 10 de dezembro de 1948, prevê em seu artigo XVI.3 que “[a] família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”, não limitando qualquer forma ou modo de constituição das entidades familiares dignas de proteção. Fabiana Marion Spengler (2014, p. 325) nos ensina que “atualmente estamos diante de uma profunda mutação da família. Os demógrafos e os sociólogos observam que o vínculo afetivo se sobrepôs à concepção da família como espaço econômico”, confirmando que essas novas famílias buscam, acima de tudo, a felicidade através do companheirismo e da solidariedade.

² Não encarado com um rol de modelos, mas sim formas que cada um entende como satisfatória. Entretanto, ainda há discussões sobre o casamento deter maiores prerrogativas que outras formas familiares, como o artigo 1790 do Código Civil, que atribui direitos sucessórios diversos entre o casamento e a união estável. A maioria dos Ministros do STF decidiu ser inconstitucional o tratamento diferenciado a cônjuge e companheiro em sucessão em 31/08/2016, mas o julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Dias Toffoli (MAIORIA..., 31 de agosto de 2016, sem numeração).

Este conceito plural de família é assegurado pela Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que em seu artigo 5º, inciso, II, combinado com o parágrafo único, prevê:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (grifo nosso).

Essa lei conceitua família de modo a prevalecer a vontade de constituir uma entidade familiar, não impondo para seu reconhecimento formas específicas, incluindo assim também as famílias homoafetivas; sendo a Lei Maria da Penha considerada um marco legislativo na proteção da família, ainda que um marco infraconstitucional. Ana Carla Harmatiuk Matos conclui que devemos encarar as entidades familiares sob o prisma personalista e constitucional, a fim de construir soluções para as demandas de uma sociedade em constante transformação. “Nessa conjectura, busca-se a construção de um Direito de Família sem excluídos, atento aos Direitos Fundamentais, consoante com os Direitos Humanos e tutelador das diferentes formas de afeto” (MATOS, 2008, p. 30).

Numa campanha comovente, promovida pela agência NBS com o Grande Dicionário Houaiss (#TodasAsFamílias), o verbete “família” ganhou um novo conceito neste dicionário: “Núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária” (IBDFAM, 2016). Essa nova definição foi uma conquista para o reconhecimento do pluralismo familiar.

Desta forma, não podemos mais encarar a unicidade do modelo familiar, já que a base contemporânea desses arranjos tem sido cada vez mais o espaço de satisfação pessoal. Logo, a configuração de uma família não depende da existência de um casal heterossexual ou da capacidade reprodutiva. Depende, sim, do afeto entre seus integrantes. Assim, núcleos familiares constituídos por pessoas do mesmo sexo fazem jus à mesma proteção jurídica conferida às famílias heteroafetivas.

Ainda que não haja referência explícita quanto à orientação sexual em nossa Constituição, nem nos aparatos normativos internacionais interamericanos, há elevados índices de discriminação (FACHIN e FACHIN, apud DIAS, 2014. p. 43-44).³ Numa perspectiva internacional, a homoafetividade vem ganhando visibilidade social e jurídica, sendo previstas soluções distintas entre os países, a fim de regular as relações homoafetivas. O casamento civil, que é o mais expansivo reconhecimento do relacionamento homoafetivo, já pode ser realizado em diversos países, como Brasil⁴, Estados Unidos, África do Sul, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Uruguai, França, entre outros (CHAVES, apud DIAS, 2014. p. 640).

³ “Com o lastro nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica, que o STF, ao julgar a ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, vedando a discriminação das pessoas tanto em razão ao gênero quanto ~~à~~ orientação sexual” (MATOS, 2014, p. 62).

⁴ Via judicial.

Entretanto, a realidade de outros países é angustiante: em um estudo realizado em 17 de junho de 2016 (MANTOVANI, 2016, sem numeração), constatou-se que em 73 países as relações entre pessoas do mesmo sexo são consideradas crime, representando 37% dos estados membros da ONU. Dentre esses países, 13 preveem a pena de morte pela prática de atos sexuais com pessoas do mesmo sexo. Portanto, ainda há muita luta no âmbito internacional para que esses países apliquem os Direitos Humanos na perspectiva de orientação sexual e de identidade de gênero.

No Brasil, até o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas pelo STF na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ, os homossexuais não podiam constituir formalmente uma família, o que representava uma verdadeira marginalização dos direitos homoafetivos. A decisão do STF, que é fruto de inúmeras lutas, está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que cada um pode exercer livremente sua liberdade, bem como partilhar sua vida com outras pessoas (MATOS, 2014, p. 61).

Essa nova perspectiva de família pode ser retirada do texto constitucional, que, ao prever um texto principiológico, pode ser amoldado às novas relações sociais. Desta forma, nos ensina Ana Carla Harmatiuk Matos (2014, p. 65):

Assim, numa simbiose entre os princípios da igualdade – mais precisamente igualdade ente os sexos –, liberdade, intimidade e pluralidade familiar, informados pelo valor da dignidade da pessoa humana, edifica-se a estrutura principal para a defesa jurídica da união homossexual no viés constitucional, de modo a propagar-se, no direito, a fundamental igualdade – sem discriminações direcionadas à orientação sexual –, resguardando-se a todos o direito a igualdade nas diferenças – em respeito aos valores existenciais daqueles que encontram, em pessoas de seu mesmo sexo, a realização afetiva.

Portanto, quando prevista a dignidade da pessoa humana (e os decorrentes princípios constitucionais), não há espaço para distinções de qualquer natureza, sendo que “o não reconhecimento do casamento civil homoafetivo e da união estável homoafetiva afronta a dignidade humana dos cidadãos homossexuais na medida em que isso implica uma desvalorização da união homoafetiva em relação à união heteroafetiva” (VECCHIATTI, 2014, p. 119). Ou seja, o não reconhecimento implicaria uma institucionalização da heteroafetividade em nossa sociedade, sendo a única relação digna de proteção do Estado. Assim, pela análise constitucional, não há fundamento lógico ou racional que justifique a discriminação de diversidade sexual (VECCHIATTI, 2014, p. 122-123).

Deste modo, incluem-se no “Direito das Famílias” as famílias homoafetivas em suas mais diversas configurações, já que o afeto, o companheirismo e a cumplicidade não são características de determinadas famílias, devendo ser reconhecida aos indivíduos a possibilidade de escolher a entidade familiar que permita seu desenvolvimento pessoal. Essa pluralidade familiar, retirada da interpretação do texto constitucional, deve ter como consequência o reconhecimento e a proteção do Estado, sob pena de violar os mais diversos princípios constitucionais, como a liberdade, a dignidade, a intimidade, a solidariedade e a igualdade.

Também deve ser reconhecido o direito à parentalidade por pares homossexuais. Entretanto, “como a sociedade é heterossexista, isto é, marcada predominantemente pela heterossexualidade, é enorme a resistência em admitir a filiação homoparental: direito à paternidade a pares homossexuais” (DIAS, 2014, p. 202).

Independentemente dessa resistência, fato incontroverso é que homossexuais têm filhos – próprios, adotivos ou concebidos por reprodução assistida. A própria noção de constituir uma família e criar filhos está ligada à dignidade da pessoa humana e ao direito de

personalidade⁵, não havendo razão para proteger algumas entidades familiares e desproteger outras. Além disso, independentemente do “modelo” de família do qual ela faça parte, toda criança merece a proteção devida. Assim, os institutos que garantem o amparo das crianças recém-nascidas ou adotivas devem ser estendidos para os pais homossexuais (pois visam exatamente a proteção da criança). Maria Berenice Dias (2014, p. 207) afirma que estudos demonstram que uma boa parentalidade está relacionada com a capacidade de criar e com a qualidade do relacionamento com os filhos; não é a orientação sexual que define a capacidade, o amor e a generosidade para a adoção.

Dias (2014, p. 224-225) ainda elenca as principais críticas que são feitas à homoparentalidade e as rebate de maneira incontestável. Primeiramente, há uma crença de que filhos de homossexuais teriam uma tendência a se tornarem homossexuais. A autora afirma, primeiramente, que não há nenhum dano pela ausência de referências comportamentais de ambos os sexos (que são “representações simbólico-comportamentais” de gênero que não se esgotam no corpo físico), e que, de uma maneira geral, os homossexuais são frutos de relacionamentos heteroafetivos. Em segundo lugar, defende que não há correspondência entre o exercício da sexualidade e as funções parentais (há uma proximidade entre reprodução e sexualidade, mas são esferas distintas). Além disso, convicções pessoais, morais ou religiosas não devem interferir na formação de uma família, seja ela composta por pessoas do mesmo sexo ou não. Por fim, Dias (2014, p. 205) afirma que “ao se falar em paternidade responsável, cabe lembrar que uma das grandes diferenças é que para gays e lésbicas, a decisão de ter filhos – quer pela adoção, quer por reprodução assistida – é, via de regra, uma decisão consciente. Os filhos são planejados, o que nem sempre ocorre nos casais heterossexuais”.

Admitida a homoparentalidade, há a possibilidade de diálogo com a heteroparentalidade, a fim de abordar as experiências homoafetivas no que tange aos papéis desempenhados pelos membros da entidade familiar. Assim, as mais diversas formas de modelos familiares podem, de forma conjunta, contribuir para a formação de institutos mais acordados com a realidade social. Nesse sentido: “a atribuição de funções naturalizadas a estes casais, assim, torna-se mais dificultosa, o que conduz ao minucioso diálogo acerca dos papéis que ocupam no exercício da parentalidade. A construção conjunta permite, assim, melhor aproximação de um projeto de democracia em família” (MATOS e DA SILVA, 2016, p. 16).

Portanto, as famílias homoafetivas têm muito a contribuir para uma formação mais igualitária na divisão dos papéis tradicionalmente distribuídos pelo gênero, já que não há, em princípio, uma divisão sexual do trabalho no âmbito doméstico. A seguir serão abordados os institutos das licenças maternidade e paternidade no direito brasileiro, tanto para casais homoafetivos como para casais heteroafetivos, com o intuito de analisar como essas famílias podem lidar com os cuidados da criança recém-chegada.

3. AS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Atualmente, as licenças maternidade e paternidade têm uma enorme discrepância quanto ao seu período, pois, de uma forma geral, as mulheres podem usufruir da licença por

⁵ Para Maria Berenice Dias (2014, p. 203), o direito de gerar e criar filhos está compreendido à dignidade da pessoa humana e ao direito de personalidade, pois faz parte da busca pela felicidade e realização como seres humanos. Nesse mesmo sentido, Luis Edson Fachin disse (2001, p. 125): “Da visão transpessoal, espelhada pelo Código, na qual o indivíduo vivia em função da instituição família, à visão eudemonista consagrada na Constituição, há uma mudança, cuja referência é decisiva para demonstrar este novo desenho: a realização da pessoa por intermédio da família”.

120 dias (artigo 7º, XVIII, CF/88), enquanto que os homens por apenas cinco dias (artigo 10, § 1º, ADCT-CF/88). Essa drástica diferença vem da construção histórica de relacionar o trabalho doméstico e do cuidado das crianças à figura feminina.⁶ Mauricio Godinho Delgado (2015, p. 410) afirma que logo após a promulgação da Constituição de 1988, a diferença dos prazos constitucionais previstos gerou polêmica, mas que indiscutivelmente geraram efeitos de imediato.⁷

Thereza Cristina Gosdal, por sua vez, afirma que a presença de filhos influencia de maneira diversa na carreira profissional de mulheres e homens: no caso das mulheres, as empresas entendem que a maternidade causa maior risco de absenteísmo e de menor concentração na vida profissional, pois as responsabilidades familiares são maiores do que para os homens. Já no caso destes, a presença de filhos é avaliada de forma positiva, pois se pressupõe que um homem com uma família constituída é mais maduro e responsável, revelando maior compromisso com a vida laboral (GOSDAL, 2003, p. 168-169). Portanto, “a crítica principal está em não tratarem da licença como parental, deixando o pai fora das responsabilidades familiares e em última instância, reforçando a discriminação da mulher no emprego” (GOSDAL, 2003, p. 217).

Desta forma, é evidente a manutenção da ideia de que o trato dos filhos é tarefa da mulher, pois a discriminação da mulher no emprego ainda é intensa, uma vez que embora o salário-maternidade seja mantido pela Previdência Social, há custos com substituições da empregada, períodos de amamentação, além da sujeição do empregador à possível maior ausência da mulher nos primeiros anos de vida da criança. “Gestação, parto, amamentação e encargos familiares continuam fundamentando condutas discriminatórias das empresas relativamente às mulheres trabalhadoras” (GOSDAL, 2003, p. 219). Por isso, defende-se a evolução legislativa para que o pai assuma maiores responsabilidades familiares, seja pelo aumento da licença-paternidade, como defende Stanley Souza Marques, seja pela concessão de uma licença-parental, em que os pais possam dividir o período da licença de acordo com sua estrutura familiar.

A Lei nº. 12.873 de 2013 modificou o texto da CLT e da Lei nº. 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social)⁸ possibilitando ao homem o direito à licença e ao salário-maternidade na situação que especifica. O benefício e a licença serão garantidos para os homens segurados pela Previdência Social na hipótese de adoção ou obtenção de guarda judicial para adoção. No entanto, nas hipóteses de pedido de adoção ou de guarda em conjunto (a modificação não limita os adotantes a serem ou não do mesmo sexo), a licença-maternidade e o salário-maternidade só poderão ser concedidos a apenas um dos adotantes. Também há previsão para que o homem (segurado) possa auferir esses direitos no caso de morte da genitora, pelo tempo restante que teria a mãe (ou pela totalidade, no caso de morte em decorrência do parto).

Primeiramente, quanto às alterações na Lei de Benefícios Previdenciários, extinguiu-se a distinção de períodos do benefício (salário-maternidade) de acordo com a idade da criança. Também se pôs fim à restrição ao recebimento para quem adotasse crianças com mais de oito anos de idade (regra que foi constitucionalmente questionada, quando cotejada com o

⁶ “O que evidencia que a inter-relação entre os papéis produtivos e reprodutivos da mulher ainda serve para legitimar o tratamento diferenciado que lhe é conferido” (GOSDAL, 2003, p. 163).

⁷ Delgado (2015, p. 410) ainda afirma que “a vigência imediata dos preceitos do art. 7º constitucional era determinação da mesma Constituição (art. 5º, § 1º, CF/88), que excetuava somente as hipóteses normativas em que a própria norma instituidora condicionasse sua incidência e eficácia à publicação de diploma infraconstitucional. Regulamentador. No caso da licença-paternidade, isso claramente não ocorreu, à luz do próprio preceito transitório do art. 10, § 1º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (que fixava, provisoriamente, em cinco dias, o prazo da licença-paternidade)”.

⁸ A Lei ainda alterou textos de matérias administrativas, empresariais, agrárias, urbanísticas e de processo civil.

§ 6º do artigo 227 da CF/88), já que isso acabava por dificultar a convivência dessa criança com a família.⁹

A Lei de Benefícios Previdenciários também resolveu a incongruência que o advento da Lei 12.010/2009 provocou. Note-se que a Lei 12.010/2009 tinha acabado com a distinção de prazos para a licença-maternidade de acordo com a idade da criança. Entretanto, o artigo referente ao salário-maternidade não sofreu alterações, “apresentando incompatibilidade com a regra da CLT, por manter prazos diferenciados, com base na idade da criança, para o período previsto para o salário-maternidade devido para as seguradas em geral que efetuarem a adoção ou a guarda para fins de adoção” (ROCHA e BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 346). Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior ressaltam que essa diferença não fazia o menor sentido, e que trouxe vários problemas práticos, como por exemplo, a previsão de licença-maternidade para adoção de crianças maiores de oito anos sem que a mãe recebesse o benefício previdenciário em contrapartida.¹⁰ Ressalta-se que essa questão foi judicializada e a 1ª Vara Federal de Florianópolis reconheceu a inconstitucionalidade da previsão do direito ao salário-maternidade ser fracionado de acordo com a idade da criança adotada:

Por outro lado, não vislumbro razoabilidade no argumento de que as razões de diferenciação são a ausência de necessidade de recuperação da saúde da mulher e o fato de que as crianças maiores de um ano não dependem de amamentação. É que uma criança adotada precisa de um período de aclimatação e adaptação à nova família, sendo indispensável a presença do pai, mãe ou responsável nos primeiros meses de adoção. O sucesso da adoção dependerá do total acolhimento e atenção dada pela mãe ao seu novo filho. Para isso, é preciso tempo e dinheiro. Assim, ao não conceder tempo e recursos para seja perfectibilizada tal adaptação, o Estado está a desestimular a prática da adoção, sabendo que existem muitas crianças maiores de um ano de idade que precisam de proteção e atenção para sair das ruas e se tornarem cidadãs (BRASIL. 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC. **Ação Civil Pública nº 5019632 23.2011.404.7200/SC**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Instituto Nacional Do Seguro Social (INSS). Juiz Federal: Marcelo Krás Borges. Publicação em 03/05/2012).

A decisão já vinha sendo cumprida pelo INSS¹¹ até que a edição da Lei nº. 12.873/2013 reconheceu o acerto da orientação do Poder Judiciário, confirmando o

⁹ “De efeito, a restrição do pagamento do benefício para quem adotasse crianças maiores de oito anos nunca pareceu uma medida moralmente adequada, quando se sabe que as crianças maiores são justamente as com maior dificuldade para serem inseridas em uma família substituta” (ROCHA e BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 347).

¹⁰ “Propõe-se ainda a alteração da redação do art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991 a fim de que seja assegurado o salário-maternidade, pelo período de 120 dias, à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, independentemente da idade. Sabe-se que o art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação alterada pela Lei 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. Desta 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” (ROCHA e BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 346-348).

¹¹ “O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS torna público que, em cumprimento à sentença de procedência proferida na ACP nº 5019632-23.2011.404.7200, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC, os benefícios de salário-maternidade em manutenção ou concedidos com fundamento no art. 71-A da Lei nº 8.213/91 (casos de adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção), passarão a ser devidos pelo prazo de 120 (cento e vinte dias), independentemente da idade do adotado, desde que cumpridos os demais requisitos legais para a percepção do benefício. Nos casos de salário-maternidade em manutenção, a prorrogação do prazo para 120 dias será efetivada de ofício pelo INSS, independentemente de requerimento

entendimento de que a diferenciação de prazos fere a igualdade constitucional entre filhos biológicos e adotivos (artigo 227, § 6º, CF), além de esbarrar nos artigos 203, I, (“A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”) e 6º, caput (“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”), ambos da Constituição Federal de 1988.

Ao possibilitar a retirada do benefício e da licença-maternidade pelo homem em casos de adoção, a Lei 12.873/13 reitera a função social dos institutos¹², pois “com as mudanças que a família vem sofrendo ao longo do tempo, cada vez mais acentua-se a necessidade de proteger os laços afetivos que circundam o núcleo familiar, pois não se pode deixar desprotegido o elo mais fraco: o filho recém-nascido ou adotado” (ROCHA e BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 348.). Também possibilitou aos casais homoafetivos formados por dois homens ter o reconhecimento ao benefício e à licença, respeitando os princípios da proteção e da isonomia (antes da lei, já havia este reconhecimento da esfera administrativa, mas a positivação é um expresse avanço).

“A nova redação do art. 71-A, definida pela Lei nº 12.873/13, não deixa dúvidas sobre o direito de percepção do salário-maternidade para o segurado que adotar ou obtiver guarda para fins de adoção de criança [...]” (ROCHA e BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 349), entretanto, não se vislumbra razão para a não concessão do benefício (e da licença-maternidade) para as outras possibilidades de homoparentalidade, como a reprodução assistida.

Outra conquista foi a positivação do artigo 71-B da nº. Lei 8.213/91 e do § 5º do artigo 392-A da CLT, prevendo o direito de percepção do salário-maternidade e da licença-maternidade nos casos de falecimento do segurado ou da segurada que recebia originalmente as garantias.¹³ Entretanto, já havia decisões judiciais concedendo o benefício ao cônjuge em caso de morte da mãe, como por exemplo a decisão proferida pela 2ª Turma Recursal do Paraná:

Penso que seja fundamental à compreensão da controvérsia a fixação de uma premissa, qual seja, a de que o benefício tem como destinatário a própria criança, muito embora deferido à mãe. Com efeito, é a criança quem precisa dos 120 dias para adequar-se à vida extrauterina e à rotina do novo lar. O salário-maternidade não é um benefício por incapacidade, já que a incapacidade decorrente propriamente do trabalho do parto não dura obviamente o lapso previsto no art. 71 da Lei 8.213/91. O salário-maternidade representa em verdade, para o bebê, a garantia de que terá à sua disposição alguém que lhe seja inteiramente dedicado durante período de tempo mínimo necessário para o seu pleno desenvolvimento nos primeiros meses de vida, sem que essa dedicação signifique qualquer diminuição do rendimento familiar, já por si mesmo abalado pela chegada de mais um

administrativo da segurada [...]” (PREVIDÊNCIA SOCIAL. **DECISÃO JUDICIAL:** INSS publica sentença da ACP nº 5019632-23.2011.404.7200, sobre salário-maternidade para mães adotantes).

¹² Como não há uma determinação legal de quem será o beneficiário da licença e do benefício, seria mais adequado falarmos em licença-parental e salário-parental. Defende-se no presente texto que a escolha do casal deveria ser possível em todos os casos de filiação (não somente adoção), devendo a licença-parental e o salário-parental substituir os atuais institutos (licenças maternidade e paternidade e salário-maternidade).

¹³ “Exige-se do cônjuge ou companheiro sobrevivente que ostente a qualidade de segurado. Evidentemente, se o cônjuge não era segurado, não fará jus ao salário-maternidade. Contudo, a família não ficará desamparada. Se o cônjuge falecido tinha o direito de receber o salário-maternidade, haverá direito ao benefício de pensão por morte” (ROCHA e BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 351).

membro. No caso dos autos, essa pessoa era o pai, não a mãe. Disso resulta que, ausente a mãe, como destinatária natural do benefício, mas presente o pai, que assumiu, em face da viuvez prematura, os cuidados com a criança, é ele também destinatário, por substituição, do salário-maternidade. Essa conclusão também pode ser extraída de forma direta da norma do art. 227 da Constituição Federal que, ao partilhar a responsabilidade pela vida dos menores entre pais, sociedade e Estado, permite sem dúvida uma leitura extensiva do texto do art. 71 da Lei 8.213/91, para amoldar o seu texto a situações excepcionais como a espelham os autos (BRASIL. 2ª Turma Recursal do Paraná. **Recurso Cível nº. 5002217-94.2011.404.7016/PR.** Recorrente: Valdecir Kessler. Recorrido: Instituto Nacional Do Seguro Social (INSS). Juiz Relator: Guy Vanderley Marcuzzo. Publicação em 28/02/2012. BRASIL. 2ª Turma Recursal do Paraná. **Recurso Cível nº. 5002217-94.2011.404.7016/PR.** Recorrente: Valdecir Kessler. Recorrido: Instituto Nacional Do Seguro Social (INSS). Juiz Relator: Guy Vanderley Marcuzzo. Publicação em 28/02/2012).

A decisão, ainda que acertada, poderia trazer prejuízos à criança recém-nascida que demanda cuidados intensos, já que a morosidade do Poder Judiciário é notoriamente conhecida. Por isso, destacamos a importância da positividade deste dispositivo, já que a necessidade de recorrer ao Judiciário nessa situação já perversa traz ainda mais sofrimentos em um momento muito relevante para o crescimento sadio da criança.

Com a nova inclusão do § 5º no artigo 392-A, os homens podem usufruir da licença-maternidade em casos de adoção. É um grande avanço, já que possibilita aos casais homoafetivos terem esse direito positivado. Entretanto, essa limitação (somente em casos de adoção) acaba por manter a discriminação das mulheres no emprego. No caso de adoção por casais heteroafetivos, o casal também pode escolher quem retirará a licença-maternidade e receberá o benefício previdenciário. Pesquisando na Base de Dados Históricas da Previdência Social, podemos observar que após a Lei 12.873 de 2013 tornou-se possível a concessão administrativa do benefício para os homens, poise saímos da estaca zero para 54 casos em 2013 (veja Tab. 1).

Tabela 1 - Benefícios concedidos por sexo e ano (salário-maternidade)

Ano	Homens	Mulheres	Total
2012	0	604.815	604.815
2013	54	628.355	628.409
2014	148	631.539	631.687
2015	202	561.249	561.451

Fonte: Dados retirados da Base de Dados Históricas da Previdência Social.

Entretanto, mesmo após a publicação da Lei 12.873/13, pouquíssimos homens receberam o salário-maternidade. Assim, a pouca expressividade do número de requerimentos por homens faz com que possamos concluir que esse benefício, em sua grande maioria, foi usufruído por casais homoafetivos formados por dois homens ou em casos de morte da mãe. Merece destaque o fato de que o número de adoções ainda é baixo quando comparado com a filiação biológica, ou seja, as possibilidades de o segurado obter a licença são baixas. É necessário, então, estender esse direito para os casos diversos da adoção.

Conforme exposto, com a possibilidade de entender o afeto como determinante na configuração de uma entidade familiar, e com o possível desejo do casal homossexual de ter filhos, agora cabe a análise de como os institutos das licenças maternidade e paternidade são conferidos a uma família homoafetiva com filhos, configurando-se a chamada homoparentalidade:

O tempo homoparentalidade teve sua origem na França quando, por volta dos anos 90, gays e lésbicas o criaram para definir suas famílias, compostas por pais e mães não heterossexuais. Ele foi traduzido do francês “homoparentalié”, cunhado em 1997, pela APGL, identificando a situação familiar em que, no mínimo, o pai ou a mãe se assume como homossexual, ou seja, é a situação na qual pelo menos um adulto que se autodesigna homossexual é (ou pretende ser) pai ou mãe de, no mínimo, ou criança (MOSCHETTA, apud DIAS, 2014. p. 304.).

Há várias formas que possibilitam aos homossexuais terem filhos, dentre as quais podemos elencar: ter filhos de uma relação heterossexual anterior; adoção; reprodução humana assistida. Possibilitada a homoparentalidade, seja pela adoção ou pela reprodução assistida, abre-se a discussão no que diz respeito à licença-maternidade e à licença-paternidade. Dias (2014, p. 222) nos propõe alguns questionamentos: “adotada uma criança por um homem, qual o período de licença terá? Somente cinco dias? E se forem dois pais, terão ambos direito ao mesmo período de licença? E quando forem duas as mães? Cada uma fará jus à licença-maternidade?”

Conforme analisado, a Lei 12.873 de 2013 respondeu alguns destes questionamentos, especialmente no que diz respeito à adoção: no caso de adoção por dois homens, um deles terá direito à licença-maternidade, com a inteligência do artigo 392-C, da CLT, combinado com o artigo 392-A, §5º da CLT. Quando duas mulheres adotarem uma criança, somente uma delas poderá usufruir da licença-maternidade, de acordo com o artigo 392-A, §5º da CLT. Portanto, ao reconhecer outras realidades afetivas, a legislação precisou dar conta de outros direitos que decorrem desse novo perfil de relações familiares. Esta foi a intenção do legislador, que ao editar a Lei 12.873/13, possibilitou aos casais homoafetivos o direito à licença-maternidade (e salário-maternidade) de maneira mais facilitada, isto é, sem precisar recorrer administrativa ou judicialmente.¹⁴

Entretanto, não constam alterações quanto à licença-paternidade, assim, caso duas mulheres tenham um filho por reprodução assistida, e uma delas usufruir da licença-maternidade, a outra terá os cinco dias de licença-paternidade? As modificações também não dão conta de outros casos de homoparentalidade por reprodução assistida, conforme noticia Dias: “apesar de o Conselho Federal de Medicina afirmar que lésbicas podem realizar a fertilização assistida, há o problema do registro, onde apenas a mãe que gestou tem direitos legais sob a criança, mesmo que o material genético seja da mãe que não gestou”¹⁵, e quanto aos homens que optam pela reprodução assistida, há apenas previsão de licença-paternidade pelo prazo ínfimo de cinco dias.¹⁶

¹⁴ Entretanto, casais homoafetivos ainda encontraram dificuldade para retirar a licença, como o caso de Rogério Koscheck e Weykman Padinho, em que a licença-maternidade somente foi concedida depois de uma decisão judicial (CASAL..., 3 de setembro de 2014, sem numeração).

¹⁵ (PRECONCEITO..., 24 de março de 2014, sem numeração).

¹⁶ A Lei 12.873/13 não deu conta de garantir a licença e o salário-maternidade para os casos além da adoção homoafetiva, não havendo previsão legal desses institutos nos casos de reprodução assistida realizada por dois homens. Ressalta-se que casais heteroafetivos também podem enfrentar dificuldades semelhantes, quando, por exemplo, utiliza-se técnicas de reprodução humana assistida.

Ao verificarmos os objetivos das licenças, um deles é o maior contato da criança com a família nos primeiros dias de vida ou, no caso de adoção, a construção da base dessa nova relação familiar que irá se formar. Assim, é intuitivo concluir que os institutos devem ser estendidos para os demais casos, além da adoção. Nesse sentido, Dias (2014, p. 223) afirma: “Apesar de a lei falar exclusivamente da adoção, não há como deixar de fazer interpretação integrativa e assegurar o mesmo direito a quem fizer uso da reprodução assistida”.

Nesse jaez, o Estatuto da Diversidade Sexual, apresentado pelos Membros da Frente Parlamentar Mista pela Cidadania LGBT e pela Comissão da Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil, prevê a chamada “licença-natalidade” em seu artigo 25, com a seguinte redação:

Art. 25 - É assegurada licença-natalidade a ambos os pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias.

§ 1º - Durante os 15 dias após o nascimento, a adoção ou a concessão da guarda para fins de adoção, a licença-natalidade é assegurada a ambos os pais.

§ 2º - O período subsequente será gozado por qualquer deles, de forma não cumulada.

A proposta altera, entre outros dispositivos, os artigos 5º, 320, § 3º, **392-A** e 473 da Consolidação das Leis do Trabalho e os 16, 18, 25, 26, 28, 39, **71, 71-A, 72, 73**, 110 e 124 da Lei que regula os Planos de Benefícios da Previdência Social. As alterações proporcionariam que os pais (não somente para os casais homoafetivos) pudessem retirar a licença da maneira que lhes for mais conveniente.¹⁷ Ambos teriam direito à licença nos quinze primeiros dias, resolvendo a questão da licença-paternidade anteriormente questionada, e após esse período, qualquer um dos pais teria direito à concessão da “licença-natalidade” por 180 dias (DIAS, 2014, p. 223).

Nota-se que a “licença-natalidade” muito se aproxima da “licença-parental”, que será abordada seguir. Também podemos observar que no caso dos casais homoafetivos “oportuna-se as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo a decisão sobre quem irá exercer esse direito” (MATOS e DA SILVA, 2016, p. 23). Nessa conjuntura, as relações homoafetivas parecem estar um passo à frente, pois a escolha sempre caberá ao casal (quanto às hipóteses reconhecidas legalmente), o que acarreta uma aproximação do instituto da licença-parental. O texto, portanto, segue com a justificativa de democratizar questões já normatizadas. O modelo paradigmático de família não é necessariamente o heterossexual, sendo que as mais diversas formas de modelos familiares podem, de forma conjunta, contribuir para a formação de institutos mais acordados com a realidade social.

4. APROXIMAÇÃO DA LICENÇA-PARENTAL NOS CASOS DE HOMOPARENTALIDADE

Os novos cenários de entidades familiares fazem reconhecer outras realidades afetivas, como a família homoafetiva. Como abordado anteriormente, as possibilidades de homossexuais terem filhos são vastas, e, assim sendo, essas crianças (bem como a própria

¹⁷ Isso porque a proposta também contém uma emenda constitucional, com a seguinte redação: “Art. 1º O art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 7º. ... XVIII – licença-natalidade, concedida a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e oitenta dias; XIX – licença paternidade de quinze dias, nos termos fixados em lei, a ser concedida após o nascimento, a adoção ou a concessão de guarda para fins de adoção, assegurada a ambos os pais; XXX – proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, identidade de gênero, idade, cor ou estado civil’” (ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL).

família) também devem ter proteção. Entretanto, não há uma proteção exclusiva desse novo arranjo familiar, sendo apenas baseada nas licenças maternidade e paternidade já existentes (MATOS e DA SILVA, 2016, p. 21).¹⁸

Como destacado, a Lei nº. 12.873/2013 possibilitou que, nos casos de adoção, a escolha de quem retiraria a licença-maternidade coubesse aos pais: “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” (IBALDO, 2014, p. 24).

Entretanto, essa lei foi falha no que consta às outras formas de filiação, já que não trata da possibilidade de escolha para além da adoção (estando os casais submetidos às licenças maternidade e paternidade ordinárias). Para os casais homoafetivos que não desejem a filiação por adoção, a lacuna pode até mesmo negar qualquer período de licença.¹⁹ De qualquer sorte, já foi defendido que essa possibilidade de escolha nos casos de adoção possa ser estendida para todos os casos.

Porém, antes mesmo da própria previsão legal, decisões judiciais já garantiam a licença-maternidade para um dos integrantes do casal (no caso de filiação por duas mulheres, a situação gera menos empecilhos legais, já que uma delas poderia usufruir da licença-maternidade)²⁰, como se exemplifica no seguinte caso:

Um servidor público federal de Campo Grande (MS), que mantém união homoafetiva, conseguiu na Justiça o direito de licença-maternidade integral em razão da obtenção da guarda judicial conjunta de uma criança de menos de um ano. (...) Na decisão, o relator do caso disse que “o órgão especial deste Tribunal considerou inconstitucional o art. 210 da Lei nº. 8.112/90, por violar o art. 227, § 6º da Constituição da República, que proíbe a discriminação dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, assegurando-lhes os mesmos direitos e qualificações (TRF da 3ª Região, MS n. 2002.03.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05). Na oportunidade, restou consignado que a licença é direito também do filho, pois sua finalidade é “propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança”, razão pela qual a adotante faria jus ao prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada”.²¹

Com o advento da Lei nº. 12.873/2013, a via administrativa se tornou mais viável (não dependendo do Judiciário, que em muitos casos pode ser moroso), o que também garantiu espaço para a possibilidade de escolha entre o casal (no caso de ambos serem segurados), conforme notícia veiculada em cinco de junho de 2015 (grifo nosso):

Paraná - O INSS de Curitiba, no Paraná, concedeu salário-maternidade a um trabalhador gay casado há oito anos com seu companheiro. O casal adotou

¹⁸ O que resulta em uma série de questionamentos sobre a aplicabilidade dos institutos para casais homoafetivos, conforme apontado anteriormente.

¹⁹ Como no caso de dois homens optarem por fertilização *in vitro* em parceira feminina, em que nenhum deles teria direito à licença-maternidade, a princípio.

²⁰ Entretanto, já há casos de dupla licença-maternidade para um casal de mulheres – o que seria ideal em qualquer família, já que permite o convívio de ambos os pais durante os primeiros dias de contato da criança com a família. As peculiaridades do caso levaram ao deferimento da dupla licença, pois os óvulos de uma das mulheres foram implantados na esposa que geraria os gêmeos. Ainda, ambas as mães amamentariam os filhos, facilitando a aceitação do pedido (MARQUES, 16 de novembro de 2014, sem numeração).

²¹ (SERVIDOR..., 27 de novembro de 2012, sem numeração).

duas crianças — uma de menina de 8 anos e um menino de 9 — e um dos segurados que trabalha na iniciativa privada teve reconhecido o direito a quatro meses de licença maternidade, conforme previsto pela Lei 12.837/13. A legislação estende o benefício a homens que têm a guarda judicial para fins de adoção de filhos. É o primeiro caso de pai adotante a contar com o auxílio no estado do Paraná. (...) Segundo Fernando, a opção de fazer o pedido do benefício à Previdência Social foi de fundamental importância para o desfecho do processo de adoção dos dois menores e para adaptação dos novos componentes da família. **“Essa opção de um de nós ficar dentro de casa nesses primeiros meses foi fundamental para a rápida adaptação deles, sobretudo para eles se sentirem seguros em relação à nossa intenção de ser pais deles e de não abandoná-los”,** argumentou Fernando, após o casal ter cumprido exigência da assistente social de passar uma semana convivendo com as crianças em Foz do Iguaçu. **Com a rotina e horários de trabalho mais difíceis, Fernando, que é supervisor de telecomunicações, foi o beneficiado pela licença maternidade do INSS. Iury é servidor público e possui jornada mais flexível, a ponto de conseguir ir almoçar em casa com a família.** Eles aguardam agora a confirmação da guarda definitiva para que as crianças possam adotar os sobrenomes dos pais nas documentações.²²

Assim, fica evidenciado que nos casos de homoparentalidade, antes mesmo da previsão legal, o casal já tinha mais liberdade para definir quem usufruiria da licença-maternidade, de acordo com a sua realidade familiar. “Portanto, a conexão menos óbvia entre sexo e gênero nos casais homossexuais pode propiciar relevantes reinvenções de institutos engessados e incorporados pelos casais heterossexuais. Nesse âmbito é que se trata da ‘licença homoparental’” (MATOS e DA SILVA, 2016, p. 21).

Por isso, há uma aparente aproximação do instituto da licença-parental – não de forma integral, pois ainda não há a possibilidade de fracionar o período entre o casal, nem mesmo um período comum para ambos.

A figura da licença-parental consiste basicamente na decisão do casal de retirar a licença. Essa possibilidade de escolha permitiria uma maior igualdade de gênero, pois geraria uma distribuição das tarefas domésticas entre o casal. Assim, a licença-parental deve ser encarada como um dos meios para promover oportunidades equivalentes entre homens e mulheres, possibilitando a estas disputarem espaços profissionais em melhores condições. Isso porque os encargos da reprodução acabam recaindo para as mulheres, que em muitos casos precisam abandonar os empregos para cuidar dos filhos. De acordo com a pesquisa realizada por Robert Half em 2013, “no Brasil, 85% das empresas responderam que menos da metade de suas funcionárias retorna à vida profissional após o nascimento de seus filhos”, sendo que a média global é de 52%.²³ Desta forma, a ordem social patriarcal (que se reflete no campo jurídico) apresenta a predominância das mulheres nos cuidados da casa e dos filhos, o que se mostra insustentável diante da participação da mulher no mercado de trabalho.

Como abordado, nos casos de casais homoafetivos, essa escolha sempre existiu²⁴, e com base nessa experiência podemos repensar os papéis de mãe e pai dos casais heterossexuais. Isso porque:

²² (INSS..., 5 de junho de 2015, sem numeração).

²³ “Em relação às mulheres que ocupam cargos de gestão, a taxa de retorno ao trabalho é mais alta. Apenas 37% das companhias brasileiras responderam que a volta ao trabalho fica abaixo de 50%, enquanto 63% relataram que o índice é superior a 50%” (HALF, 23 de novembro de 2013, sem numeração).

²⁴ Ressalta-se que “*sempre existiu*” desde o curto período em que esses casais foram considerados capazes para criar uma criança. Isso porque a maioria das conquistas dos homossexuais são recentes e até menos de uma década atrás ainda era difícil para um casal homoafetivo adotar uma criança conjuntamente.

[e]m casais do mesmo sexo, porém, as fronteiras são menos evidentes, porque não há, a priori, um(a) responsável pelo aspecto econômico e outro(a) pelo aspecto afetivo. Não por menos, as parentalidade gays, lésbicas têm o potencial para a reinvenção do instituto da licença-maternidade. Por isso, podem as experiências heterossexuais toma-las como base para a superação de alguns estigmas há muito enraizados (MATOS e DA SILVA, 2016, p. 21).

Nesse contexto, a licença-parental tem se mostrado um instituto que de certa forma faz parte da realidade homoafetiva, ao contrário das relações heterossexuais, que mesmo em casos de adoção (e a conseqüente possibilidade de o homem retirar a licença-maternidade, de acordo com a lei nº. 12.873/2013), há um número ínfimo de homens quem solicitam a licença-maternidade. Portanto, “sustenta-se, com isso, a relevância do diálogo construtivo entre vivências afetivas hetero e homossexuais. Não se deve resumir, a reflexão, à análise daquelas realidades em dos direitos destas, através de lentes reducionistas e desatentas dos corolários da alteridade” (MATOS e DA SILVA, 2016, p. 23). Assim, fica demonstrado que as famílias homoafetivas têm muito a contribuir para a democratização das relações familiares, destacando no presente texto a não conformação com os papéis tradicionalmente atribuídos de acordo com o gênero.

Por fim, ainda há espaço para afirmar que as relações homoafetivas não estão isentas dos paradigmas da discriminação de gênero. O debate, por esta razão, também deve incluir esses vínculos, assim como diz Daniel Welzer-Lang (2001, p. 473-474):

A adoção de uma problemática crítica quanto ao duplo paradigma que estrutura o masculino propõe também uma renovação dos debates atuais nas ciências sociais ou em outros lugares. A consideração de uma análise não-heteronormativa abre os espaços de discussão, questiona nossos pressupostos sobre os homens e o masculino. No momento, nos textos que se querem progressistas e não-excludentes, aqueles que colocam em evidência um heterossexismo diferencialista, uma nota de pé de página nos informa que o autor considera que sua análise vale também para os/as homossexuais. Claro que eles/elas existem. Mas a questão não é tanto de visibilizar sua existência como integrar sua presença nas análises, questionar os pressupostos naturalistas que organizam sua invisibilização.

Assim, ainda que não haja uma pré-disposição²⁵ de qual dos pais ou mães retirará a licença-maternidade, que aqui podemos definir como licença-parental homoafetiva, há espaço, infelizmente, para a manutenção da discriminação de gênero: “[...] estrutura o masculino de maneira paradoxal e inculca nos pequenos homens a ideia de que, para ser um (verdadeiro) homem, eles devem combater os aspectos que poderiam fazê-los serem associados às mulheres” (WELZER-LANG, 2001, p. 462).

Portanto, não obstante as famílias homoafetivas²⁶ poderem representar uma maior expressividade quanto à desnaturalização das tarefas domésticas, estas carregam a

²⁵ O que se quer demonstrar é que não há uma determinação legal, mas isso não exclui que haja, no âmbito do casal, uma pré-disposição.

²⁶ Ainda podemos citar a crítica sobre a noção de família/parentalidade heterossexual. Judith Butler afirma que o modelo de família buscado (casamento, filiação, etc.) é de matriz heterossexual, mas que não necessariamente atinge outras formas de convívio: “Nesse sentido, as relações de parentesco atingem fronteiras que põem em questão a distinção entre parentesco e comunidade, ou que clamam por uma concepção diferente de amizade. Isso se constitui numa ‘ruptura’ do parentesco tradicional que não somente desloca o lugar central das relações biológicas e sexuais de sua definição, mas confere à sexualidade um domínio separado daquele do parentesco,

possibilidade de lidar com a dominação masculina. Desta forma, ainda há muitas lutas a serem travadas para atingir a igualdade de gênero.

5. CONCLUSÃO

Mesmo com uma nova percepção das entidades familiares, em que o afeto vem ganhando cada vez mais espaço, o patriarcado ainda se mantém forte, o que resulta, entre outras mazelas, nos desequilíbrios entre homens e mulheres no mercado de trabalho (em relação aos salários, cargos de chefia e até mesmo para adentrar no mercado). A participação das mulheres no trabalho produtivo, ainda que elevada, não excluiu os trabalhos domésticos tradicionalmente a elas atribuídos. Desta forma, as mulheres continuaram sendo as principais responsáveis pelos cuidados da casa e dos filhos.

Estas constatações somente confirmam a realidade da maioria das famílias brasileiras, em que o trabalho não-produtivo é naturalizado pelas mulheres, como uma própria condição biológica. Neste cenário, foi possível concluir que as licenças maternidade e paternidade acabam por dar mais legitimidade a este modelo patriarcal, já que a discrepância entre os períodos, de 120 dias para as mulheres e de cinco dias para os homens, reafirma que os cuidados com a prole devem ser responsabilidade predominantemente das mães. Por isso, ressalta-se a importância de uma discussão sobre a socialização do trabalho doméstico, que não deve ser centralizado na mulher, mas sim dividido entre os participantes da entidade familiar.

Constatou-se que a Lei nº. 12.873/2013 trouxe avanços para a igualdade de gênero nos casos de adoção, pois trouxe a possibilidade de tanto o homem como a mulher poderem retirar a licença-maternidade. Entretanto, na prática, poucos homens requereram a licença mesmo após a previsão legal, reforçando a ideia de que a divisão sexual do trabalho é uma questão não somente jurídica, mas também histórica e social. A lei de 2013 também pecou ao limitar a escolha aos casos de adoção, perdendo a oportunidade de estender esta possibilidade aos demais casos de filiação, aproximando-se de uma licença-parental.

Conclui-se, ainda, que os casais homoafetivos, por não contemplarem, a priori, uma divisão sexual das tarefas domésticas entre os familiares, podem nos fazer questionar os papéis atribuídos por gênero nas relações heteroafetivas. De modo que as licenças já previstas no ordenamento jurídico brasileiro (maternidade e paternidade) se aproximam da licença-parental nos casos de famílias homoafetivas. Isso porque para essas relações a escolha da licença fica a cargo do casal, mesmo em casos de não adoção. A reflexão que podemos fazer é que as relações homoafetivas podem servir de diálogo para a democratização das demais relações familiares, permitindo maior igualdade entre os membros dos casais.

Portanto, as famílias homoafetivas têm muito a contribuir para uma formação mais igualitária na divisão dos papéis tradicionalmente distribuídos pelo gênero, já que não há, em princípio, uma divisão sexual do trabalho no âmbito doméstico. Nesse contexto, a licença-parental tem se mostrado um instituto que de certa forma faz parte da realidade homoafetiva, ao contrário das relações heterossexuais, que, mesmo em casos de adoção (e a consequente possibilidade de o homem retirar a licença-maternidade, de acordo com a Lei nº. 12.873/2013), apresenta um número ínfimo de homens que solicitam a licença-maternidade. Assim, fica demonstrado que as famílias homoafetivas podem colaborar para a democratização das relações familiares, destacando no presente trabalho a não conformação com os papéis tradicionalmente atribuídos de acordo com o gênero.

permitindo também que um laço durável seja pensado fora da moldura conjugal e abrindo o parentesco a um conjunto de laços comunitários que são irredutíveis à família” (BUTLER, 2003, p. 255-256).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

_____. 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC. **Ação Civil Pública nº 5019632 23.2011.404.7200/SC**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Instituto Nacional Do Seguro Social (INSS). Juiz Federal: Marcelo Krás Borges. Publicação em 03/05/2012. Disponível em: <<http://goo.gl/mS34s8>>. Acesso em: 11 de agosto de 2016.

_____. 2ª Turma Recursal do Paraná. **Recurso Cível nº. 5002217-94.2011.404.7016/PR**. Recorrente: Valdecir Kessler. Recorrido: Instituto Nacional Do Seguro Social (INSS). Juiz Relator: Guy Vanderley Marcuzzo. Publicação em 28/02/2012. Disponível em: <<http://goo.gl/YSRZOn>>. Acesso em: 11 de agosto de 2016.

BUTLER, Judith. **O parentesco é sempre tido como heterossexual?** [online]. 2003. Disponível em: <<https://goo.gl/45jf3I>>. Acesso em: 26 de outubro de 2016.

CHAVES, Marianna. As uniões homoafetivas no direito comparado. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade homossexual e direito homoafetivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CONSULTOR JURÍDICO. **Servidor gay tem direito a licença-maternidade**. [online]. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/lv9ED>>. Acesso em: 26 de outubro de 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIREITO HOMOAFETIVO. **Casal gay ganha na Justiça direito a licença do trabalho após adotar quatro crianças**. [online]. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/BtXXpY>>. Acesso em 12 de agosto de 2016.

DIREITO HOMOAFETIVO. **Preconceito dificulta licença maternidade para pais e mães gays**. [online]. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/8X4kkB>>. Acesso em 12 de agosto de 2016.

ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL. Disponível em: <<http://goo.gl/Tbz66o>>. Acesso em 12 de agosto de 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____; FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade homossexual e direito homoafetivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da mulher no emprego**: relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba: Genesis, 2003.

HALF, Robert **Maioria das brasileiras interrompe a carreira após a maternidade**. [online]. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/NWYs6E>>. Acesso em 13 de outubro de 2016.

IBALDO, Hallana. **Licença-maternidade**: um estudo acerca da evolução jurídicopositiva da extensão do instituto aos casais homoafetivos adotantes. [online]. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/U18zLw>>. Acesso em: 26 de outubro de 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). [online]. 2016. **Dicionário reformula conceito de família**. Disponível em: <<http://goo.gl/gYvyAC>>. Acesso em: 25 de junho de 2016.

INSS. BASE DE DADOS HISTÓRICOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: <<http://goo.gl/oETHwn>>. Acesso em: 12 de agosto de 2016.

MANTOVANI, Flávia. G1. **Relação homossexual é crime em 73 países**; 13 preveem pena de morte. [online]. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/UZG9Z7>>. Acesso em: 16 de junho de 2016.

MARQUES, Cláudio. ESTADÃO. **Casal de mulheres tem licença-maternidade**. [online]. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/TvE9KD>>. Acesso em 26 de outubro de 2016.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” Entidades Familiares. In: _____ (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

_____. Perspectiva civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade homossexual e direito homoafetivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____; DA SILVA, Débora Simões. **Licença-parental e o enfrentamento da desigualdade de gênero no mercado de trabalho e âmbito familiar**. [online]. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/CjSQJn>>. Acesso em 05 de maio de 2016.

MIGALHAS. **Maioria do STF considera inconstitucional tratamento diferenciado a cônjuge e companheiro em sucessão**. [online]. 31 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/MAQ6OX>>. Acesso em 28 de setembro de 2016.

MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. Homoparentalidade: dupla maternidade/paternidade e a teoria do reconhecimento. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade homossexual e**

direito homoafetivo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O DIA. **INSS concede salário maternidade a casal gay que adotou dois filhos.** [online]. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/ANFTtR>>. Acesso em 26 de outubro de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. **DECISÃO JUDICIAL:** INSS publica sentença da ACP nº 5019632-23.2011.404.7200, sobre salário-maternidade para mães adotantes. Disponível em: <<http://goo.gl/YFJoLO>>. Acesso em: 11 de agosto de 2016.

REINHEIMER, Thiele Lopes. Homoparentalidade: uma questão de amor. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade homossexual e direito homoafetivo.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social:** Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. Homoparentalidade e filiação. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade homossexual e direito homoafetivo.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade homossexual e direito homoafetivo.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WELZER-LANG, Daniel. **A construção do masculino:** dominação das mulheres e homofobia. [online]. 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/Mloh0X>>. Acesso em: 26 de outubro de 2016.