

EXTENSÃO DA LICENÇA PATERNIDADE PARA CASAIS GAYS ADOTANTES: OMISSÃO LEGISLATIVA E ATIVISMO JUDICIAL

Dyane Gomes Teles de Almeida

Doutoranda do Programa de Memória: Linguagem e Sociedade da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB, advogada, bolsista da CAPES, dybertoldo@gmail.com;

João Diógenes Ferreira dos Santos

Doutor em Ciências Sociais, professor da Universidade Estadual de Feira de Santana-BA e docente do quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB, jdfsantos@uefs.br.

Resumo

Diante da omissão legislativa brasileira em regulamentar a licença adotante para os casais gays, garantindo a equiparação das suas licenças à dos casais heterossexuais, torna-se necessário destacar o papel do Poder Judiciário para atuar de maneira que garanta tais direitos. Dessa forma, o objetivo deste trabalho é analisar os princípios constitucionais como ferramenta para concretização dos direitos dos trabalhadores gays adotantes de terem a possibilidade de estarem mais tempo ao lado de filho e/ou filha adotado/adotada. Negar, portanto, a equiparação desse direito seria ferir os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Para realizar esta pesquisa, buscou-se fazer uma revisão da literatura teórica alicerçada na legislação, doutrina e jurisprudência pátrias que abordam o tema, com base no método histórico e tendo como parâmetro a análise qualitativa dos dados. A presente pesquisa possibilitou as seguintes conclusões: é necessário que o legislativo brasileiro, por meio da criação de uma Lei, garanta aos casais gays

o direito à licença adotante, equiparada à licença maternidade que é de até 180 dias para acompanhar seus/suas filhos/filhas nos primeiros meses de adoção. Tal medida irá retirar da decisão judicial a subjetividade de garantir ou não tal extensão da licença adotante para os casais gays, constituindo, assim, um direito. A negação desse direito pelo/pela empregador/empregadora, sendo agente privado ou público, é uma das expressões de preconceito enfrentadas, cotidianamente, por esse segmento social.

Palavras-chave: Direito, Adoção, Família, Paternidade.

Introdução

O conceito de família, hoje em dia, foi alargado pelas inúmeras possibilidades de constituição de uma entidade familiar, ou seja, não se compreende família apenas aquela constituída por casais heterossexuais. Conforme assevera Pereira (2002, p. 226-227), podemos compreender a extensão do conceito de família “a partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser espaço do afeto e do amor, [assim] surgiram novas e várias representações sociais para ela”. Logo, a entidade familiar passou a ser formada por um pluralismo em que não se considera a questão de gênero um fator determinante. No entanto, apesar das mudanças sociais que culminaram com a compreensão ampliada sobre o conceito de entidade familiar, os direitos advindos destas relações foram e vêm sendo, ao longo dos anos, negligenciados por não terem o devido amparo legal.

O STF reconheceu, na Ação Declaratória de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132 e na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.277, a plena igualdade em direitos e deveres aos casais heteroafetivos e aos casais homoafetivos, atribuindo interpretação extensiva ao artigo 226 da CF, e interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil. Desta feita, a família constituída de união homoafetiva deve ter os mesmos direitos e as mesmas obrigações que aquela formada por união heteroafetiva, em especial aos filhos havidos dessa união.

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona (2020, p. 1414) assim destacam:

Em que pese a ausência de previsão legal específica, o que no nosso entendimento, seria o recomendável, o casamento homoafetivo tem sido aceito por força da atuação dos Tribunais, superando a tradicional exigência da diversidade de sexos como pressuposto de existência, o que ganhou especial reforço com a edição da Resolução 175/2013 do CNJ, que veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Fruto, portanto, do ativismo judicial, verifica-se que o reconhecimento da relações afetivas de pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, foi resguardado.

Dentre vários direitos negligenciados voltados às relações homoafetivas, este trabalho pauta-se em analisar a licença adotante para casais gays que tem um período de concessão menor se comparado com os casais heterossexuais. Afinal, a licença adotante que os casais gays gozam compreende apenas o direito da licença à paternidade, que é de 05 (cinco) dias, em total discrepância com o prazo de 120 (cento e vinte) dias, que pode até ser estentido, obedecidos alguns criterios legais que abordaremos posteriormente, concedido ao casal heterossexual a título de licença maternidade.

Esta desigualdade no prazo da concessão de direitos fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, refletindo-se inclusive nos direitos da criança ou adolescente que tem cerceado o seu direito de convivência com seus pais, ora adotantes, por mais tempo, ou seja, em confronto também com os preceitos do Estatuto da Criança e do adolescente (BRASIL, 2006).

Dessa forma, tem-se como objetivo geral deste estudo analisar os princípios constitucionais como ferramenta para a concretização dos direitos dos trabalhadores gays adotantes de terem a possibilidade de estarem mais tempo ao lado do filho/filha adotado/adotada. Os objetivos específicos são analisar como o Judiciário, por meio do ativismo judicial, tem contemplado estes direitos.

Este tema revela-se de suma importância na medida em que a equiparação da licença paternidade à licença maternidade para casais gays adotantes fundamenta-se na necessidade de garantir à criança a sua proteção integral¹. A equiparação, por sua vez, fundamenta-se na necessidade de contemplação do princípio da isonomia entre o homem e a mulher materializada no texto constitucional e, assim, resguardar a dignidade destes pais.

1 Compreende-se pela doutrina da proteção integral adotada pelo ECA, segundo Ishida (2016, p. 23), “baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes”.

Metodologia

A pesquisa se desenvolverá por meio de revisão da literatura teórica alicerçada na legislação, doutrina e jurisprudência pátrias que abordam o tema, tendo em vista que as contribuições históricas são fundamentais para compreensão da formação das entidades familiares gays e os direitos à licença maternidade daí decorrentes em virtude do processo de adoção. Ao longo do desenvolvimento do trabalho, revela-se a escolha pelo método histórico, tendo como parâmetro a análise qualitativa de dados que se desdobram em cunho jurídico e sociológico, para que seja possível, por meio das legislações, doutrina e jurisprudências pátrias atreladas aos fatores sociais, compreender a necessidade de equiparação dos direitos concedidos aos casais gays de usufruírem de uma licença maternidade elastecida e em equiparação com a licença concedida a casais heterossexuais Dessa forma, com base no método histórico-jurídico e sociológico apresentado, a pesquisa será desenvolvida e permitirá apresentar seus resultados e discussões.

Referencial teórico

Com a regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça do casamento civil entre homossexuais, vários foram os pleitos deste público referentes aos direitos derivados dessa relação. No âmbito do direito à maternidade/paternidade, trataremos dos casais gays, ou seja, entidade familiar composta por dois homens que, ao constituírem sua convivência baseada no afeto e amor, começaram a reivindicar a possibilidade de juntos adotarem crianças e, em virtude disso, serem contemplados com a licença paternidade equiparada à maternidade. Eis que é discrepante a diferença na legislação em vigor.

As hipóteses de licenças maternidade e paternidade estão previstas na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2021), no capítulo que disciplina os direitos sociais, em seu artigo 7º, incisos XVIII e XIX, que assim preceituam:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

- XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- [...]

Por interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, compreende-se que a licença maternidade abrange tanto a licença à gestante quanto a licença à/ao adotante.

Cumpra salientar, por sua vez, que a Lei que deveria regulamentar o prazo das licenças paternidades ainda não foi criada, logo a regulamentação do prazo de 05 (cinco) dias encontra-se na parte final da constituição, ou seja, em seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Frise-se ainda que, com o advento da Lei n. 11.770/2008, no caso das relações trabalhistas privadas, houve regulamentação da possibilidade de extensão da licença maternidade e paternidade mediante concessão de incentivo fiscal para as empresas que aderissem ao Programa Empresa Cidadã (BRASIL, 2008). Logo, caso ocorra a adesão pelas empresas aos critérios estabelecidos na referida Lei, o prazo da licença maternidade passará de 120 dias para 180 dias e a licença paterna ampliará de 05 dias para 20 dias.

A questão em que se pauta este artigo está voltada ao fato de que para a adoção constituída por casais gays, ou seja, por dois homens que estiverem em regime formal de trabalho, o tempo de concessão da licença é de apenas 05 dias, quiçá 20 dias. Trata-se de um período muito curto para atender as necessidade da criança nessa fase de adaptação à nova família.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como objetivo fundamental da República do Brasil a promoção do bem a todos, já esclarece que não são permitidas as discriminações entre as pessoas advindas do sexo, cor, dentre outras. Dessa forma, observa-se a necessidade de se respeitar o direito à diferença, prestigiando que a preferência sexual cabe à autonomia da vontade de cada um e os direitos daí decorrentes devem ser amparados, sob pena de, se assim não for, graves injustiças ocorrerem (BRASIL, 2021).

Em virtude da inexistência de Lei que autorize a imediata concessão da licença maternidade aos casais gays adotantes equiparadas aos casais heterossexuais, várias foram as demandas judiciais ajuizadas

por casais gays, que ao adotarem não usufruíam na prática da possibilidade de gozo do prazo e benefícios da licença maternidade a pelo menos um dos cônjuges, assim, tiveram que acionar a Justiça para solicitarem uma extensão da licença paternidade, como, por exemplo, o emblemático caso Rogério Koscheck e Weykman Padinho²: após a adoção de quatro crianças, o primeiro teve direito a 90 dias de licença, concedidos pela Justiça.

As decisões judiciais, por sua vez, se alicerçam no princípio constitucional da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que primam por estabelecer uma isonomia entre as pessoas que têm suas peculiaridades, para que estas gozem de uma vida digna, uma vez que vivemos em um estado democrático de direitos.

A inexistência de tutela legal específica para estas hipóteses somente poderia ser reparada pelo pleito judicial, daí é que surge o ativismo judicial, conforme retrata o ministro do STF, Barroso (2009, p. 6):

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Dessa forma, por conta das inúmeras ações judiciais, em 2013 foi sancionada a Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013 e em 2017 a Lei 13.509, de 22 de novembro de 2017, o que permitiu modificar o artigo 392-A da Consolidação das Leis trabalhistas (CLT), trazendo significativas alterações quanto à licença à/ao adotante (BRASIL, 2013).

De acordo com a Consolidação das Leis Trabalhistas, assim podemos verificar:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

[...]

² Disponível em: <http://Casal gay ganha na Justiça direito a licença do trabalho após adotar quatro crianças - Jornal O Globo>. Acesso em: 01 mar 2021.

Art. 392-A. 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. (Redação dada pela LEI Nº 13.509 DE 22 DE NOVEMBRO DE 2017)

§ 1º - Revogado pela Lei nº 12.010/2009

§ 2º - Revogado pela Lei nº 12.010/2009

§ 3º - Revogado pela Lei nº 12.010/2009

§ 4º - A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. (Redação dada pela Lei nº 12.873/2013).

O texto dos artigos da Consolidação das Leis trabalhistas disciplinam o prazo da licença maternidade e licença à adoção como similares, logo, neste ponto não há o que se questionar. Reconhecendo portanto a igualdade entre filhos biológicos e adotivos.

Nesse sentido, em relação à seara trabalhista, hoje em dia, depende-se, pela interpretação dos artigos, que os casais gays têm a possibilidade de fruição da licença paternidade equiparada à maternidade, em seu prazo e forma de pagamento previdenciário, o que revela ter ocorrido um grande avanço na legislação, que, em consonância com os mandamentos constitucionais, passou a tutelar direitos aos casais gays, revelando o fortalecimento nessa forma de entidade familiar.

De acordo com Fariello (2015), os casais gays, após adotarem,

Deve[m] requerer o salário-maternidade diretamente no INSS, independentemente da sua relação de trabalho (empregado, autônomo, empregado doméstico, entre outros). O benefício será pago, durante 120 dias, a qualquer um dos adotantes, sem ordem de preferência, inclusive nas relações homoafetivas. No entanto, será concedido apenas um salário-maternidade para cada adoção, ainda que ambos se afastem do trabalho para cuidar da criança.

O que temos, hoje, na legislação trabalhista, portanto, é a possibilidade por interpretação legal de extensão da licença maternidade,

mas não temos propriamente dita uma lei clara e objetiva resguardando estes direitos. No entanto, já é praxe a concessão dessa extensão na prática.

Já no serviço público “órgãos e entidades concedem a licença-maternidade estendida, ou seja, de 180 dias para as servidoras públicas que têm filhos” (CAVALCANTE, 2016). Em relação à licença -paternidade, a Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, destaca em seu art. 208: “Art. 208 - Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 05 (cinco) dias consecutivos” (BRASIL, 1990).

A Lei 8.112/90 ainda traz como agravante o fato de que prevê tratamento diferenciado entre licença maternidade e licença para os casos de adoção. Isto gerou julgamento em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, constante no Informativo n. 817, acerca da inconstitucionalidade deste dispositivo ao proibir tratamento diferenciado entre a licença maternidade e a licença adotante. Conforme o julgamento do STF: “ Os prazos da licença-adotante não podem ser inferiores ao prazo 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” (CAVALCANTI, 2016).

Neste particular, os casais gays servidores públicos, além de terem que pleitear pela equiparação entre licença paternidade e maternidade, ainda se deparavam com a situação de que a própria licença adotante em casos de maternidade era insuficiente.

Com esse julgamento pelo Supremo, resolveu-se a questão da equiparação da licença maternidade à licença adotante, mas ainda permanece a celeuma em relação à extensão da licença paternidade à licença maternidade em casos de adoção por casais gays adotantes. E, aqui, nenhuma legislação existe até a presente data. O que se revela no preconceito social enfrentado pelos gays na sociedade, que dia a dia se deparam com seus direitos cerceados e precisam voltar-se ao Poder Judiciário, na tentativa de resguardarem seus pleitos.

Resultados e discussão

Diante do alargamento do conceito de família, não se pode estabelecer diferenças entre o casamento heterossexual e homossexual.

Logo, em decorrência disso, os direitos daí advindos devem guardar igual similitude, sob pena de se gerar grandes injustiças.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, reguarda que todos são iguais perante a Lei não devendo ter nenhuma discriminação em virtude de crença, sexo, cor, dentre outras. No entanto, esta igualdade jurídica, ou seja, igualdade perante a Lei não se vislumbra na prática, quando direcionada à extensão dos direitos da licença paternidade para casais gays adotantes.

O princípio da igualdade deve ser vislumbrado na prática através da igualdade material entre casais heterossexuais adotantes e casais gays e não apenas da falácia jurídica de igualdade de direitos apenas prescrita na Legislação pátria, mas no momento de usufruírem do direito são cerceados.

Em breve síntese sobre as funções dos poderes, podemos mencionar que a função típica do Poder Legislativo é legislar e, assim, garantir a todos, de forma geral e de maneira igualitária, aqueles direitos por meio de uma Lei. Já a função típica do Poder Judiciário é julgar os casos concretos que chegam para a sua esfera com base nos direitos ali pleiteados. Portanto, cabe ao Poder Legislativo disciplinar as relações decorrentes dos direitos relativos às relações homoafetivas e mais especificamente dos prazos das licenças paternidade/maternidade e suas peculiaridades. A omissão estatal, por sua vez, em legislar nesse sentido, revela o cenário político-ideológico vivenciado pelo Brasil a partir do ano de 2019 pelo Governo do Presidente Jair Bolsonaro, que não tem dado atenção aos pleitos deste público, deixando-o sem o devido amparo, num movimento, na realidade, de incentivo à desconstrução dos parcos direitos desse público.

Dessa forma, a falta de legislação específica sobre o tema significa a possibilidade de, com isso, se gerar graves injustiças, já que a concessão está sob o crivo da apreciação do Poder Judiciário, logo, vai depender do entendimento do julgador, recaindo, portanto, no âmbito da subjetividade.

Atualmente, ainda temos uma formação de ministros no Supremo Tribunal Federal que entendem e se manifestam em suas decisões a favor da isonomia dos direitos advindos das relações entre casais heterossexuais e homossexuais, no entanto, a mudança de entendimento pode ocorrer e toda essa “garantia” de entendimento judicial de extensão da licença paternidade para casais gays adotantes não existir mais.

Portanto, o fato do Estado não resguardar esses direitos básicos aos casais gays de extensão da licença paternidade por meio da criação de leis próprias já vem gerando e tende a agravar com o surgimento de formas particulares de violência fazendo emergir novos conflitos na sociedade.

Considerações finais

À guisa de considerações finais, acreditamos que o modelo legal existente não contempla os direitos dos casais gays no que tange à possibilidade de extensão da licença paternidade nos mesmos parâmetros da licença maternidade.

Ora, cada vez mais, com foco na solução desta situação, muitos casais tiveram que pleitear seus direitos por meio de ações individuais na Justiça; hoje, já existe uma flexibilização relacionada aos trabalhadores sob regime da CLT por interpretação análogica a seus dispositivos, em conformidade com a Constituição Federal, mas, se este casal gay for servidor público, somente consegue usufruir desse direito por meio de tutela judicial.

O ativismo judicial tem se mostrado uma possível saída para a inexistência de disciplinamento legal acerca da extensão da licença paternidade à licença maternidade para casais gays. Por todas estas razões, pode-se dizer que a Justiça, por meio de suas decisões, tem desempenhado um importante papel no resgate da cidadania dos casais gays que querem adotar. No entanto, o subjetivismo que envolve as decisões judiciais deixa estes casais ao crivo do julgador, que pode ser a favor ou contra o seu pleito. Esta situação revela um cenário extremamente desfavorável para estes casais, sendo submetidos à insegurança jurídica de suas demandas.

Dessa forma, a legislação pátria tem muito a avançar, visando garantir o direito à extensão da licença paternidade aos casais gays adotantes, pois a negação de tais direitos pelos empregadores/empregadoras, sendo agente privado ou público, é uma das expressões de preconceito enfrentadas cotidianamente por este segmento social.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Legislação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. LEI Nº 11.770, DE 9 DE SETEMBRO DE 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **Legislação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. União Homoafetiva como entidade familiar. **Jurisprudência**. 2011 Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683#:~:text=Uni%C3%A3o%20homoafetiva%20como%20entidade%20familiar&text=A%20norma%20constante%20do%20art.&text=1.723%20do%20C%C3%B3digo%20Civil%20para,-como%20sin%C3%B4nimo%20perfeito%20de%20fam%C3%ADlia>. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12873.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Informativo 817-STF.** 2016. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2016/04/informativo-esquematizado-817-stf_5.html#:~:text=J%C3%A1%20est%C3%A1%20dispon%C3%ADvel%20o%20INFORMATIVO,Confira%20abaixo%20o%20C3%ADndice.&text=Proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20tratamento%20diferenciado%20entre,maternidade%20e%20a%20licen%C3%A7a%20Dadotante.&text=Inconstitucionalidade%20de%20lei%20estadual%20que,ensino%20dos%20pa%C3%ADses%20do%20MERCOSUL. Acesso em: 01 mar. 2021.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. Casais homoafetivos conseguem licença maternidade na adoção de crianças. **Jusbrasil.** 2015. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/223616238/casais-homoafetivos-conseguem-licenca-maternidade-na-adoacao-de-criancas#:~:text=O%20benef%C3%ADcio%20ser%C3%A1%20pago%2C%20durante,trabalho%20para%20cuidar%20da%20crian%C3%A7a>. Acesso em: 01 abr. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito Civil.** Volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.