

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

ANA BEATRIZ LIMA PIMENTEL

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Ana Beatriz Lima Pimentel; Thais Janaina Wenczenovicz; Valéria Silva Galdino Cardin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-850-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito da família. 3. Sucessões. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

CONPEDI 2023 - FORTALEZA

Grupo de Trabalho DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

APRESENTAÇÃO

O XXX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado no período dos dias 15 a 17 de novembro de 2023, em Fortaleza, com a temática “Acesso à justiça, solução de litígios e desenvolvimento” proporcionou o encontro de diversos pesquisadores na área do Direito.

O grupo de trabalho “Direito de Família e das Sucessões II”, coordenado pelas professoras Valéria Silva Galdino Cardin, Thais Janaina Wenczenovicz e Ana Beatriz Lima Pimentel contou com a participação de inúmeros pesquisadores, que abordaram temas relevantes e controvertidos nesta área.

Inicialmente, João Antonio Sartori Junior apresentou o artigo intitulado “A contratualização das relações familiares: o direito de família mínimo e o papel de proteção do Estado”, elaborado em coautoria com Matheus Filipe De Queiroz e Daniela Braga Paiano, o qual tratou da problemática da (des)necessidade de intervenção estatal no direito de família e a ampliação da contratualização das relações familiares pautados nos princípios da autonomia privada e liberdade para contratar.

O artigo “O regime da separação obrigatória de bens e a possibilidade de pacto antenupcial mais restritivo” também elaborado pelos autores acima mencionados abordou a (in) constitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens para maiores de setenta anos, uma vez que tal imposição limita a capacidade civil das pessoas que ultrapassam a faixa etária em questão.

Natan Galves Santana, Tereza Rodrigues Vieira e Valéria Silva Galdino Cardin trataram da dificuldade do registro de crianças advindas de famílias poliafetivas e as violações aos direitos fundamentais e da personalidade, tanto dos idealizadores do projeto parental quanto da prole, ferindo o princípio do melhor interesse da criança e da proteção integral, dentre outros.

Dieniffer Portela Perotto, Fernanda Parussolo apresentaram um artigo que abordou a Alienação parental enquanto violência psicológica ao bem estar social da criança e do adolescente e como a Lei da Alienação Parental pode ajudar a coibir as situações em que um dos genitores procura afastar o outro genitor do convívio família, por meio da desqualificação.

O pragmatismo de Posner aplicado no inventário litigioso: uma análise de sua (im) possibilidade foi o tema do artigo apresentado por Abelardo Franco Junior, que abordou as mazelas do processo litigioso sucessório e a necessidade da atuação de um Juiz com um perfil mais proativo, na busca de uma justiça útil e efetiva, e desta forma por uma decisão pragmática com o intuito de garantir com celeridade o direito fundamental à herança.

O próximo artigo apresentado por Maria Scarlet Lopes Vasconcelos expôs uma análise crítica da Lei nº 12.318/2010 e a necessidade de tipificação da síndrome de alienação parental, enfatizando a necessidade de reflexão desta Lei e se a mesma de fato, protege os melhores interesses das crianças e dos adolescentes.

Ana Elisa Silva Fernandes Vieira e Dirceu Pereira Siqueira examinaram a decisão do STF acerca da multiparentalidade no recurso extraordinário nº 898.060 sob o viés do direito geral de personalidade, destacando a importância deste tipo de filiação no cotidiano da nossa sociedade.

Já Ana Beatriz Lima Pimentel, Vanessa Gonçalves Melo Santos ao abordarem as modificações no tratamento legal da pessoa com deficiência e a tomada de decisão apoiada, apresentaram a decisão apoiada e a curatela como um auxílio a promoção da autonomia da pessoa com deficiência.

Wanderson Carlos Medeiros Abreu, Vitória Maria Furtado dos Santos e Taisa Guimarães Serra Fernandes examinaram a coparentalidade como uma solução de compartilhamento das responsabilidades parentais à luz da doutrina da proteção integral, decorrente das transformações sociojurídicas da parentalidade no cenário brasileiro.

Ao abordarem diversidades e complexidades das famílias contemporâneas estabelecendo um contraponto no modelo tradicional brasileiro e a importância das políticas públicas para a sua proteção, Frederico Thales de Araújo Martos, José Antonio de Faria Martos e Maria Júlia

Gouvêa Alves apresentaram como resultado da pesquisa a importância do princípio da igualdade enquanto um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, por se tratar de um instrumento de proteção e isonomia de grupos vulneráveis e diversos.

Quanto ao artigo Execução de Alimentos no Âmbito do Direito Internacional, os autores Hudson Franklin Felipetto Malta, Maria Maida salientaram a importância a questão da efetividade dos alimentos concedidos à subsistência humana em sociedade, tendo por finalidade garantir uma vida digna ao alimentando à nível internacional.

Oniye Nashara Siqueira, José Antonio de Faria Martos, Frederico Thales de Araújo Martos ao abordarem a Herança digital e a (in)transmissibilidade de bens digitais e a preservação póstuma dos direitos da personalidade demonstra a transmutação tecnológica na qual a sociedade está atualmente inserida, apresentando novos parâmetros de sociabilidade, comunicação e acumulação de patrimônio. Neste contexto, discutiu-se sobre qual a destinação do conjunto de dados virtuais acumulados em vida após a morte de seu titular, especialmente as comunicações eletrônicas e páginas em redes sociais.

Mediação familiar em casos de dissolução conjugal como instrumento de efetivação de direitos da personalidade foi o tema abordado por Ana Elisa Silva Fernandes Vieira e Dirceu Pereira Siqueira, tendo enfatizado quais os possíveis impactos do contexto de dissolução da relação conjugal sob os direitos da personalidade? Em que medida esses direitos da personalidade são tutelados quando os cônjuges são submetidos ao procedimento de mediação familiar? A hipótese lançada é que a mediação, em razão das técnicas utilizadas que conduzem à visualização real do conflito e diminuição da litigiosidade, é um instrumento efetivo na tutela dos direitos da personalidade dos envolvidos na dissolução conjugal, ao conduzir os envolvidos em um processo de pacificação.

O artigo Plano de apoio à pessoa vulnerável como garantia de autonomia e dignidade desenvolvido por Gabriela Martins Carmo, analisa de que forma o direito privado pode resguardar a pessoa idosa e/ou com deficiência a garantir a sua dignidade e autonomia, tendo concluído que o plano de apoio à pessoa vulnerável é importante para garantir que o instituto jurídico protetor correto seja aplicado à pessoa vulnerável, e assim, ela tenha a sua autonomia da vontade resguardada.

Nas reflexões jurídicas acerca da relação entre a Burnout Parental, o direito à convivência familiar e o melhor interesse da criança apresentadas por Giovanna Freire de Almeida e Adilson Cunha Silva, a sociedade contemporânea e suas redes relacionais complexas, tem sido marcada por grandes pressões por sucesso, rendimento e eficiência. Tal configuração

caracteriza a denominada sociedade do desempenho composta por sujeitos que, diante da necessidade de superar a si mesmo, concorrem consigo mesmo e, dentro do processo de produção e existência que lhe é inerente, sofrem adoecimento físico e psíquico, conformador de síndromes que repercutem não só na esfera individual do sujeito por ela afetado, mas também nos processos relacionais e familiares.

A união estável homoafetiva e o tema 1072 do Supremo Tribunal Federal: a possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante e a vedação da dupla licença-maternidade examinada por Eduardo Roberto dos Santos Beletato, Rozane da Rosa Cachapuz discutem que mesmo que a jurisprudência pátria passou a admitir em favor dos companheiros do mesmo sexo, a aplicação das regras da união estável, decorrente da decisão do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 4.277, ainda há certa dificuldade em face da omissão legislativa quanto as garantias legais, ocasionando insegurança quando da aplicação do direito no caso em concreto, que poderá em breve criar um precedente de grande relevância para os casos de licença-maternidade para a mãe não gestante em união estável homoafetiva. Para tanto, trataram a respeito da legislação que prevê o instituto da licença-maternidade como instituto de proteção à gestante no âmbito trabalhista e previdenciário.

Por fim, Raissa Arantes Tobbin , Valéria Silva Galdino Cardin e Tereza Rodrigues Vieira, autoras do artigo Arkangel e Relações Parentais: vigilância tecnológica e repercussões aos direitos da personalidade analisaram as repercussões aos direitos da personalidade, sobretudo no que se refere à privacidade e à autonomia existencial, em Arkangel, episódio da quarta temporada da série black mirror que aborda as relações paternofiliais em um contexto utópico e mediado por tecnologias incorporadas fundamentadas em vigilância. Como resultado, verificou-se que a utilização de muitos dispositivos tecnológicos atuais para monitoramento da prole pode representar vigilância excessiva por parte dos genitores ou responsáveis quando ultrapassar os limites funcionais do poder familiar e envolver decisões de cunho existencial de crianças e adolescentes, que devem ter os direitos à autonomia, à privacidade, à intimidade e à integridade física e psíquica protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de ofensa à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, que exige o respeito à individualidade.

Valéria Silva Galdino Cardin

Universidade Estadual de Maringá e

Unicesumar

Thais Janaina Wenczenovicz

Universidade Estadual do Rio Grande do Sul e

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Ana Beatriz Lima Pimentel

Universidade de Fortaleza e

Centro Universitário Christus

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E O TEMA 1072 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE E A VEDAÇÃO DA DUPLA LICENÇA-MATERNIDADE

HOMOAFFECTIVE STABLE UNION AND THE THEME 1072 OF THE FEDERAL SUPREME COURT: THE POSSIBILITY OF GRANTING MATERNITY LEAVE TO A NON-PREGNANT MOTHER AND THE PROHIBITION OF DOUBLE MATERNITY LEAVE

**Eduardo Roberto dos Santos Beletato
Rozane Da Rosa Cachapuz**

Resumo

Mesmo com a jurisprudência pátria exercendo o seu papel, onde passou a admitir em favor dos companheiros do mesmo sexo, a aplicação das regras da união estável, decorrente da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277, ainda há certa dificuldade em face da omissão legislativa quanto as garantias legais, ocasionando insegurança quando da aplicação do direito no caso em concreto. No decorrer do presente artigo será realizado um breve estudo a respeito da mudança histórico-cultural sobre a família através de uma análise acerca das entidades familiares, levando-se em consideração o contexto moderno, e os princípios que norteiam essas relações, avançando até a união estável homoafetiva. Tem como objetivo principal estudar o Tema 1072 do Supremo Tribunal Federal, que poderá em breve criar um precedente de grande relevância para os casos de licença-maternidade para a mãe não gestante em união estável homoafetiva. Para que isso seja possível, será tratado a respeito da legislação que prevê o instituto da licença-maternidade como instituto de proteção à gestante no âmbito trabalhista e previdenciário. No mais, o método utilizado será o dedutivo, e ao final, restará demonstrado que há a possibilidade de concessão da licença-maternidade à mãe não gestante, desde que seja concedida para apenas uma das mães dentro daquela entidade familiar, sob pena de incorrer na dupla licença-maternidade, instituto criado doutrinariamente.

Palavras-chave: União estável homoafetiva, Licença-maternidade, Tema 1072-stf, Vedação, Dupla licença-maternidade

Abstract/Resumen/Résumé

Even with the national jurisprudence playing its role, where it started to admit in favor of partners of the same sex, the application of the rules of stable union, resulting from the decision of the Federal Supreme Court in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 4,277, there is still a certain difficulty in the face of legislative omission regarding legal guarantees, causing uncertainty when applying the law in the specific case. During this article, a brief study will be carried out regarding the historical-cultural change in the family through an analysis of family entities, taking into account the modern context, and the

principles that guide these relationships, advancing until union stable same-sex relationship. Its main objective is to study Theme 1072 of the Federal Supreme Court, which could soon create a precedent of great relevance for cases of maternity leave for non-pregnant mothers in a stable same-sex union. For this to be possible, the legislation that provides for the institution of maternity leave as an institute of protection for pregnant women in the labor and social security sphere will be discussed. Furthermore, the method used will be deductive, and in the end, it will be demonstrated that there is the possibility of granting maternity leave to non-pregnant mothers, as long as it is granted to only one of the mothers within that family entity, under penalty of incurring double maternity leave, an institute created doctrinally.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Homoaffective stable union, Maternity leave, Theme 1072-stf, Sealing, Double maternity leave

1. INTRODUÇÃO

A sociedade passa por diversas modificações, nota-se uma mudança histórico-cultural, sendo que o sistema normativo brasileiro necessita acompanhar esse avanço com o objetivo de regular tudo aquilo que possa atingir a liberdade e dignidade dos cidadãos que são tutelados.

Com o avanço da sociedade determinadas áreas do direito acabam ficando desatualizadas, ocasionando a alteração da jurisprudência pátria de acordo com os princípios e costumes. É nítida uma nova realidade sobre o conceito de família, isso porque a entidade familiar passou por diversas formações, o que evidenciou uma escassez de normas que tutelem os direitos dos casais homoafetivos.

No primeiro capítulo, serão tratadas as relações homoafetivas, especificamente sobre a união estável, estas que são tão antigas quanto às heterossexuais e, apesar disso, não possuem previsão legal no ordenamento jurídico. Antes de tudo, será realizada uma abordagem geral sobre o conceito de família, mostrando como o afeto passou a ser um princípio norteador da entidade familiar.

Na sequência, o segundo capítulo terá como foco o Tema 1072 do Supremo Tribunal Federal (STF) afetado pela Repercussão Geral todos os processos que tratam sobre a “Possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial”. Referido Tema possui como “leading case” o Recurso Extraordinário 1.211.446 – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde foi concedida a licença-maternidade à mãe não gestante, em razão da mãe gestante não estar vinculada a qualquer regime de previdência, não fazendo jus ao mesmo benefício.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, ainda seguindo a essência do Tema 1072-STF, tratará sobre vedação da dupla licença-maternidade, que por ausência de previsão legal não é possível conceder duas licenças-maternidade dentro de uma mesma entidade familiar, não sendo cabível o Poder Judiciário adentrar na esfera Legislativa para criar tal hipótese.

Ressalta-se que, neste trabalho o procedimento metodológico utilizado será o método dedutivo, utilizando-se de legislação, doutrinas, jurisprudências, publicações e artigos que envolvam o tema a ser debatido.

2. A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Antes de abordar a respeito da união estável homoafetiva é importante tratar a respeito da família e sua transformação, que para Clóvis Beviláqua (1937, p. 06), o direito de família é compreendido como:

[...] o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

Em um conceito histórico, a família sempre foi identificada como a relação entre um homem e uma mulher que, para Maria Berenice Dias (2022, p. 651) é “constituída pelos sagrados laços do matrimônio”.

O instituto da “família” é a base do Estado, é o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Portanto, apesar de ser um ramo privado, existe ampla intervenção do Estado, por intermédio de normas de ordem pública. (GONÇALVES, 2015, p. 17).

Nesse sentido, nas palavras de Daniela Braga Paiano (2017, p. 16):

Essas transformações todas foram acolhidas pela Constituição Federal de 1988, denominada Constituição Cidadã, trazendo igualdade jurídica entre os cônjuges, reconhecendo a união estável e a família monoparental como modalidades de família – ao lado da advinda do casamento, igualdade jurídica entre os filhos, planejamento familiar e paternidade responsável, possibilidade jurídica do divórcio sem exigência de se esperar pelo transcurso de lapsos temporais, entre outros pontos, conforme destaca o art. 226.

De modo geral, a sociedade tem sido mais tolerante, admitindo maiores liberdades entre os indivíduos e permitindo a escolha na construção familiar, ou seja, aquela que atenda melhor às necessidades de cada um, caindo em desuso formalidades como o casamento civil, antes considerado essencial para a formação da família.

A família atual cindiu com o modelo hierarquizado anteriormente adotado e deu lugar a um ambiente familiar pautado na igualdade e respeito mútuos, preterindo razões morais, políticas, religiosas, que eram sustentadas pela intervenção do Estado na vida das pessoas.

A união homoafetiva decorre de uma relação afetiva composta por pessoas do mesmo sexo. Diante das premissas apresentadas, não seria outro o entendimento senão pela possibilidade da união de pessoas do mesmo sexo, ou seja, nominadas atualmente de homoafetividade.

Com relação à terminologia utilizada, Maria Berenice Dias (2006, p. 34) que trabalhou arduamente no estudo, utiliza mais o termo “homoafetividade” à “homossexualidade”, em decorrência de se referir ao afeto existente dentro daquele núcleo familiar, ou seja, entre as pessoas do mesmo gênero.

O legislador brasileiro não regulamentou o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a despeito Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2023, p. 175), traz todo o avanço normativo experimentado pelo Direito Estrangeiro:

Na atualidade, apenas a título de exemplo de países que admitem expressamente o casamento homoafetivo, elencam-se Bélgica, Canadá, África do Sul, Espanha, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia e Argentina, além da Cidade do México, com grande sucesso, além de vários estados dos Estados Unidos, como, a título exemplificativo, Vermont, New Hampshire, Massachusetts, Connecticut e Washington D.C.. Sem esgotar a lista, acrescente-se o Equador.

Em continuação, trazem a informação de que em Portugal a proibição era explícita no artigo 1.628 do diploma civil sobre a impossibilidade do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, prevendo a inexistência jurídica desse ato. Posteriormente, retro dispositivo, foi revogado pela Lei nº 9/2010, de 31 de maio de 2010, trazendo uma nova redação no artigo 1.577 do Código Civil Português, que passou a definir casamento simplesmente como o “contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”, para admitir o casamento homoafetivo. (STOLZE; GAGLIANO, 2023, p. 175)

Diante da ausência de previsão legal, a jurisprudência pátria vem cumprindo o seu papel, e passou a admitir, em favor dos companheiros do mesmo sexo, a aplicação das regras da união estável, em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277.

Mesmo sendo uma nítida situação de insegurança jurídica a ausência de previsão legal, os Tribunais vêm reforçando a jurisprudência, tanto que foi editada a Resolução nº 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 de mesmo sexo, sendo aceito o casamento homoafetivo, superando a tradicional exigência da diversidade de sexos como pressuposto de existência. (STOLZE; GAGLIANO, 2023, p. 175)

Projetos de lei foram abandonados, como é o caso do PL 1.551 de 1995, e para Maria Berenice Dias (IBDFAM, 2008), desbravadora do tema, é preocupante esse vazio normativo:

“Apesar da resistência do legislador, o Superior Tribunal de Justiça já garantiu às uniões de pessoas do mesmo sexo acesso à justiça ao afastar a extinção do processo sob o fundamento da impossibilidade jurídica do pedido. Quer fazendo analogia com a união estável, quer invocando os princípios constitucionais que asseguram o direito à igualdade e o respeito à dignidade, o fato é que os avanços vêm se consolidando.

O Poder Judiciário, ainda que vagarosamente, tem garantido direitos no âmbito do direito das famílias, assistencial e sucessório. Inclusive em sede administrativa é deferido, por exemplo, direito previdenciário por morte, bem como visto de permanência ao parceiro estrangeiro quando comprovada a existência do vínculo afetivo com brasileiro.

Tudo isso, no entanto, não supre o direito à segurança jurídica que só a norma legal confere. Daí a necessidade de buscar a inserção das uniões homoafetivas no sistema jurídico. O silêncio é a forma mais perversa de exclusão, pois impõe constrangedora invisibilidade que afronta um dos mais elementares direitos, que é o direito à cidadania, base de um estado que se quer democrático de direito.

Como não mais cabe continuar tentando a aprovação do projeto da parceria civil registrada com sua redação original, lúcida a solução proposta, por consenso, pelas mais representativas entidades do movimento LGBT. Durante o V Seminário Nacional realizado no dia 27 de novembro de 2008, no Senado Federal, foi apresentado substitutivo que acrescenta um artigo ao Código Civil: ‘Art. 1.727-A. São aplicáveis os artigos anteriores do presente Título, com exceção do artigo 1.726, às relações entre pessoas do mesmo sexo, garantidos os direitos e deveres decorrentes’.

Deste modo, não há previsão legal que regulamente a união homoafetiva. A doutrina entende que, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser aplicado por analogia as regras que disciplinam a união estável, com previsão nos artigos 1.723 a 1.727, do Código Civil¹.

Reafirmando a possibilidade da formação de uma família homoafetiva Maria Berenice Dia (2022, p. 654) menciona:

Ainda que não haja expressa referência às uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de família. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar, independentemente do sexo a que pertencem. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência da possibilidade de gerar filhos. Tal circunstância por óbvio, não serve de fundamento para qualquer diferenciação.

Como bem apontado, exigir um requisito de sexo e a capacidade procriativa é insuficiente para concluir que vínculos homoafetivos devem ser ignorados e não serem objetos de proteção do Estado.

É fato que, os homossexuais têm a possibilidade de constituição de um núcleo familiar com filhos. Tanto é que, o Conselho Federal de Medicina² autoriza o uso das técnicas de reprodução assistida, independentemente de orientação sexual dos pais.

No mais, o Provimento 63/2017 garante aos homossexuais, homoafetivos e transgêneros o direito de registrar, em nome de ambos os pais, os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida. Para Maria Berenice Dias (2022, p. 655), também aconteceu um problema nessa situação:

1 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

2 CFM – Resolução 2.294/2021

No entanto, é descabida a exigência de ser apresentado termo de consentimento informado firmado perante a clínica de reprodução. Afinal, em face dos altos preços destes procedimentos, seguidamente é feita a autoinseminação, também chamada de inseminação caseira. Neste caso, para promover o registro quando do nascimento, é necessário requerer alvará, perante a Vara dos Registros Públicos³. Descabido que se aguarde o nascimento do filho para requerer o duplo registro, o que retira o direito de o filho ser inscrito no plano de saúde de um dos genitores e subtrai deste o direito de gozar de licença natalidade.

Deste modo, a união estável merece o status de entidade familiar, também podendo os conviventes converter a qualquer tempo a sua união estável em casamento (⁴CF, art. 226, §3º; CC, art. 1.726). Rolf Madaleno (2023, p. 1.306), equipara a união estável ao casamento, com os seguintes dizeres:

No Direito brasileiro a união estável mereceu o status de entidade familiar, também podendo os conviventes converter a qualquer tempo a sua união estável em casamento (CF, art. 226, § 3º; CC, art. 1.726). No Brasil a união estável encontrou ampla adesão, sem ser efetivamente possível distinguir os pares casados civilmente dos conviventes na informalidade, cometendo ao julgador promover, quando provocado, a tarefa de depuração das relações, naquilo que poderia ser considerado como “casamento às avessas”, tendo em conta que a declaração de existência da união estável restará judicialmente consignada ao tempo de sua extinção, para reconhecimento oficial de seus efeitos pessoais e materiais, se com a prova processual for verificada a intenção de constituir família, e uma vez presentes os demais pressupostos elencados no artigo 1.723 do Código Civil, conquanto afastados os impedimentos absolutos do artigo 1.521 do Código Civil, porque não pode viver em união estável quem também não pode legalmente casar.

Superadas as barreiras de configuração e afirmação da união estável como entidade familiar, Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 28-29), define como:

[...] a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adúltera e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil.

Conforme a doutrina majoritária e para Rolf Madaleno (2023, p. 1.306), a relação afetivo-amorosa não se dá somente entre homem e mulher, sendo que o “[...] casamento e união estável também são judicialmente protegidos quando formatados entre pessoas do mesmo sexo, uma vez presentes os pressupostos do artigo 1.723 do Código Civil”.

3 Requerimento de alvará. Requerimento de alvará para identificação de ambas as genitoras no registro de nascimento de menor concebido pela técnica da “inseminação caseira”. Procedimento deflagrado perante a 1ª Vara de Família da Comarca da Capital. Declínio da competência para a Vara de Registros Públicos. Decisão correta. Pluriparentalidade já admitida pelo STF no julgamento do RE nº 898.060. Regulamentação da questão pelo CNJ no Provimento n. 63/2017. Questão eminentemente registral, à mingua de qualquer conflito familiar entre as partes requerentes. Precedentes deste Tribunal. Recurso desprovido (TJRJ – AI 00184254120218190000, 18ª C. Cív. Rel. Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, j. 17/03/2021).

4 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Sendo assim, quando formada a união estável, haverá um núcleo familiar com regras que equiparam ao casamento. Porém, há menor intervenção estatal, sendo regulamentada por meio da jurisprudência que a tem identificado cada vez mais com o casamento e os Provimentos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que busca a uniformização das normas e procedimentos para a formalização de termo declaratório de reconhecimento e de dissolução de união estável perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, bem como do respectivo registro desses atos no Livro “E” (Provimento CNJ nº 141/2023, que alterou o Provimento nº 37/2014).

3. O TEMA 1072 DO STF E A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LICENÇA MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE EM UNIÃO HOMOAFETIVA

O Tema 1072 do Supremo Tribunal Federal de Relatoria do Ministro Luiz Fux, possui como “leading case”, ou seja, houve a afetação como representativo da controvérsia, o Recurso Extraordinário 1.211.446 – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Antes de adentrar na matéria do Tema 1072, é importante mencionar que o “leading case” ou representativo da controvérsia, é afetado pela repercussão geral ou pelo recurso repetitivo, incorrendo muitas vezes na suspensão do trâmite dos processos pendentes que versem sobre a mesma matéria afetada, e, no presente caso houve a Repercussão Geral reconhecida no plenário por maioria dos Ministros do STF⁵, no dia 07/11/2019, com a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. PLURIPARENTALIDADE. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL.

Para se chegar a questão principal sobre a possibilidade ou não da concessão de dupla licença maternidade dentro de um mesmo núcleo familiar, em casos de união estável homoafetiva, ou seja, para a mãe biológica e para a mãe afetiva, se faz necessário uma abordagem a respeito de institutos e princípios contidos na ementa acima.

O Tema 1072 tomou tamanha dimensão que houve até mesmo pedidos de intervenção como *amicus curae* do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, do GADVS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero, e a CNTSS/CUT - Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social, com a finalidade de

⁵ Tema 1072 – Supremo Tribunal Federal – Acórdão Repercussão Geral: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341717987&ext=.pdf>

oferecer subsídios par o debate da lide, podendo auxiliar a Corte na formação de sua convicção.

No presente caso, a parte interessada, ora recorrida, ajuizou ação de concessão de licença gestante em face do Município de São Bernardo do Campo/SP, afirmando, em suma, que:

“(i) é servidora pública pertencente ao quadro do referido ente municipal; (ii) convive em união estável homoafetiva; (iii) ela e sua companheira realizaram tratamento de fertilização in vitro utilizando os seus óvulos, o que ocasionou a gravidez em sua parceira; e (iv) sua companheira atua profissionalmente como autônoma e não é filiada a qualquer regime de previdência, não tendo, por isso, usufruído da licença-maternidade”⁶

Teve ainda, como argumento, o fato de que a criança pertence a uma família composta por duas mães e, na impossibilidade de a mãe gestante ficar em casa, pois é autônoma e precisa trabalhar, a segunda mãe possui o direito à garantia constitucional da licença-maternidade.

Posteriormente, houve a antecipação de tutela e então o pedido foi julgado procedente pelo Juízo de primeiro grau. A Turma Recursal confirmou a sentença através do acórdão recorrido, e então foi interposto o Recurso Extraordinário com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal⁷, com a alegação de violação ao princípio da legalidade, previsto no artigo 37, da Constituição Federal⁸, por ausência de legislação que autorize o afastamento remunerado a título de licença-maternidade para a mãe não gestante.

Em um primeiro momento, o Tema 1072 do STF trata da constitucionalidade analisada diante do paradigma da repercussão geral, restringindo-se sobre a possibilidade de concessão de licença maternidade à mãe não gestante, em união homoafetiva, cuja companheira engravidou após o procedimento de inseminação artificial.

Em relação ao procedimento de inseminação artificial, é muito bem explicada por Gustavo A. Bassert e Eduardo A. Zannoni (2001, p. 468), que para a doutrina argentina é um “[...] método pelo qual uma mulher pode ser fecundada sem mediar o ato sexual. Com a prévia extração do sêmen, este é introduzido na vagina e no colo do útero (inseminação intracervical) ou diretamente no interior do útero (inseminação intrauterina)”.

Na mesma linha, corrobora Zeno Veloso (1997, p. 150):

6 Sentença - Processo nº 1028794-78.2017.8.26.0564 – 1ª Vara da Fazenda Pública de São Bernardo do Campo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“Leading Case” do Tema 1072 do Supremo Tribunal Federal)

7 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

8 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A inseminação artificial é o processo de reprodução humana pelo qual se introduz o sêmen no óvulo, podendo o encontro ser produzido diretamente no órgão genital feminino, ou a fecundação ser realizada em laboratório – in vitro, colocando-se o embrião, posteriormente, no útero.

Deste modo, Daniela Braga Paiano e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (2017, p. 60), discorre sobre a finalidade das técnicas de reprodução assistida e a evolução que trouxe para a sociedade, nas seguintes palavras:

As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas por pessoas que tenham problemas relacionados à infertilidade, com o escopo de superar essa dificuldade e realizar o projeto parental. Diante disso e também da evolução vivida pela própria sociedade, e com a possibilidade da união de pessoas do mesmo sexo, é que a referida resolução traz alguns parâmetros na tentativa de harmonizar as técnicas, trazendo um balizamento para sua utilização, de acordo com o que dizem os princípios da ética médica. Não se trata de um instrumento de cunho jurídico, mas os estudiosos do Direito acabam se utilizando dela para suprir as lacunas do ordenamento.

A licença-maternidade é um benefício de natureza previdenciária garantido pela Constituição Federal às trabalhadoras urbanas e rurais, previsto no artigo 7º, inciso XVIII⁹, fadado a assegurar à gestante um período de convívio com a criança, por um intervalo de 120 (cento e vinte) dias mediante afastamento laboral remunerado, sem prejuízo do emprego e do salário.

Para o Procurador-Geral da República Augusto Aras (2020, p. 05), em seu parecer dado no Tema 1072, ele entende que o benefício tem a seguinte finalidade:

O benefício tem o escopo de tutelar o vínculo formado entre mãe e filho e há de ostentar, numa interpretação sistemática da Constituição Federal, dimensão plural, de forma a proteger os direitos de todos os envolvidos na relação parental.

Portanto, a concessão do benefício previdenciário está pautada na ampla proteção conferida pela Constituição Federal à maternidade e ao melhor interesse do menor, juntamente com a família, e todos os bens jurídicos tutelados pela carta magna.

Sobressai que, a maternidade possui proteção especial no artigo 201, inciso II, da Constituição Federal¹⁰, onde trata da organização da previdência social, e no campo da assistência social, segundo o artigo 203, inciso I, da Constituição Federal¹¹. Também é

9 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;

10 Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

11 Art. 203. 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;

conferida especial proteção à família no *caput* do artigo 226, sendo dever da família assegurar diversos direitos da criança e adolescente previstos no artigo 227¹².

Nas palavras do Procurador-Geral da República Augusto Aras (2020, p. 05), para a concessão do benefício, há de levar em consideração:

[...] o estatuto constitucional de proteção à família, sopesando-se os interesses de todos os agentes envolvidos (pais e criança), em uma interpretação que traga como núcleo da tutela jurídica o valor da integração familiar, despindo da licença uma exegese individualista, fundada exclusivamente na recuperação da mulher após o parto.

Deste modo, a concessão da licença maternidade supera o fator biológico da gravidez, da recuperação após o parto e da necessidade de contato com o nascituro, eis, a importância de promover a manutenção do núcleo família, exaltando a convivência familiar.

Justamente por tal motivo, a licença também se destina à proteção de mães não gestantes que, mesmo não vivenciando as alterações típicas da gravidez, arcam com todos os papéis e tarefas que lhe incumbem após a vinda do nascituro.

A chegada de um filho muda tanto a vida do núcleo familiar, que devido os motivos anteriores o STF entendeu que a licença há de ser concedida em igualdade de condições às mães adotantes, afastando qualquer discriminação entre a origem biológica e adotiva da relação materna.

Houve o entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário 778.889/PR, em que se ficou a tese do Tema 782, nos seguintes termos:

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. (STF, 2016, p. 02)

A concessão do benefício existe para proporcionar o cuidado parental, o amplo desenvolvimento da criança e a integração familiar. Através do julgado no Tema 782-STF, nos casos de licença maternidade à mãe “adotante”, trata-se de um direito que assiste a família, atentando, sobretudo, ao direito da criança de ter um período de convivência com seus pais ou suas mães.

Em consideração a mudança histórico-cultural que ocorre no direito de família da sociedade brasileira, a concessão do benefício da licença maternidade extrapola os vínculos biológicos da maternidade, abrangendo o vínculo parental afetivo e a preservação do contato com o núcleo familiar.

12 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Interessante é o trecho do acórdão proferido pelo Colégio Recursal (Turma da Fazenda Pública) – São Bernardo do Campo - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no “leading case” que está em harmonia com as justificativas apresentadas, com a Constituição Federal e o Princípio do Melhor Interesse do Menor, nos seguintes termos:

O direito à licença-maternidade encontra previsão no art. 7º, XVIII, da CF/88 e legislação infraconstitucional e os dispositivos devem ser interpretados conforme os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade. Conforme certidão de nascimento de fls. 93, a recorrida é sua mãe. A filiação não advém somente do parto. Além disso, de acordo com o documento de fls. 92, houve a fecundação de seu óvulo, sendo também mãe biológica.

A origem do direito à licença-maternidade encontra razões nas circunstâncias pós-parto como a amamentação ou a recuperação físico-psíquica da mãe, mas também é um direito concedido pelo fato de que possibilita o convívio familiar e o cuidado com a criança. Tem como fonte o convívio integral com o filho durante os primeiros meses de vida, constituindo-se como uma proteção à maternidade e possibilitando o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida.

O afastamento por tempo determinado das funções profissionais e a aproximação ao lar da mãe que acaba de receber novo ente na família é fundamental para a harmonia daquele ambiente e atende aos princípios elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a exemplo de seu artigo 4º, que zela pelo “melhor interesse do menor”, levando-se em conta que o convívio da criança com os pais/mães – biológicos ou adotivos – é essencial para sua criação.

Assim, configurada a entidade familiar, a partir do reconhecimento da união estável entre a recorrida e sua companheira (ADPF 132/RJ), não há como negar, como bem fez a sentença, que o direito à licença-maternidade deveria ser estendido para a recorrida, sob o fundamento maior de maximização de direitos fundamentais – tanto para as mães quanto para a criança, no âmbito familiar.¹³

Em que pese toda a excelência da fundamentação apresentada, o Tema 1072 do STF afetou, através da Repercussão Geral, todos os processos de que tratam os casos análogos. O julgamento trará um precedente para outros processos que tramitam no Brasil. Importante salientar que existem entendimentos contrários, como é o caso da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, que entende pelo não cabimento da licença maternidade para servidora distrital que não engravidou, o presente Processo tramitou sob o número 0707343-82.2020.8.07.0018.

Em situação idêntica ao “leading case” do Tema 1072-STF, uma servidora que possui relação homoafetiva e que sua companheira deu à luz ao filho, por intermédio do procedimento de inseminação artificial, e por ser professora da rede pública de ensino, solicitou o benefício da licença-maternidade, mas o pedido foi negado sob o argumento de que não há previsão legal para essa situação.

13 Acórdão - Processo nº 1028794-78.2017.8.26.0564 – Colégio Recursal de São Bernardo do Campo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“Leading Case” do Tema 1072 do Supremo Tribunal Federal)

Sustenta a Turma Recursal que os servidores são obrigados a cumprir as leis que regem as hipóteses de licenças e que não há previsão legal de licença maternidade para servidora, em razão de gravidez da companheira, contrariando a decisão de 1ª Instância, onde a Juíza Substituta entendeu que “[...] a mãe não gestante e lactante deve ser compreendida no rol de contempladas pela licença-maternidade, novamente com respaldo no princípio do melhor interesse da criança”, e determinou que o Distrito Federal concedesse a licença-maternidade à mãe não gestante, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data do nascimento do filho.

Diante disso, foi concluído que:

“Trata-se de situação não prevista na Lei, sobre a qual entendo que os princípios constitucionais não são suficientes para a construção de uma decisão judicial favorável à recorrida. [...] Cabe ao Poder Legislativo, sensível às mudanças e aos seus impactos, e que tem a missão institucional de repercutir os valores e decisões da sociedade, vale dizer, legitimidade para legislar, estabelecer a possibilidade de novas licenças, e nesta eventualidade, o seu prazo e condições. Conceder o pleito da recorrida equivaleria à concessão de dupla licença-maternidade, quando a gestação e o parto biológico foram um só.¹⁴

Em fundamentação ao acórdão, o colegiado da Turma Recursal acrescentou diversos precedentes no mesmo sentido, e registraram que a questão está sendo analisada pelo STF (Tema 1072), não tendo ainda um julgamento definitivo, e ao final foi mencionado “[...] equivaleria à concessão de dupla licença-maternidade, quando a gestação e o parto biológico foram um só”, a respeito dessa frase, será realizado um estudo no próximo tópico.

Deste modo, em atenção a ausência de previsão legal sobre a concessão de licença maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva, torna-se o Tema 1072 do STF tão importante para a evolução da jurisprudência pátria.

Em decorrência, no “leading case” a mãe gestante atua profissionalmente como autônoma e não se beneficiou da licença-maternidade, pois não está vinculada a qualquer regime de previdência.

Sendo assim, no caso de haver uma união homoafetiva composta por duas mulheres, e que a mãe gestante não possa pleitear o benefício da licença-maternidade, é possível a concessão do benefício à mãe não gestante, com a finalidade de gozar da licença-maternidade no mesmo prazo previsto para a mãe gestante, respeitando o prazo legal de cada regime, qual seja, 180 (cento e oitenta dias) para o caso do Tema 1072, privilegiando-se o direito da entidade familiar de realizar os cuidados parentais e de fortalecer os vínculos afetivos.

14 Acórdão - Processo nº 0707343-82.2020.8.07.0018 – Colégio Recursal do Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal

4. O TEMA 1072 DO STF E A VEDAÇÃO DA DUPLA LICENÇA-MATERNIDADE

Em suma, o recurso extraordinário (RE) traz a exegese da ofensa ao princípio da legalidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal, e falta de previsão legal que autorize o afastamento remunerado a título de licença-maternidade para a mãe não gestante.

Conforme narrado, a concessão da licença-maternidade para a mãe não gestante em união estável homoafetiva excede o vínculo biológico da gravidez e fortalece o vínculo afetivo, ocasionando um impulso no convívio familiar, amparado pela ampla proteção conferida pelo texto constitucional à maternidade e ao melhor interesse do menor e à família.

Ressalta-se que, o direito à licença-maternidade deve ser entendido em uma dimensão plural, de auxílio à entidade familiar, indo além da condição física da gravidez.

É considerável consignar, que a concessão do benefício há de obedecer aos princípios da igualdade e da legalidade, afastando-se o risco de se criar paradigma anti-isonômico entre os diversos tipos de famílias.

Como consignado pelo Procurador-Geral da República Augusto Aras (2020, p. 10-11), para a concessão do benefício, há de levar em consideração:

Hodiernamente, ambos os pais têm direito à licença após o nascimento do filho, em razão dos cuidados que a criança precisa e para que sejam fortalecidos os vínculos afetivos. Por outro lado, embora alguns defendam que deveria haver equiparação entre os tipos de licenças parentais, os benefícios são previstos na legislação brasileira de forma diferenciada para o pai e para a mãe.

Realçando que, a criança tem o direito constitucional prioritário de ser cuidada e a primazia do convívio familiar, desenvolvendo-se em um ambiente familiar sadio, onde é equivalente o papel de ambos os pais na formação e na proteção da família.

O cenário brasileiro caminha no sentido de que haverá a implementação de responsabilidade familiar recíproca entre os cônjuges, de forma que ambos sejam igualmente responsáveis pelo bem-estar do menor e pela proteção da entidade familiar. No entanto, ainda não é o que ocorre, pois, de fato, há diferentes lapsos temporais legalmente previstos para as respectivas licenças parentais (licença-maternidade e licença-paternidade).

Para João Batista Lazzari (2015, p. 842), “A proteção à trabalhadora gestante é garantida, no Brasil, tanto no âmbito do Direito do Trabalho como no do Direito Previdenciário”.

É possível tomar por exemplo a Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) e o Regime Geral da Previdência Social (RGPS). Em relação a CLT sobre a licença-maternidade,

ela dispõe no artigo 611-B, inciso XIII¹⁵, que deverá ser estabelecida com duração mínima de 120 (cento e vinte) dias, na Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, está o chamado “salário-maternidade”, com previsão no artigo 18, inciso I, alínea “g”¹⁶, e prazo determinado no artigo 71¹⁷, “caput”, sendo de 120 (cento e vinte) dias, com início entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto.

O salário maternidade para o RGPS é ônus do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), e João Batista Lazzari (2015, p. 844), esclarece:

Quanto à natureza jurídica do salário-maternidade, não há que se confundir com a noção de salário *stricto sensu*, pois é benefício cujo ônus é integral da Previdência Social. Ainda que o empregador urbano ou rural tenha por obrigação adiantá-lo à trabalhadora em licença, o reembolso do valor adiantado é total, de modo que o INSS é o único responsável pelo efetivo pagamento do benefício.

Agora, a licença-paternidade via de regra são de 05 (cinco) dias, segundo o artigo 473 da CLT¹⁸, em caso de nascimento, adoção ou guarda compartilhada, sendo possível encontrar um prazo máximo de 20 (vinte) dias, em algumas Convenções Coletivas, e não há previsão no RGPS. Nota-se, que o período da licença-paternidade é muito inferior ao da licença-maternidade, não havendo sequer benefício de cunho previdenciário.

Ocorre, porque a previsão de tais benefícios envolve custos e impacta no equilíbrio econômico dos sistemas de previdência, necessitando de atuação do Legislativo em eventual possibilidade de uma licença-paternidade como benefício previdenciário, ou, no caso de uma dupla licença-maternidade.

A concessão de um benefício previdenciário há de se observar princípios da legalidade e da isonomia, no contexto jurídico-constitucional. No caso da licença-maternidade deve ser pautada na proteção da criança e de favorecimento da interação familiar, somados aos princípios do equilíbrio atuarial, sendo defesa a concorrência de dois benefícios análogos no mesmo núcleo familiar.

Tanto é verdade que, no caso “leading case” do Tema 1072 do STF, ao conceder a Tutela de Urgência, o nobre Magistrado esclareceu que:

15 Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

16 Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

g) salário-maternidade;

17 Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

18 Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário:

III - por 5 (cinco) dias consecutivos, em caso de nascimento de filho, de adoção ou de guarda compartilhada.

“[...] o direito da autora, contudo, não pode concorrer com eventual benefício análogo da companheira gestante, que também é mãe da criança. Caso contrário, haverá apenas direito a uma licença de menor duração, como a licença-paternidade, para evitar-se situação de dupla licença-maternidade, por qualquer regime”.¹⁹

É notória a decisão retro, posto que o Magistrado menciona a impossibilidade de concessão de dupla licença-maternidade, pois não há previsão legal, e se fosse concedido tal benefício à mãe gestante e a não gestante estaria ferindo o princípio da legalidade e da isonomia.

No mais, como a mãe gestante não irá usufruir do benefício da licença-maternidade, e ficando restrita ao benefício da licença-paternidade como mencionado na decisão do “leading case”, inexistente no caso do Tema 1072 do STF a violação do princípio da legalidade e, diferentemente, o texto constitucional garante a proteção à família e assegura a concessão do benefício à mãe não gestante.

Importante consignar, que somente é possível usufruir de diferentes espécies de licenças parentais dentro de um mesmo núcleo familiar; ficando impossibilitada a concessão de dupla licença-maternidade.

Pela impossibilidade de concessão da dupla licença-maternidade está a sentença da 3ª Vara do Trabalho de Ipojuca/PE, sob nº Ag-AIRR-183-54.2018.5.06.0193, com entendimento de que a licença-maternidade deve se limitar a apenas uma das mães, pois a lei é omissa em relação ao direito, e o caso deveria ser analisado com base em situações análogas. E, em caso de concessão do benefício, ficaria caracterizada a dupla licença-maternidade, o que seria um privilégio além do que a lei prevê.

A situação tratou do caso em que duas empregadas da mesma empresa viviam em união estável homoafetiva há 7 (sete) anos, ocasião em que uma delas engravidou, sendo-lhe concedida a licença-maternidade. Oportunamente, a outra empregada requereu a licença-maternidade em face do empregador e o benefício previdenciário do salário-maternidade do INSS, administrativamente o mesmo direito à licença-maternidade, alegando ser mãe não gestante da criança.

A fundamentação estava pautada na necessidade e no direito de fortalecer o vínculo materno e inclusive ter feito tratamento para amamentar o filho, e que era dever do Estado garantir a tutela dos direitos surgidos no âmbito dos novos núcleos familiares.

¹⁹ Decisão Tutela de Urgência - Processo nº 1028794-78.2017.8.26.0564 – 1ª Vara da Fazenda Pública de São Bernardo do Campo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“Leading Case” do Tema 1072 do Supremo Tribunal Federal)

Ambos os benefícios foram negados, sendo concedida apenas a licença-paternidade, com a justificativa de que não é possível a concessão de 02 (duas) licenças-maternidade dentro da mesma entidade familiar.

Inconformada com a sentença, foi interposto recurso ao Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 6ª Região de Pernambuco), mas a decisão foi mantida, sob o entendimento de que:

“[...]o parágrafo 5º do artigo 392-A da CLT diz que nas hipóteses de adoção ou guarda judicial conjunta, independentemente de o casal ser homoafetivo ou heteroafetivo, a licença-maternidade somente será concedida a um deles. Portanto, não há previsão de concessão simultânea ao casal, seja ele formado por pessoas do mesmo gênero ou de gêneros diferentes”.

Portanto, o julgamento do Tema 1072 foi incluído no calendário de julgamento por 04 oportunidades, sendo a última data para o dia 30 de agosto de 2023. E, possivelmente o recurso extraordinário (RE) do ente municipal será desprovido, mantendo o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e o direito da ora recorrida à fruição da licença-Maternidade.

O próprio Procurador-Geral da República Augusto Aras opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário, e que seja fixada a seguinte tese para os casos que tratem do mesmo tema, ficando da seguinte forma:

I – É possível conceder-se licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.
II – É defesa a concessão da licença-maternidade em duplicidade dentro da mesma entidade familiar, assegurado à segunda mãe benefício análogo à licença-paternidade.

Em síntese, como anteriormente exposto, o entendimento do Douto Procurador foi pelo desprovimento do recurso extraordinário, para que seja concedida a licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva, onde sua companheira não percebeu o benefício previdenciário.

Finalmente, entende-se que a concessão de dupla licença-maternidade é vedada, por ser aceita apenas uma por entidade familiar, em decorrência da ausência de previsão legal, não cabendo ao judiciário intervir no poder Legislativo, sob pena de incorrer em ativismo judicial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos e considerações apresentados, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto um entendimento mais humanitário, sobretudo, ao considerar a dignidade da pessoa humana como princípio norteador das relações sociais e jurídicas, enaltecendo cada vez mais o ser humano, de forma a criar uma sociedade plena com base na felicidade de cada cidadão.

A família é a base para construção da sociedade, e a Constituição Federal buscou tutelar a “família” dando-lhe especial proteção do Estado e levando-se em consideração o caráter mutável das relações desenvolvidas pelos seres humanos.

Em que pese a ausência de legislação para regulamentar a união estável homoafetiva, a ADI 4277 reconheceu como um instituto jurídico. E, dessa maneira o Direito de Família regulamenta o âmbito mais íntimo das pessoas, lidando com suas emoções, sendo que muito se pauta nos princípios e nas normas constitucionais a fim de garantir o seu desenvolvimento.

Em relação ao Tema 1072 do Supremo Tribunal Federal, criou-se a expectativa da possibilidade de concessão da licença-maternidade à mãe não gestante, desde que a mãe gestante não esteja vinculada ou não solicite a outro regime de previdência social o benefício da licença-maternidade.

É de se celebrar o tratamento igualitário concedido à mãe não gestante, inibindo qualquer tipo de preconceito ou discriminação em razão de a autora não ter gestado o filho, o que acaba por inibir a concepção de que somente a mãe gestante que deveria ter direito a licença-maternidade, como se esta fosse mais mãe do que aquela em razão da gestação.

O Tema 1072 do STF também trará a pacificação sobre a vedação à concessão de dupla licença-maternidade, ou seja, apenas 01 (uma) das mães pode realizar o requerimento da licença-maternidade, em decorrência da ausência de previsão legal, sendo possível a concessão a apenas 01 (uma) delas dentro de uma entidade familiar.

“In casu”, o Magistrado através da sentença e o Colégio Recursal em seu acórdão entendeu que há a necessidade de preenchimento de um requisito específico, qual seja, o não requerimento do benefício pela mãe gestante, de modo que não seria possível a concessão de dupla licença-maternidade dentro da mesma entidade familiar.

Portanto, o julgamento do Tema 1072 do STF formará importante precedente em 02 (duas) possibilidades, a primeira para a concessão da licença-maternidade para à mãe não gestante, e a segunda no tocante a vedação de dupla licença-maternidade, sendo apenas permitida uma por núcleo familiar.

REFERÊNCIAS

ARAS, Augusto. Parecer ARESV/PGR N° 117774/2020. Recurso Extraordinário 1.211.446/SP. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pgr-licenca-maternidade-mae-nao-gestante.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2023.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do Brasil comentado**. 5. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937.

BOSSERT, Gustavo A; ZANNONI, Eduardo A. **Manual de derecho de família**. 5. ed., atual. e ampl., 3. reimpr. Buenos Aires: Astrea, 2001.

BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 21 ago. 2023.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 21 ago. 2023.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 21 ago. 2023.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 ago. 2023.

BRASIL. Lei de Benefícios da Previdência Social. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 21 ago. 2023.

BRASIL. Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 22 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 782. “Leading Case” RE778889. **Possibilidade de lei instituir prazos diferenciados de licença-maternidade às servidoras gestantes e às adotantes**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309917262&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 1072. “Leading Case” RE1.211.446/SP. **Possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial. Parecer PGR Augusto Aras**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pgr-licenca-maternidade-mae-nao-gestante.pdf>>. Acesso em: 23 de agosto de 2023.

BRASIL. Tribunal De Justiça Do Distrito Federal. Processo nº 0707343-82.2020.8.07.0018. Juiz Presidente e Relator: Dr. Antônio Fernandes da Luz. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1266910576/inteiro-teor-1266910615>>. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Comarca de São Bernardo do Campo. Processo nº 1028794-78.2017.8.26.0564. Juiz de Direito: Dr. José Carlos de França Carvalho Neto. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Colégio Recursal da 2ª Circunscrição Judiciária de São Bernardo do Campo. Processo nº 1028794-78.2017.8.26.0564. Relatora: Dra. Eduarda Maria Romeiro Corrêa. Acesso: 21 de ago. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Comarca de São Bernardo do Campo. Processo nº TST-Ag-AIRR-183.54.2018.5.06.0193. Ministro Relator: Alberto Bastos Balazeiro. Disponível em: <<https://consultadocumento.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2021&numProcInt=36019&dtaPublicacaoStr=12/08/2022%2007:00:00&nia=7902713>> Acesso em: 21 de ago. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15ª Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

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

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva e a Consagração Legal da Diferença**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/471/Uni%C3%A3o+homoafetiva+e+a+consagra%C3%A7%C3%A3o+legal+da+diferen%C3%A7a+>>. Acesso em: 21 ago. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v.6. Disponível em: Minha Biblioteca, (13th edição). Editora Saraiva, 2023. Acesso em: 21 ago. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira Castro. **Manual de Direito Previdenciário**. 17. Ed. Rio de Janeiro, 2015.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Disponível em: Minha Biblioteca, (13th edição). Grupo GEN, 2023. Acesso em: 21 ago. 2023.

PAIANO, Daniela Braga. **A Família Atual e as Espécies de Filiação: Da Possibilidade Jurídica da Multiparentalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Paiano, D. B., & Espolador, R. de C. R. T. (2017). **As técnicas de reprodução assistida na Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina: principais aspectos**. Revista Brasileira De Direito Civil, 11(01). Disponível em: de <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/8>>. Acesso em: 21 ago. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família Contemporâneo**. 9 Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

VELOSO, Zeno. **Direito de filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.