



Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB Ciências Jurídicas e
Sociais - FAJS Curso de
Bacharelado em Direito

GABRIEL ALEXANDER FERREIRA BURNS

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LICENÇA
MATERNIDADE/PATERNIDADE DOS CASAIS
HOMOAFETIVOS: uma proposta de emenda à Constituição
da República Federativa do Brasil**

BRASÍLIA

2022

GABRIEL ALEXANDER FERREIRA BURNS

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LICENÇA
MATERNIDADE/PATERNIDADE DOS CASAIS
HOMOAFETIVOS: uma proposta de emenda à
Constituição da República Federativa do Brasil**

Proposta de Emenda à Constituição
apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel
em Direito pela Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais
– (FAJS) do Centro Universitário de
Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Professora Doutora
Christine Peter

BRASÍLIA

2022

GABRIEL ALEXANDER FERREIRA BURNS

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LICENÇA
MATERNIDADE/PATERNIDADE DOS CASAIS
HOMOAFETIVOS: uma proposta de emenda à Constituição
da República Federativa do Brasil**

Proposta de Emenda à Constituição
apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel
em Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais - FAJS do
UniCEUB.

BRASÍLIA,

de 2022

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Christine Peter - Orientadora

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à minha mãe, Denise Ferreira dos Santos, por sempre me apoiar em minhas decisões, sem deixar de apontar meus erros e mostrar caminhos alternativos. Também, o surgimento da ideia do presente trabalho veio por parte de suas contribuições.

Ao meu pai, Dennis Alexander Rabelo Burns, por ser meu modelo, incentivando meu desenvolvimento pessoal, e base de minhas conquistas, sempre disposto a dar o máximo de si em todas situações.

Ao meu irmão, Victor Hugo Mosquera Filho, por ser meu melhor amigo, companheiro para todos os momentos, e exemplo de advogado, sempre buscando novas realizações e compartilhando-as comigo.

Ao meu amigo e colega de curso, Artur Santa Cruz Oliveira Mota, por me acompanhar desde o início da faculdade, se demonstrando como um parceiro essencial no meu crescimento acadêmico.

E, por fim, à minha professora orientadora, Christine Oliveira Peter da Silva, pela oportunidade de produzir este trabalho com sua direção, tornando-o viável e permitindo-me a experiência de aprender mais sobre o tema e avançar em meu caminho intelectual.

RESUMO

Com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, concluiu-se que casais homoafetivos deveriam ser juridicamente equiparados aos heteroafetivos. Todavia, tal objetivo se encontra distante, uma vez que a concessão, o alcance e o escopo de um simples direito fundamental como a licença maternidade/paternidade não encontram um entendimento firmado, gerando, assim, diversas discussões. Logo, a elaboração do presente trabalho de conclusão de curso tem como finalidade apresentar uma proposta de emenda constitucional para regulamentar o funcionamento deste benefício para os casais em questão. Para isto, foi feita uma análise crítica de como o mecanismo é compreendido no âmbito internacional, qual o ponto de vista adotado pela legislação nacional e qual a visão jurisprudencial sobre o assunto. Por meio de pesquisa qualitativa e quantitativa, utilizando do método de jurimetria, o trabalho estudou 23 decisões sobre o tema. Como resultado, pretende-se contribuir com a consolidação da igualdade de gênero preconizada no artigo 8º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, reconhecendo aos casais homoafetivos os mesmos direitos fundamentais relativos à família que são reconhecidos aos casais heteroafetivos.

Palavras-chave: Direito Fundamental; Licença Maternidade/Paternidade; Equidade; Casais Homoafetivos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS	9
2.1 A licença maternidade/paternidade como direito fundamental	9
2.2 Tabelas	17
2.3 Situação Nacional	26
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
4. O PROJETO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO	31
5. REFERÊNCIAS	32

1. INTRODUÇÃO

A presente proposta de Emenda surge como forma de promover o previsto na própria Constituição Federal Brasileira¹, o direito à licença maternidade/paternidade, como garantia fundamental. Neste caso, mais especificamente, haverá um enfoque nos casais homoafetivos, buscando concretizar a visão moderna de família, a proteção à maternidade e à infância.

Neste contexto, demonstra-se relevante a proposta uma vez que o entendimento sobre concessão ou não do benefício ainda não se encontra totalmente consolidado. Tal cenário se iniciou com as discussões concernentes à Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277^{2 3}, de relatoria do Ministro Ayes Britto, nas quais o voto do Ministro Celso de Mello se destacou ao afirmar que o Estado deve tratar de forma equiparada os casais homoafetivos com os heteroafetivos.

Por conseguinte, aponta-se um recente caso^{4 5} no qual o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu o benefício da licença maternidade a um professor municipal em casamento homoafetivo ao se tornar pai de gêmeos por meio de uma gestação assistida. Ademais, há de se mencionar outra recente questão⁶ na qual uma mãe não gestante de uma criança fruto de uma união homoafetiva, teve o benefício da licença paternidade negado na via administrativa, fato o qual corrobora a existência de controvérsias sobre o assunto.

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Repte.(s) : Procuradora-geral da República. Reqdo.(a/s) : Presidente da República. Reqdo.(a/s) : Congresso Nacional. Relator : Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 16 jun. 2022.

³ CONJUR. **Decisão do STF que reconhece união estável homoafetiva completa 10 anos, 2021**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-05/decisao-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva-faz-10-anos>. Acesso em: 16 jun. 2022.

⁴ BERNARDES ADVOGADOS. **TJSP reconhece o direito à licença maternidade ao pai homoafetivo, 2021**. Disponível em: <http://bernardesadvogados.adv.br/2021/01/29/tjsp-reconhece-otjsp-reconhece-o-direito-a-licenca-maternidade-ao-pai-homoafetivo-direito-a-licenca-maternidade-ao-pai-homoafetivo/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

⁵ MIGALHAS. **Pai homoafetivo obtém direito a licença-maternidade de 180 dias: Para TJ/SP é necessário conceder aos pais, nos casos de ausência de mães, um período mais apropriado e prolongado ao lado dos filhos, 2021**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/339127/pai-homoafetivo-obtem-direito-a-licenca-maternidade-de-180-dias>. Acesso em: 16 jun. 2022.

⁶ IBDFAM. **Licenças maternidade e paternidade para casais homoafetivos ainda geram divergências na jurisprudência, 2021**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8795>. Acesso em: 16 jun. 2022.

Diante destas circunstâncias, as perguntas que desafiam essa proposta são: Qual a importância e o peso dos benefícios da licença maternidade e paternidade? Como estes benefícios são abordados nos casos de casais homoafetivos hodiernamente? Qual a visão internacional, legal e jurisprudencial do assunto? Por quais motivos uma PEC poderia ser justificada?

Para responder tais questões e justificar a proposta de emenda, o presente trabalho foi dividido em quatro etapas. Na primeira, será tratado o conceito de direitos fundamentais com foco nas licenças previstas na Constituição, objetivando iniciar a discussão sobre a importância desta emenda para um desenvolvimento social. No sentido de propiciar esta contextualização serão abordadas as perspectivas de Canotilho⁷ e outros pensadores, por meio de relevantes literaturas como o livro “Direitos Fundamentais em Timor Leste”⁸.

Por conseguinte, uma análise será feita de como a situação é tratada em outros países⁹, nas jurisprudências recentes e, por fim, nos dispositivos legais brasileiros. Neste aspecto, serão analisadas decisões do STF e Tribunais de Justiça das três grandes capitais do país (Brasília, Rio de Janeiro e São Paulo) proferidas após a ADI 4.277, de 2011, relativas à concessão do benefício em si e equiparação de casais homoafetivos com heteroafetivos. Em conclusão, a emenda em si será denotada.

O estudo utiliza a linha de raciocínio indutiva, uma vez que para chegar à conclusão geral da necessidade da regulamentação do benefício em questão, se partirá da apreciação de decisões e comparação de como o tema é abordado mundialmente. A corrente teórica-metodológica desta pesquisa é a jurídico-sociológica, pois a partir da observação de casos concretos e decisões, será possível entender a eficácia e eficiência da regulamentação normativa, assim chegando a uma concretização jurídica. A pesquisa aplicada baseia-se no método da jurimetria¹⁰, ou seja, na análise de cunho quantitativo e qualitativo de decisões

⁷ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁸ OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

⁹ WONG, Elizabeth. et al. Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries. **Journal of Social Policy**, Cambridge, v. 49, n. 3, p 525-545, jul. 2020.

¹⁰ YEUNG, Luciana. **Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais**. In: MACHADO, Maira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 249-274. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empir>

judiciais, utilizando dos procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica e documental.

Este trabalho tem como objetivo examinar as percepções de equiparação de casais homoafetivos aos heteroafetivos e como a questão do benefício das licenças maternidade e paternidade é tratada. Tal objetivo é almejado tendo em vista que o assunto não é totalmente solidificado e tangível, portanto, pretende-se atingir um certo aprofundamento do tópico por meio da apreciação de concepções e decisões.

Assim, este projeto pretende contribuir aos debates com uma regulamentação do fato. Logo, com a aprovação deste projeto, busca-se um aprofundamento dos ideais da dignidade humana prezando, conforme o art. 1º, III, da Constituição Federativa do Brasil, pela manutenção da unidade familiar moderna pela proteção da maternidade, paternidade e infância, amparados pelo art. 6º, *caput*, da Constituição da República.

2. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

2.1 A licença maternidade/paternidade como direito fundamental

Inicialmente, com o intuito de explicitar a imprescindibilidade desta proposta de emenda à Constituição, incube-se dissertar sobre a conceituação e alcance dos direitos fundamentais. Tal necessidade surge objetivando contextualizar a situação da licença maternidade/paternidade como direito fundamental, explicitando os motivos de sua caracterização, os efeitos desta, a importância de tais direitos e a preocupação da Constituição em protegê-los.

Ao se falar de direitos fundamentais, deve-se destacar o marco inicial destes: a criação dos direitos humanos. O primeiro grande documento neste quesito, elaborado durante a Revolução Francesa, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão¹¹, na qual moldou-se a primeira leva de direitos básicos. Em seguida, a Organização das Nações Unidas produziu a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH –¹², sendo este o testemunho definitivo das garantias fundamentais do ser humano.

A declaração de 1789¹³, apesar de mais limitada, uma vez que buscava garantir proteções mínimas aos homens franceses, destaca-se por trazer em seu artigo 1º a primeira noção de igualdade entre os homens ao afirmar que: “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”

Por conseguinte, sua irmã, a DUDH, aprofunda esta noção em seus artigos 1º e 2º, reafirmando a igualdade, desta vez em âmbito universal, e consolidando a possibilidade de que os direitos protegidos por este documento poderão ser invocados por qualquer ser humano, como pode ser observado:

Artigo 1

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

¹¹ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹³ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.¹⁴

Também, seu art. 7º solidifica ainda mais a ideia em questão ao insemear no mundo jurídico a igualdade de todos perante à lei, sem qualquer forma de discriminação. Já, o art. 16º dá o primeiro passo em direção ao objetivo deste trabalho, estruturando a unidade familiar e a necessidade de protegê-la, como passa a expor:

Artigo 16

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

(...)

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.¹⁵

E, finalmente, os artigos 24^{o16} e 25^{o17}, ao garantirem, respectivamente, o repouso remunerado e a proteção da infância e maternidade, abrem caminho para o surgimento da licença paternidade/maternidade.

Neste viés, demonstra-se essencial ressaltar as autoras Bárbara Nazareth Oliveira, Carla de Marcelino Gomes e Rita Páscoa dos Santos, mais especificamente seu livro “Direitos Fundamentais em Timor Leste”, uma vez que este traz em si princípios elementares sobre os direitos humanos e fundamentais:

Pode dizer-se que os direitos humanos (e na sua raiz, os direitos fundamentais) são aqueles direitos e liberdades que as pessoas detêm pelo simples facto de serem dotadas de carácter humano, possuindo uma

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹⁶ Inteiro Teor: “Artigo 24

Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.”

¹⁷ Inteiro Teor: “Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

natureza essencial para garantir a existência do indivíduo. Para além disso, considera-se que tanto os direitos fundamentais como os direitos humanos estão intimamente ligados a uma visão de igualdade e de liberdade dos indivíduos. Esta conceitualização enraíza-se na tese jusnaturalista.¹⁸

Também, enriquecendo a discussão, as autoras estabelecem a ligação entre a primeira tese dos direitos fundamentais, influenciada pelo pensamento de autores como Rawls, Dworkin e Richards, e a noção de justiça (utilizando o termo *fairness*) e prerrogativas morais de personalidade¹⁹. Assim, afirmam que uma das formas de definição dos direitos em questão é pela sua finalidade, a qual apontam como a necessidade de proteção dos poderes e liberdades das pessoas em sua relação com o Estado.

Em sequência, José Gomes Canotilho, em seu livro "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", utiliza de uma abordagem mais positiva, equiparando o conceito de direitos fundamentais com o processo de constitucionalização. Para tal, afirma o autor:

A incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador originário.²⁰

De forma condizente, as autoras, utilizam dos ensinamentos de Canotilho e Vital Moreira²¹ para frisar a distinção entre direitos humanos e fundamentais no fato destes se encontrarem positivados constitucionalmente e juridicamente resguardados, tendo assim um alcance interno. Já, os humanos, por terem uma cobertura mais abrangente, alcançando todas pessoas e coletividades, independem de posituação jurídica.

Por conseguinte, as autoras Juliete Ruana Mafra Granado e Natammy Luana de Aguiar Bonissoni, no livro "Estudos Sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo"²², trazem reflexões sobre o tema no capítulo de

¹⁸ OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

¹⁹ MACHADO, Jónatas. Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional. *Apud*: OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

²⁰ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

²¹ CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição Da República Portuguesa Anotada. *Apud*: OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

²² GRANADO, Juliete; BONISSONI, Natammy. Breves Considerações acerca da Distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. *In*: SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p 141-149.

título “Breves Considerações acerca da Distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”. Destaca-se a análise de que grande parte das tentativas de separar ambos direitos muitas vezes se resumem a um esforço tautológico²³, fato que fortalece ainda mais a percepção de complementaridade dos direitos em questão, funcionando os fundamentais como uma espécie de acessório dos humanos²⁴:

Ademais, Perez Luño cita as conceituações de Bobbio, e apresenta suas conclusões acerca dos direitos humanos como indefinidas ou pouco satisfatórias. Além das conceituações tautológicas, o autor esclarece que a fundamentação formal não especifica o conteúdo destes direitos, apenas os tratam como os deverem que devem pertencer a todos os homens. Entretanto, as definições teleológicas acrescentam ao significado a necessidade de tais direitos em garantir o progresso social e o desenvolvimento da civilização.²⁵

Continuando com os ensinamentos presentes no livro “Fundamentais em Timor Leste”, manifesta-se importante aferir que os direitos fundamentais podem ser classificados de acordo com suas funções. Tal categorização se revela pertinente à tratativa uma vez que exemplifica o alcance e necessidade de reforço destes direitos fundamentais do trabalhador. Apresentam-se como quatro as funções primordiais destacadas: não-discriminação; defesa ou liberdade; prestação social e proteção perante terceiros.

A função de não-discriminação²⁶ se aplica concomitantemente aos direitos humanos e fundamentais, buscando concretizar o ideal previsto no art. 1º da DUDH. Para isto, os direitos classificados como tal se incumbem de resguardar a missão do Estado de equiparar todos sob sua jurisdição.

A função de defesa ou liberdade²⁷, em geral empregada aos direitos civis e políticos, consiste na defesa da pessoa humana e sua dignidade perante o Estado. Tal proteção pode transparecer de forma negativa, pela vedação da intromissão estatal em certos aspectos da esfera individual, ou positiva, pela garantia de

²³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. *Apud*: SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

²⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. Derechos humanos, Estado de derecho y constitución. *Apud*: SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

²⁵ GRANADO, Juliete; BONISSONI, Natammy. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS. *In*: SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p 141-149.

²⁶ OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

²⁷ OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

exercitação de direitos e preservação destes contra lesões.

Em sequência, aborda-se a função de prestação social²⁸, habitualmente ligada aos direitos económicos, sociais e culturais. Esta prestação remete à necessidade positiva do Estado de prover direitos fundamentais por meio da constituição de instituições, da prestação de serviços em si e do fornecimento de benefícios legais (aqui enquadra-se a licença maternidade/paternidade).

Finalmente, a função de proteção perante terceiros²⁹, como o próprio nome explicita, se encarrega de uma obrigação estatal de resguardar os direitos do indivíduo em face de ações que possam lhe causar lesões. Aponta, Canotilho, que a categoria em questão se distingue pela sua capacidade de transcender a relação indivíduo-Estado tida como padrão aos demais direitos.

Por conseguinte, incube-se falar do último aspecto de extrema relevância à atual discussão, sendo este as características dos direitos humanos. Entender estas características propicia uma maior compreensão do alcance e importância dos direitos fundamentais para os cidadãos e, conseqüentemente, do benefício da licença aos casais homoafetivos. Apontam as autoras do livro em ênfase neste capítulo:

Estas características não representam somente a posição da doutrina internacional e nacional, mas refletem o conceito de direitos humanos previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e reiterado na Declaração e Programa de Ação de Viena. Esta última solidifica claramente estas características quando prevê que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”.³⁰

Também, discorrem as autoras Adriana Regina Dias Cardoso e Queila de Araújo Duarte Vahl, no livro já mencionado - “Estudos Sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo” -, no capítulo “Segurança Jurídica, Proteção da Confiança e Proibição de Retrocesso: Tríade Fundamental à Garantia e Manutenção dos Direitos Sociais”:

De maneira bastante sintética, pode-se afirmar que direitos humanos estão atrelados à aceção de direitos dos quais são titulares absolutamente todos os seres humanos, independentemente da ordem jurídico-constitucional em que se achem insertos, como decorrência da dignidade da pessoa humana,

²⁸ OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

²⁹ OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

³⁰ OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

que é ínsita a todos os indivíduos. Os direitos fundamentais, por outro lado, atrelam-se à concepção de um ordenamento jurídico; não necessariamente estão positivados – uma vez que é possível o reconhecimento de um direito fundamental não positivado, como é aquele à segurança jurídica –, mas são, em geral, acolhidos pelo direito nacional. Assim, os direitos humanos, quando albergados por uma ordem jurídica, assumem, também, o caráter de direitos fundamentais.³¹

Como já foi anteriormente evidenciado, esses direitos apresentam uma acentuada semelhança com seus descendentes, os direitos fundamentais, portanto, suas características também se sobrepõem, sendo que o livro destaca quatro como as qualidades em comum³²: a fundamentabilidade, a universalidade, a inalienabilidade e a interdependência.

A primeira das características citadas, a fundamentabilidade³³, refere-se ao fato destes direitos se apresentarem como mais do que simples carências, mas sim necessidades primordiais, cuja garantia ao ser humano é imprescindível e inerente a sua essência.

A universalidade³⁴ condiz com o fato de que os direitos em questão atingem todos os seres humanos, independentemente de qualquer fator. Neste quesito é importante ressaltar que, apesar de existirem direitos que beneficiam somente alguns grupos sociais, estes não violam o princípio em foco, pois adentram o conceito de equidade, vertente da igualdade resguardada pela DUDH.

Em sequência, a inalienabilidade³⁵ faz jus ao caráter de indisponibilidade e permanência dos direitos humanos e fundamentais. Ou seja, uma vez adquiridos, não podem ser afastados por terceiros ou pelo próprio indivíduo, salvo raras exceções as quais, em geral, necessitam de procedimentos rígidos.

Por fim, a interdependência³⁶, também chamada de inter-relação, concerne à capacidade dos direitos em fulcro, apesar de autônomos, interagirem entre si ao objetivarem um mesmo propósito, uma mesma proteção. Tal princípio encontra

³¹ CARDOSO, Adriana; VAHL, Queila. Segurança Jurídica, Proteção da Confiança e Proibição de Retrocesso: Tríade Fundamental à Garantia e Manutenção dos Direitos Sociais. In: SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p 58-69.

³² OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

³³ OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

³⁴ OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

³⁵ OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

³⁶ OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

cabimento nos direitos de todas as gerações, seja entre eles ou neles mesmos.

Em suma, infere-se que o direito à licença maternidade/paternidade, conceituado como fundamental difuso, ou seja, de terceira geração, se apresenta como de função mista, ao abranger todas as formas citadas, porém com foco na prestação social, uma vez que o Estado se encontra como protagonista em garantir sua efetivação. Além disso, tendo em vista o parentesco entre os direitos humanos e fundamentais, pode-se afirmar que as características acima abordadas alcançam a licença, sendo esta primordial para garantir a equidade e proteção da maternidade/paternidade, independentemente daquele que a detenha.

À vista do exposto, visando fortalecer a necessidade da proposta em questão e dos direitos fundamentais sociais em geral, resta discorrer sobre a tríade que garante a manutenção destes: segurança jurídica, proteção da confiança e proibição de retrocesso. Sobre estes aspectos, as autoras Adriana Cardoso e Queila Vahl, discorrem sobre o assunto no livro já mencionado - “Estudos Sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo”³⁷.

As autoras afirmam que os direitos sociais se apresentam como os mais vulneráveis daqueles garantidos pela Constituição. Tal noção se corrobora pela própria natureza da sociedade, uma vez que a conjuntura socioeconômica está em constante mudança, em processo intermitente de modernização, para conseguir acompanhar o progresso social. Logo, a tríade tem o papel de garantir a preservação destes direitos, sem, contudo, impedir que sejam aperfeiçoados ao longo do tempo³⁸.

Quanto ao princípio da segurança jurídica, estabelecem as autoras:

O direito (à segurança jurídica) tem por fim precípua a obtenção de paz social; em verdade, mais que a obter, visa mantê-la, sendo necessário, para tanto, garantir a estabilidade de situações jurídicas em que se encontram os

³⁷ CARDOSO, Adriana; VAHL, Queila. SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: TRÍADE FUNDAMENTAL À GARANTIA E MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. In: SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p 58-69.

³⁸ CARDOSO, Adriana; VAHL, Queila. SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: TRÍADE FUNDAMENTAL À GARANTIA E MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. In: SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p 58-69.

destinatários das normas.³⁹

Para isso, elas afirmam que a segurança jurídica é uma proteção que o Estado oferece aos próprios cidadãos ao assegurar uma certa estabilidade das relações jurídicas. Assim, é possível perceber que os casais homoafetivos se beneficiaram de maneira considerável com essa resguarda, uma vez que haveria uma redução da instabilidade quanto à concessão do direito social em questão⁴⁰.

Já, em relação ao princípio da proteção da confiança⁴¹, este se entrelaça ao anterior uma vez que age como uma extensão daquele. Mais especificamente, a garantia de segurança confere às instituições jurídicas e estatais um grau maior de confiança, dado a consistência em seus posicionamentos jurídicos, atingindo, em consequência, maior prestabilidade e eficiência.

Por conseguinte, no que toca ao princípio da irretroatividade, expõem as autoras:

Embora não consagrada explicitamente com esta denominação, a proibição de retrocesso é acolhida pela ordem jurídico-constitucional brasileira, pelo menos em algumas de suas dimensões. É o caso da proteção – que desempenha em conjunto com os já aludidos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança – ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e aos direitos adquiridos; das limitações constitucionais a atos e normas retroativos; e das garantias contra restrições legislativas de direitos fundamentais, como exemplificam as cláusulas pétreas. Estas, a propósito, que constituem os limites materiais à reforma da Constituição Federal pelo constituinte derivado, são a mais evidente manifestação da vedação do retrocesso, sobretudo quando se proíbe, no art. 60, § 4º, da Carta Magna, a deliberação acerca de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais.⁴²

Sumariamente, a irretroatividade objetiva resguardar os direitos sociais contra

³⁹ CARDOSO, Adriana; VAHL, Queila. SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: TRIÁDE FUNDAMENTAL À GARANTIA E MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. In: SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p 58-69.

⁴⁰ CARDOSO, Adriana; VAHL, Queila. SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: TRIÁDE FUNDAMENTAL À GARANTIA E MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. In: SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p 58-69.

⁴¹ CARDOSO, Adriana; VAHL, Queila. SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: TRIÁDE FUNDAMENTAL À GARANTIA E MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. In: SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p 58-69.

⁴² CARDOSO, Adriana; VAHL, Queila. SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: TRIÁDE FUNDAMENTAL À GARANTIA E MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. In: SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p 58-69.

tentativas, sejam legislativas ou constitucionais, de limitá-los. Tal garantia, como o próprio excerto exemplifica, se encontra eternizada na Constituição pela vedação a iniciativas de restrição de direitos e garantias individuais.

Logo, diante da conceituação, funções, características e proteções garantidas aos direitos fundamentais é possível afirmar que benefício da licença maternidade/paternidade se encaixa nessa classificação. Também, considerando a delicada situação da população homoafetiva, cujo reconhecimento e luta por direitos é uma conquista recente, proteger seus interesses se transforma em algo fulcral para a harmonização social. Assim sendo, torna-se indispensável a concretização do benefício para casais homoafetivos, como parte do caminho de reconhecimento de formas alternativas de família e defesa destas.

2.2 Tabelas

Para dar prosseguimento à discussão, torna-se de grande interesse analisar como a situação é tratada por outros países, uma vez que estes podem servir de modelo sobre quais condutas adotar e quais comportamentos evitar em prol da harmonização social. Para tal, utiliza-se do artigo científico “Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries”⁴³, o qual investiga o cenário em diversos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para chegar à conclusão de que, apesar da maioria das nações propiciar o benefício, ainda há aqueles que não são capazes de aproveitá-lo em parte ou por completo.

Antes de se partir à apreciação do artigo em questão, deve-se ressaltar os motivos por trás da escolha de países membros da OCDE como alvo da pesquisa. Afirmam as autoras que os membros desta Organização se demonstraram pertinentes à pesquisa pelas suas sólidas políticas de licenças parentais e constante crescimento em prol do reconhecimento de famílias LGBT e de seus direitos civis⁴⁴

⁴⁵.

⁴³ WONG, Elizabeth. et al. Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries. **Journal of Social Policy**, Cambridge, v. 49, n. 3, p 525-545, jul. 2020.

⁴⁴ ADEMA, Willem; CLARKE, Chris; FREY, Valerie. Paid parental leave: Lessons from OECD countries and selected U.S. States. *Apud*: WONG, Elizabeth. et al. Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries. **Journal of Social Policy**, Cambridge, v. 49, n. 3, p 525-545, jul. 2020.

⁴⁵ VALFORT, Marie-Anne. LGBTI in OECD Countries. OECD Social, Employment and Migration Working Papers. *Apud*: WONG, Elizabeth. et al. Comparing the availability of paid parental leave for

Sobre os dados recolhidos, o artigo se encarregou de catalogar os tipos de licença oferecidos (maternidade, paternidade e parental), a duração de cada tipo de licença (quantificada em semanas), a inclusão de casais homoafetivos no benefício (políticas de gênero-inclusivo, gênero-neutro e gênero-restritivo) e o status legal dos casais homoafetivos no processo de adoção.

Segue a tabela 1, a qual aponta a duração das licenças, em semanas, fornecidas em decorrência do nascimento de uma criança nos países analisados:

Tabela 1 - Duração total combinada da licença parental remunerada (em semanas) disponível para casais de sexo diferente e do mesmo sexo para o nascimento de um filho.

TABLE 2. Combined total duration of paid parental leave (in weeks) available to different-sex and same-sex couples for the birth of a child

Country	Different-sex couple	Same-sex female couple	Same-sex male couple
Australia	20.0	20.0	20.0
Austria	112.0	112.0 ^a	96.0
Belgium	51.4	51.4	36.0
Canada	50.0	50.0	35.0
Chile	31.0	30.0	7.0
Czech Republic	184.0	164.0	156.0
Denmark	66.0	66.0	48.0
Estonia	84.1	82.1	64.1
Finland	52.8	52.8	35.3
France	70.0	70.0	54.0
Germany	66.6	66.6	60.6
Greece	43.4	43.0	0.4
Hungary	157.0	156.0	105.0
Iceland	38.7	38.7	38.7
Ireland	28.0	28.0	2.0
Israel	14.7	14.0	0.0
Italy	69.2	64.5	43.4
Japan	118.6	58.0	52.4
Luxembourg	68.4	68.0	52.0
Mexico	13.0	12.0	1.0
Netherlands	16.4	16.4	0.4
New Zealand	18.0	18.0	18.0
Norway	59.0	59.0	46.0
Poland	54.0	52.0	40.0
Portugal	56.7	34.4	33.4
Slovakia	164.0	164.0 ^a	150.0
Slovenia	54.8	54.8	39.8
South Korea	117.4	64.8	52.0
Spain	18.1	18.1	12.1
Sweden	70.5	70.5	70.5
Switzerland	14.0	14.0	0.0
Turkey	17.0	16.0	0.0
United Kingdom	41.0	41.0	39.0
United States	0.0	0.0	0.0

a. Leave is only available to the birth mother and cannot be shared with female partners.

Fonte: WONG, Elizabeth. et al. 2020.

Inicialmente, deve-se apontar que, para calcular a quantidade de tempo de licença fornecida aos diferentes tipos de casais, analisou-se quatro variáveis pertinentes à legislação de cada país em foco: duração da licença maternidade,

duração da licença paternidade e, caso haja, duração da licença parental. Esta última se refere à possibilidade do casal usufruir de uma licença em conjunto, na qual a mãe doa ao pai uma parte da quantidade de seu benefício, podendo até perceber um bônus, fato o qual permite um melhor aproveitamento do tempo de dispensa para ambos. Assim, torna-se importante ressaltar que, nos casos de casais homoafetivos, nem sempre foi possível averiguar a duração da licença parental, uma vez que algumas das legislações, por não conter previsões gênero-inclusivas ou neutras, não estendiam o benefício ao cônjuge do mesmo sexo⁴⁶.

Como pode ser observado, 29 dos 34 países não fornecem quantidades iguais de licença aos casais homoafetivos. Tal discrepância varia desde o benefício tendo duração menor do que uma semana, em países como a Grécia, Israel e Luxemburgo, até mais de um ano, no Japão e Coréia do Sul.

Também, demonstra-se importante ressaltar que os casais homoafetivos compostos por dois homens são os que mais sofrem com a diferença, uma vez que recebem o benefício em quantidade menores que os casais compostos por duas mulheres. Ademais, evidencia-se que na Austrália e na Eslováquia a licença maternidade só alcança a mãe biológica.

Em sequência, a tabela 2 se refere a duração das licenças, também em semanas, decorrentes da adoção de uma criança:

Tabela 2 - Duração total combinada da licença parental remunerada (em semanas) disponível para casais do mesmo sexo e do sexo diferente para a adoção de uma criança.

⁴⁶ WONG, Elizabeth. et al. Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries. **Journal of Social Policy**, Cambridge, v. 49, n. 3, p 525-545, jul. 2020.

TABLE 3. Combined total duration of paid parental leave (in weeks) available to different-sex and same-sex couples for the adoption of a child

Country	Different-sex couple	Same-sex female couple	Same-sex male couple
Australia	20.0	20.0	20.0
Austria	104.0	104.0 ^b	104.0 ^b
Belgium	46.4	46.4	46.4
Canada	35.0	35.0	35.0
Chile	25.0	0.0 ^a	0.0 ^a
Czech Republic	178.0	0.0 ^a	0.0 ^a
Denmark	62.0	62.0	62.0
Estonia	72.1	72.1	72.1
Finland	48.0	48.0	48.0
France	64.0	64.0	64.0
Germany	60.6	60.6	60.6
Greece	0.0	0.0 ^a	0.0 ^a
Hungary	156.0	0.0 ^a	0.0 ^a
Iceland	38.7	38.7	38.7
Ireland	26.0	26.0	26.0
Israel	14.0	14.0	14.0
Italy ^c	68.8	0.0 ^a	0.0 ^a
Japan	112.6	0.0 ^a	0.0 ^a
Luxembourg	8.4	8.4	8.4
Mexico	7.0	6.0	1.0
Netherlands	8.0	8.0	8.0
New Zealand	18.0	18.0	18.0
Norway	56.0	56.0	56.0
Poland	54.0	0.0 ^a	0.0 ^a
Portugal	25.7	21.4	15.4
Slovakia	156.0	0.0 ^a	0.0 ^a
Slovenia	37.0	37	37.0
South Korea	104.0	0.0 ^a	0.0 ^a
Spain	18.1	18.1	18.1
Sweden	70.5	70.5	70.5
Switzerland	0.0	0.0 ^a	0.0 ^a
Turkey	8.6	0.0 ^a	0.0 ^a
United Kingdom	41.0	41.0	41.0
United States	0.0	0.0	0.0

a. Same-sex adoption is not legal.

b. Leave is only available to one parent and cannot be shared with same-sex partners.

c. 2016 data from the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA) report that second parent adoption is legal. However, correspondence with in-country researchers confirms it was not legal in 2016 and is not currently legal. This was cross-checked with 2015 and 2017 ILGA data.

Fonte: WONG, Elizabeth. et al. 2020.

No caso da adoção, utilizou-se do mesmo método de cálculo de licença da tabela anterior. Todavia, ressalta-se que, na aferição do benefício aos casais homoafetivos, alguns dos países não continham previsões legais que os incluíssem,

sendo analisado, em contrapartida, a existência de adoção conjunta ou adoção multiparental⁴⁷.

Observa-se que 12 dos 34 países não fornecem quantidades iguais de licença aos casais homoafetivos, sendo que 11 sequer reconhecem o direito à adoção destes casais. Todavia, 4 dos países apresentam quantidades iguais a todos casais, sendo estes: Austrália, Islândia, Nova Zelândia e Suécia. O artigo aponta que tal equiparação é devida à utilização de linguagem neutra e inclusiva nos textos legais dessas nações.

Assim, percebe-se que a situação não é ideal, sendo que os casais compostos de duas figuras paternas são os que mais sofrem com a desigualdade. Todavia, tendo em vista que a maior parte dos países não deixa de fornecer a licença, mesmo que em quantidades reduzidas, há potencial para desenvolvimento e melhoria do contexto em questão.

Por conseguinte, a tabela 3 se encarrega de analisar como a situação é tratada no Brasil. Para tanto, foi realizada a consulta no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>), Tribunal de Justiça de São Paulo (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>) e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>), uma vez que estes são os Tribunais de Justiça das três grandes capitais do país, demonstrando, assim, certo fluxo de processos e influência decisória, e no Superior Tribunal de Justiça (<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>) e Supremo Tribunal Federal (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>), por serem os órgãos decisórios máximos do país.

Os termos utilizados na pesquisa do TJDFT foram: “licença E “casal” prox1 homo\$”. Os conectivos “\$” e “prox1” foram usados para, respectivamente, encontrar todas variações de homoafetivo e garantir que a consulta se remeta a casais desse tipo, encontrando, assim, 7 resultados. Já, no TJSP foi pesquisado “licença E ‘casal homoafetivo’”, por falta do operador “prox”, encontrando, assim, 14 resultados. Por

⁴⁷ WONG, Elizabeth. et al. Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries. **Journal of Social Policy**, Cambridge, v. 49, n. 3, p 525-545, jul. 2020.

consequente, no TJRJ se pesquisou por “licença E casal E homoafetivo”, encontrando, assim, 1 resultado. Em sequência, no STJ se buscou os termos “licença E casal adj homoafetivo”, encontrando, assim, 1 resultado. Por fim, buscou-se no STF diversas combinações dos termos utilizados, restando infrutífera a procura.

Segue a tabela:

Tabela 3 - Decisões analisadas.

Tribunal	Processo	Licença	Fato gerador da licença	Casal (MM/FF)	Concessão do benefício
TJDFT	AGRAVO DE INSTRUMENTO 0700790-73.2019.8.07.9000 - TJDFT	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Concedido por maioria
TJDFT	APELAÇÃO 20130110227074APC (0001203-20.2013.8.07.0018) - TJDFT	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade
TJDFT	AGRAVO DE INSTRUMENTO 0713487-63.2019.8.07.0000 - TJDFT	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Concedido por unanimidade
TJDFT	AGRAVO REGIMENTAL CÍVEL 0701150-71.2020.8.07.9000 - TJDFT	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade
TJDFT	RECURSO INOMINADO CÍVEL 0704892-84.2020.8.07.0018 - TJDFT	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por maioria
TJDFT	AGRAVO DE INSTRUMENTO 0750643-51.2020.8.07.0	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade

	000 - TJDFT				
TJDFT	RECURSO INOMINADO CÍVEL 0707343-82.2020.8.07.018 - TJDFT	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade
TJSP	Apelação / Remessa Necessária nº 1008982-22.2021.8.26.06 - TJSP	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade
TJSP	APELAÇÃO Nº 1017732-80.2020.8.26.032 - TJSP	Maternidade	Adoção	MM	Negado por unanimidade
TJSP	Apelação Cível 1080562-43.2018.8.26.0100	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade
TJSP	Apelação Cível nº 1014698-33.2020.8.26.0506	Maternidade	Reprodução assistida	MM	Concedido por unanimidade
TJSP	Remessa Necessária Cível nº: 1024796-15.2019.8.26.0053	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade (mitigado para licença paternidade)
TJSP	Remessa Necessária Cível nº 1006004-77.2019.8.26.0161	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade (mitigado para licença paternidade)
TJSP	Apelação Cível nº 1007541-69.2019.8.26.0562	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Concedido por unanimidade
TJSP	Agravo de Instrumento nº 2087810-18.2019.8.26.0000	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Concedido por unanimidade
TJSP	Apelação nº 1038389-82.	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade

	2017.8.26.0 053				(mitigado para licença paternidade)
TJSP	Apelação nº 1029429-10. 2015.8.26.0 506	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade (mitigado para licença paternidade)
TJSP	Apelação nº 1002051- 93.2016.8.2 6.0587	Maternidade	Adoção	MM	Concedido por unanimidade
TJSP	Agravo de Instrumento nº 2144590-80. 2016.8.26.0 000	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade (mitigado para licença paternidade)
TJSP	Agravo de Instrumento nº 2209274-48. 2015.8.26.0 000	Maternidade	Reprodução assistida	FF	Negado por unanimidade (mitigado para licença paternidade)
TJSP	Apelação nº 1039082-82. 2014.8.26.0 114	Adoção	Adoção	MM	Concedido por unanimidade
TJRJ	APELAÇÃO No: 0358326-13. 2016.8.19.0 001	Adoção	Adoção	MM	Concedido por unanimidade
STJ	REsp nº 1819371 / SP	Maternidade	Adoção	MM	Negado por unanimidade

Fonte: Autoria própria, 2022.

Para melhor compreensão das informações auferidas, a tabela elaborada foi dividida em 6 colunas. A primeira se refere ao Tribunal no qual se encontrou a decisão analisada. A segunda condiz com a identificação do processo dentro do Tribunal. A terceira explicita qual o tipo de licença almejada (paternidade/maternidade/adoção). A quarta aponta o fato o qual gerou a necessidade de pleitear a licença. A quinta se refere à composição do casal (MM: masculino + masculino; FF: feminino + feminino). E, por fim, a sexta coluna evidencia o veredito da decisão.

Como pode ser observado, totalizaram-se 23 decisões, sendo que a grande maioria pleiteava o benefício da licença maternidade. Também, 18 das decisões versam sobre como lidar com o direito a esta licença frente a uma reprodução assistida, na qual, muitas vezes, por dificuldade hormonais, a mãe genitora nem sempre é capaz de lidar com a amamentação, restando a seu cônjuge cumprir este papel.

Por conseguinte, percebe-se que somente 6 decisões têm como parte um casal homoafetivo masculino, com um índice menor (somente 2 decisões) de inadmissão do benefício. Por fim, constata-se que somente 8 das 23 decisões conferem a licença, sendo que 6 das negativas oferecem como respaldo a licença paternidade.

Logo, é possível identificar uma tendência mais conservadora à situação destacada, uma vez que os julgadores primam pela igualdade e não equidade. Ademais, aponta-se que, conforme a última edição da “Justiça em Números”⁴⁸, o tempo médio do começo de um processo até o proferimento da sentença nos juizados especiais é de 11 meses, enquanto no 1º grau de 2 anos e 5 meses. Assim, verifica-se que esta demora afeta não só os futuros pais⁴⁹, mas também as crianças, uma vez que os primeiros 6 primeiros meses⁵⁰ se demonstram como os mais essenciais para um desenvolvimento saudável do recém-nascido e é necessário muito cuidado, dedicação e presença para que haja progresso no relacionamento pós-adoção⁵¹.

2.3 Situação Nacional

Continuando a análise da situação brasileira, sabe-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277⁵², de relatoria do Ministro Ayes Britto, foi um grande

⁴⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021.

⁴⁹ HUERTA, Maria. et al. Fathers' Leave, Fathers' Involvement and Child Development. *Apud*: WONG, Elizabeth. et al. Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries. **Journal of Social Policy**, Cambridge, v. 49, n. 3, p 525-545, jul. 2020.

⁵⁰ RUHM, Christopher. Parental Employment and Child Cognitive Development. *Apud*: WONG, Elizabeth. et al. Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries. **Journal of Social Policy**, Cambridge, v. 49, n. 3, p 525-545, jul. 2020.

⁵¹ WALDFOGEL, Jane. et al. The Effects of Early Maternal Employment on Child Cognitive Development. *Apud*: WONG, Elizabeth. et al. Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries. **Journal of Social Policy**, Cambridge, v. 49, n. 3, p 525-545, jul. 2020.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Repte.(s) :

marco para os direitos fundamentais no país. Isso porque o voto do Ministro Celso de Melo confirmou o dever do Estado de tratar casais homoafetivos de maneira equiparada aos heteroafetivos. Todavia, este foi somente o primeiro passo nesta luta humanitária, sendo necessário analisar como o benefício da licença maternidade/paternidade tem sido empregado para os casais em questão.

Para entender como se exterioriza esse benefício, afirma o texto explicativo “Saiba como funciona a licença-paternidade para gays”⁵³ que:

A realidade é que a legislação atual não considerou, de maneira adequada, a diversidade das possibilidades de técnicas de reprodução e de famílias da atualidade e, por essa razão, o tema ainda é bastante discutido.

Tal afirmação, corrobora-se pelo texto da Constituição Federal em seu artigo 226, no qual, ao se configurar o que é família, união estável e certas peculiaridades, explicitamente se aponta como possíveis cônjuges a união entre um homem e uma mulher:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 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.
 § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.⁵⁴

Por outro lado, assinala o texto trabalhado que, no caso de adoção conjunta, a Constituição resguarda o benefício de licença a somente um dos adotantes, sendo que esta não pode ser inferior à licença gestante. Já, no âmbito da gestação por substituição, adverte o texto que, por ainda não haver previsão legal nesta situação, a concessão ou não da licença dependerá do entendimento da empresa.

Continuando nesta análise, o texto “Casal Homoafetivo e a Concessão da Licença Maternidade”, de Leonardo da Costa Carvalho⁵⁵ (2022), destaca que uma das formas de responder o questionamento é a apreciação dos dispositivos concernentes a famílias multiparentais. Para tal, aponta-se o artigo 71-A da Lei nº

Procuradora-geral da República. Reqdo.(a/s) : Presidente da República. Reqdo.(a/s) : Congresso Nacional. Relator : Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 16 jun. 2022.

⁵³ SANTOS & ADVOGADOS. **Saiba como funciona a licença-paternidade para gays**, 2020. Disponível em: <https://blog.santosadvogadosassociados.com/licenca-paternidade-para-gays/>. Acesso em: 23 jul. 2022.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

⁵⁵ CARVALHO, Leonardo. **Casal Homoafetivo e a Concessão da Licença Maternidade**, 2022. Disponível em: <https://bvalaw.com.br/casal-homoafetivo/>. Acesso em: 23 jul. 2022.

8.213, de 24 de julho de 1991, a qual dispõe sobre os “Planos de Benefícios da Previdência Social e outras providências”. Mais especificamente o §2º, o qual enuncia:

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)⁵⁶

Logo, por analogia, objetiva-se que o benefício da licença maternidade alcance um dos cônjuges, enquanto o da licença paternidade o outro, de forma equiparada a famílias heteroparentais. Porém, como o próprio texto afirma, inexistente um posicionamento jurídico pacificado em relação ao tema.

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 23 jul. 2022.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito do presente projeto é promover o previsto na própria Constituição da República Federativa do Brasil, concretizando o direito à licença maternidade/paternidade aos casais homoafetivos como garantia fundamental. Assim, a promoção deste direito terá grande impacto na estabilização do atual cenário desta frágil parcela da população.

Como foi explicitado no decorrer do trabalho, apesar da grande conquista obtida com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, ainda não houve uma real efetivação da equiparação pretendida. Aponta-se que, mesmo se tratando de um direito fundamental difuso com foco na prestação social, o qual deveria usufruir das mesmas prerrogativas inerentes aos direitos humanos, sua prestação não é universal, pois não alcança todos que lhe façam jus. Logo, a efetivação desta equiparação é primordial para garantir a equidade e proteção da maternidade/paternidade.

Em sequência, ressalta-se que esta problemática não afeta exclusivamente a população brasileira, mas se alastra pelo mundo, sendo que alguns países se demonstram mais avançados enquanto outros sequer reconhecem a situação. Portanto, no intuito de melhor entender como é a situação mundial, analisaram-se dados recolhidos entre países membros da OCDE relativos à concessão do benefício aos diferentes tipos de casais existentes. A partir das tabelas examinadas, observou-se que o fato gerador da licença (adoção/reprodução) e a composição do casal são os fatores que mais impactam a extensão e duração do privilégio.

Em paralelo à reunião de dados internacionais, promoveu-se uma análise de decisões relacionadas ao tema no Brasil. Para tal, efetuou-se uma pesquisa qualitativa e quantitativa, utilizando do método de jurimetria, a qual encontrou e analisou 23 decisões sobre o tema, exteriorizando que matéria ainda se apresenta controvertida.

Desta análise foi identificado que o Judiciário apresenta tendências mais conservadoras, aparentado o âmbito jurídico ser um obstáculo à concessão do benefício. Ressalta-se, também, a morosidade processual que permeia o sistema, fato este que afeta o desenvolvimento dos filhos e seus relacionamentos com os pais. Logo, a constante necessidade de judicialização fere a garantia desse direito fundamental, transformando o Poder Judiciário em uma espécie de contratempo ao

que deveria ser garantido de princípio pelo texto constitucional.

À vista de todo o exposto, segue o projeto de emenda à Constituição em si. Este que tem como intuito resguardar os direitos dos casais homoafetivos, eternizando-os na Carta Magna como primeiro passo em direção à real equidade, eliminando, assim, a necessidade de prolongados e inoportunos processos judiciais.

4. O PROJETO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº, DE 2022.

Altera o artigo 7º da Constituição Federal, para estender o benefício dos incisos XVIII e XIX aos casais homoafetivos.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do §3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 7º passa a vigorar acrescido do §2º:

“Art. 7º.....

§ 2º O benefício previsto nos incisos XVIII e XIX são assegurados aos casais homoafetivos, sendo a faculdade de qual cônjuge gozará de qual licença de opção dos mesmos, devendo assim, comunicar ao seu local de trabalho, em atendimento às condições estabelecidas em lei.”

Sala das Sessões, em de de 2022.

Deputado/Senador

5. REFERÊNCIAS

BERNARDES ADVOGADOS. **TJSP reconhece o direito à licença maternidade ao pai homoafetivo**, 2021. Disponível em: <http://bernardesadvogados.adv.br/2021/01/29/tjsp-reconhece-otjsp-reconhece-o-direito-a-licenca-maternidade-ao-pai-homoafetivo-direito-a-licenca-maternidade-ao-pai-homoafetivo/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Repte.(s) : Procuradora-geral da República. Reqdo.(a/s) : Presidente da República. Reqdo.(a/s) : Congresso Nacional. Relator : Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 16 jun. 2022.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONJUR. **Decisão do STF que reconhece união estável homoafetiva completa 10 anos**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-05/decisao-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva-faz-10-anos>. Acesso em: 16 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021.

CARVALHO, Leonardo. **Casal Homoafetivo e a Concessão da Licença Maternidade**, 2022. Disponível em: <https://bvalaw.com.br/casal-homoafetivo/>. Acesso em: 23 jul. 2022.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

H AidAR, Rodrigo. CONJUR. **Supremo Tribunal Federal reconhece união estável homoafetiva**, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva>. Acesso em: 16 jun. 2022.

IBDFAM. **Licenças maternidade e paternidade para casais homoafetivos ainda geram divergências na jurisprudência**, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8795>. Acesso em: 16 jun. 2022.

MIGALHAS. **Pai homoafetivo obtém direito a licença-maternidade de 180 dias:** Para TJ/SP é necessário conceder aos pais, nos casos de ausência de mães, um período mais apropriado e prolongado ao lado dos filhos, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/339127/pai-homoafetivo-obtem-direito-a-licenca-maternidade-de-180-dias>. Acesso em: 16 jun. 2022.

OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita. **Direitos Fundamentais em Timor Leste**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jul. 2022.

SANTOS & ADVOGADOS. **Saiba como funciona a licença-paternidade para gays**, 2020. Disponível em: <https://blog.santosadvogadosassociados.com/licenca-paternidade-para-gays/>. Acesso em: 23 jul. 2022.

SILVA, Flávia. **Direitos Fundamentais**, Os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos. Esses direitos advêm da própria natureza humana, daí seu caráter inviolável, intemporal e universal (dimensão jusnaturalista-universalista), 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>. Acesso em 16 jun. 2022.

SILVA, Virgílio. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado 4 (2006): 23-51. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 16 jun. 2022.

SOUZA, Maria; PADILHA, Rafael; ABREU, Pedro. **Estudos sobre Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

WONG, Elizabeth. et al. Comparing the availability of paid parental leave for same-sex and different-sex couples in 34 OECD countries. **Journal of Social Policy**, Cambridge, v. 49, n. 3, p 525-545, jul. 2020.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 249-274. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf> Acesso em: 16 jun. 2022.