



Parecer PA nº 55/2017

EMPREGADA PÚBLICA. HOMOPARENTALIDADE. TRABALHADORA QUE SE TORNA MÃE EM FAMÍLIA HOMOAFETIVA, POR MEIO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA QUE VIABILIZOU A GRAVIDEZ DE SUA ESPOSA. RECONHECIMENTO DO DIREITO A LICENÇA PARENTAL EQUIVALENTE À LICENÇA-PATERNIDADE. Ausência de previsão legal expressa. Lacuna preenchida mediante integração analógica, com recurso ao artigo 7º, XIX, da CF/1988. Dispositivo que, ao garantir a presença de ambos os genitores junto à criança em seus primeiros dias de vida, tem por fito resguardar a família de todo e qualquer trabalhador e, sobretudo, o desenvolvimento saudável de todo e qualquer recém-nascido (...).

PROCESSO: 296841/2017

INTERESSADO: ***

PARECER: PA nº 55/2017

EMENTA: EMPREGADA PÚBLICA. HOMOPARENTALIDADE. TRABALHADORA QUE SE TORNA MÃE EM FAMÍLIA HOMOAFETIVA, POR MEIO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA QUE VIABILIZOU A GRAVIDEZ DE SUA ESPOSA. RECONHECIMENTO DO DIREITO A LICENÇA PARENTAL EQUIVALENTE À LICENÇA-PATERNIDADE. Ausência de previsão legal expressa. Lacuna preenchida mediante integração analógica, com recurso ao artigo 7º, XIX, da CF/1988. Dispositivo que, ao garantir a presença de ambos os genitores junto à criança em seus primeiros dias de vida, tem por fito resguardar a família de todo e qualquer trabalhador e, sobretudo, o desenvolvimento saudável de todo e qualquer recém-nascido. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FAMÍLIA HOMOAFETIVA E SEUS INTEGRANTES. Princípio da Igualdade Material – artigo 5º, *caput*, da CF/1988. Vedação à discriminação – artigo 3º, IV, e 227, *caput*, da CF/1988. Proteção à maternidade e à infância – artigo 6º, *caput*, da CF/1988. Princípio do melhor interesse da criança –Direito da criança à convivência familiar – artigo 227, *caput*, da CF/1988. Deferimento do pleito de licença. Precedentes: Pareceres PA nº 121/2011 e 54/2012.

1. Os presentes autos foram inaugurados por requerimento em que empregada pública da São Paulo Previdência (SPPREV) solicitou a concessão da “licença parental de que trata o art. 7º, XIX, da Constituição Federal, referente ao nascimento de B. B. H. e A. B. B. H., nascidos no dia 13 de abril de 2017, frutos de [...] casamento com a Sra. S. H., gestora dos gêmeos” (fls. 03/04).

2. O pleito foi instruído com cópias de certidões de nascimento em que se lê, no campo atinente à “filiação”, os nomes da interessada e de sua esposa (fls. 05/06).

3. Diante de tal requerimento, a Gerência de Recursos Humanos da Autarquia houve por bem solicitar à Consultoria Jurídica orientação quanto aos “procedimentos necessários que envolvem a apuração da frequência mensal da servidora e consequente pagamento dos respectivos dias em folha de pagamento” (fls. 08).

4. Assim, veio aos autos o Parecer CJ/SPPREV nº 347/2017¹ que, com lastro no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4277, segundo o qual a família homoafetiva não deve sofrer qualquer forma de discriminação, concluiu pelo reconhecimento do direito pleiteado (fls. 10/16).

5. Todavia, considerando a repercussão da matéria no âmbito da Administração Pública Estadual, o i. parecerista propôs a remessa dos autos à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria, com sugestão de exame da *quaestio iuris* pela Procuradoria Administrativa.

6. Acolhida a proposta, os autos aportaram nesta Especializada, para análise e manifestação (fls. 17).

Feito o relato do essencial, passo a opinar.

7. Em síntese, a presente consulta pretende elucidar se empregada pública que se tornou mãe de gêmeos, em decorrência de procedimento de reprodução assistida que viabilizou a gravidez de sua esposa, faz jus à fruição de licença equivalente à licença-paternidade, prevista no artigo 7º, XIX, da Constituição Federal².

8. Trata-se de dúvida que, em uma primeira aproximação, pareceu-me de todo descabida: diante da apresentação das certidões de nascimento em que a interessada figura como mãe de duas crianças recém-nascidas³, seria de rigor reconhecer-lhe o direito à licença-maternidade, prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal⁴.

9. Isso porque, nos dias de hoje, inexistem dúvidas de que a licença-maternidade é direito assegurado a toda trabalhadora, no momento em que se torna

1 Parecerista DR. DÉCIO GRISI FILHO.

2 Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...] XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

3 Lembre-se que, nos termos do artigo 1.603 do Código Civil, “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”.

4 Artigo 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.

mãe. E a interessada, segundo as aludidas certidões, fez-se mãe de gêmeos aos 13 de abril de 2017.

10. Outrossim, é atualmente inquestionável que a licença-maternidade tem por fito garantir o desenvolvimento saudável a toda criança. E, no caso em tela, estamos diante de dois recém-nascidos.

11. Com efeito, embora, em sua gênese, o direito à licença-maternidade tenha sido concebido com o específico fim de proteger a saúde da gestante durante o puerpério⁵, adquiriu nova dimensão sob os influxos da Constituição Federal de 1988.

12. Deveras, com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana dentre os fundamentos da República (artigo 1º, III), da proteção à maternidade e à infância dentre os direitos sociais (artigo 6º, *caput*), bem como do princípio do melhor interesse da criança (Artigo 227, *caput*), o direito à licença-maternidade tornou-se instrumento de proteção do vínculo maternal⁶, alcançando toda e qualquer criança e toda e qualquer mulher no momento em que se faz mãe, seja ao final de uma gestação, em um processo de adoção, ou por meio de procedimento de reprodução assistida.

13. Nesse ambiente normativo, antes mesmo da positivação da licença-adoptante, pela Lei nº 10.421/2002⁷, o Tribunal Superior do Trabalho garantia li-

5 Em sua redação original, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelecia: “Art. 392. É proibido o trabalho da mulher grávida no período de seis (6) semanas antes e seis semanas depois do parto” (g.n.).

6 De acordo com ESTEVÃO MALLET e MARCOS FAVA, “A licença à gestante insere-se no ordenamento pátrio há décadas, representando importante meio de proteção não só da mãe trabalhadora, mas, e talvez principalmente, do nascituro, na medida em que o tempo de convívio, por ocasião do recente nascimento, representa vantagens sensíveis ao desenvolvimento da criança” (*In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 584).

7 Esse diploma normativo incluiu o seguinte dispositivo na CLT: “Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º. § 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias. § 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias. § 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias. § 4º A licença-materni-

cença-maternidade às trabalhadoras que se tornavam mães por meio de adoção.

Veja-se:

Licença-maternidade. Mãe adotiva. O princípio da proteção integral do menor, consagrado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe a aplicação analógica, nos termos do artigo oitavo da CLT, dos benefícios legais concedidos à gestante, tal como o direito ao gozo da licença-maternidade, para a mãe adotiva, **uma vez que o que se objetiva é proteger a maternidade e não estritamente a mãe empregada.** (TST-RR, 4ª T., Ac. 269871, Rel. Min. José Carlos Perret Schulte, j. 19/08/1998 – g.n.).

Salário-maternidade. Mãe adotiva. Inobstante a legislação trabalhista seja omissa acerca do direito à licença-maternidade da mãe adotante, negar tal direito a esta, contudo, importaria **discriminação ao próprio filho adotivo, contrariando-se, assim, a Carta Magna que, ao instituir a licença-maternidade, visou resguardar o interesse social em que o novo ser humano alcance desenvolvimento pleno e satisfatório sob os aspectos físico e psicológico. Ao Estado, enquanto comunidade, interessa a formação de um ser humano hígido, saudável.** E nisso é insubstituível o papel da mãe, especialmente nos primeiros meses, seja o filho natural, ou não. (TST-RR, 1ª T., Rel. Min. Lourenço Prado, Ac. 4611, j. 04/06/1997 – g.n.).

14. O MIN. ROBERTO BARROSO, ao relatar o RE nº 778.889⁸, no qual se questionou a constitucionalidade de dispositivo da Lei nº 8.112/1991 que estabelecia prazos diferenciados para a licença-maternidade a que as servidoras públicas federais faziam jus em decorrência de adoção, traçou interessante panorama a respeito da evolução desse direito. Confira-se:

Trata-se aqui dos direitos das crianças, dos direitos das mulheres e do papel da adoção, sobretudo no ambiente de menores desamparados. Ao longo do tempo, houve significativa mudança na realidade e na compreensão dos valores envolvidos nessa complexa relação.

[...] A história da proteção à infância, à família e à mulher se altera profundamente com a redemocratização do Brasil e com a promulgação da **Constituição de 1988.** A nova Carta estabelece uma ruptura com o regime anterior. Define como fundamento

dade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã”. Tal norma, contudo, sofreu sucessivas mudanças: primeiro, a Lei nº 12.010/2009 revogou os §§ 1º, 2º e 3º, conferindo às mães adotantes direito à licença-maternidade por prazo equivalente àquele a que fazem jus as gestantes; depois, a Lei nº 12.873/2013 alterou a redação conferida ao *caput* do artigo 392-A, para afastar quaisquer dúvidas acerca do ponto, e incluiu no dispositivo o § 5º, segundo o qual “a adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada”.

8 Tribunal Pleno, j. 10/03/2016.

da República a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). E compromete-se com a tutela do indivíduo e de seu valor intrínseco como um fim em si mesmo, afastando qualquer possibilidade de sua instrumentalização em favor dos interesses da comunidade. Nas novas circunstâncias, deixa de ser concebível lançar mão de políticas públicas voltadas à infância com o propósito de preservar a ordem urbana ou a segurança pública. Passa-se a proteger as crianças em prol de seu próprio bem-estar e de seu adequado desenvolvimento.

13. Em coerência com tal concepção de tutela da pessoa, o art. 227 da Constituição estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança todos os direitos necessários ao seu adequado desenvolvimento, assentando os princípios da proteção integral e da prioridade dos direitos das crianças e adolescentes. Afirma, ainda, o direito do menor à convivência familiar e comunitária.

[...]. A própria Carta expressa, assim, por meio da palavra “prioridade”, a precedência em abstrato e “prima facie” dos direitos dos menores, em caso de colisão com outras normas. E o faz por se ter entendido que, em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, devem elas sujeitar-se a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia. Por isso, as decisões concernentes às crianças devem buscar atender ao princípio do superior interesse do menor.

[...]. O artigo 227 da Constituição expressa, ainda, a funcionalização do conceito de família. A família passa a ser compreendida como o *locus* do afeto e do companheirismo. Passa a ser tutelada como meio essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros. Os filhos adquirem uma posição de centralidade nesta nova família. Ela é o núcleo em que a sua socialização tem início.

16. Em paralelo, afirma-se a igualdade entre os homens e as mulheres, reconhecendo-se a identidade dos direitos e deveres a serem desempenhados por cada qual, no que respeita à sociedade conjugal (CF, art. 226, § 5º). Migra-se, assim, da família hierarquizada e chefiada pelo *pater familia* para a família democratizada, igualitária, centrada nos filhos e voltada à realização de seus membros.

17. No que respeita à maternidade, a Constituição determina que a sua proteção constitui direito social (CF, art. 6º c/c art. 201). Estabelece como objetivos da assistência social a tutela “à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, bem como o “amparo às crianças e a adolescentes carentes” (CF, art. 203, I e II). E assegura o direito de “licença à gestante” – esta é a expressão empregada por seu texto –, em favor das trabalhadoras e servidoras públicas, atribuindo-lhes o direito ao prazo mínimo de 120 dias de afastamento remunerado do trabalho (CF, art. 7º, XVIII, c/c art. 39, § 3º).

[...]. Em 13 de julho de 1990, o legislador ordinário editou a Lei 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que revogou o antigo Código de Menores. O ECA reiterou a igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos.

Previu o direito das crianças de serem criadas, preferencialmente, por sua própria família. Atribuiu ao Estado o dever de amparar eventuais núcleos familiares desprovidos de recursos, de forma a tornar possível a presença das crianças carentes junto a seus pais e à comunidade. E estabeleceu que o pátrio poder deve ser exercido nas mesmas condições pelo pai e pela mãe. [...].

[...] o Novo Código Civil (Lei 10.406/2002) tornou a afirmar a igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos, e a Lei 10.421/2002 incluiu na CLT o artigo 392-A, estabelecendo o direito à licença maternidade em favor da empregada adotante, de maneira escalonada, de acordo com a idade da criança, à semelhança do que fora previsto no Estatuto dos Servidores Federais.

[...] A Lei 10.421/2002 estabeleceu, ainda, o direito do cônjuge ou do companheiro ao prazo remanescente da licença, em caso de falecimento da mãe durante a sua fruição. E previu o direito do empregado-adotante ao mesmo benefício. Com tais inovações, deixou claro que a função essencial da licença maternidade passava a ser a proteção do interesse do menor que, tanto no caso da filiação natural, quanto da adotiva, precisa adaptar-se à família e estabelecer laços de afeto que são fundamentais para o seu desenvolvimento saudável.

[...] O histórico acima demonstra que o Direito brasileiro vem manifestando, desde a promulgação da Constituição de 1988, por seu poder constituinte originário, por seu poder constituinte derivado e pelo legislador ordinário, o firme propósito de avançar na proteção conferida à criança e ao filho adotivo. É de acordo com essa evolução, com a cadeia de normas antes descrita e à luz dos compromissos e dos valores que elas expressam, que o alcance da licença maternidade das servidoras públicas deve ser interpretado. No caso em exame, todos os capítulos desta história avançaram, paulatinamente, para majorar a proteção dada à criança adotada e igualar seus direitos aos direitos fruídos pelos filhos biológicos. (g.n.)

15. No julgamento de tal recurso, em que restou assentado que “os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante”, o MIN. EDSON FACHIN forneceu lapidar ensinamento sobre o direito à licença-maternidade, *verbis*:

Questionamentos surgem acerca do verdadeiro destinatário dessa previsão constitucional, se as mães, que se utilizam do período para recuperar-se da gravidez e do parto, ou se seriam as crianças, a fim de serem integralmente atendidas em período de grande fragilidade e dependência.

Não creio, contudo, que se trate de direito de dimensão meramente individual, a requerer apenas a identificação de um único sujeito a ser protegido pela norma. Parece-me, em verdade, que ambos, mãe e filho, serão protegidos por meio da tutela do vínculo maternal, esta a verdadeira dimensão na qual os valores constitucionais se concretizam através da garantia do direito ao gozo da licença-maternidade.

Quando se considera que o vínculo inicial entre mãe e filho é bem jurídico a ser protegido pelo ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição erigiu o afeto como liame ressignificador das relações familiares, mostra-se necessária a extensão da licença-maternidade à mãe adotante, de modo que ela goze do mesmo tempo da mãe biológica, para conviver com a criança ou o adolescente, e fortalecer o vínculo que deverá uni-las durante a vida⁹.

16. Ou seja, se a licença-maternidade a que alude o artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, almeja tutelar o vínculo maternal, imperioso concluir que todos aqueles que vivenciam essa relação fazem jus ao reconhecimento de tal direito.

17. Daí que, embora a legislação infraconstitucional apenas contemple, expressamente, a maternidade decorrente de gestação e adoção, não seria legítimo conferir tratamento diferenciado ao vínculo maternal oriundo de procedimento de reprodução assistida. Conforme preceitua MARIA BERENICE DIAS, *“apesar de a lei falar exclusivamente da adoção, não há como deixar de fazer interpretação integrativa e assegurar o mesmo direito a quem fizer uso da reprodução assistida”*¹⁰.

18. Assim, no caso em tela, em que a interessada fez-se mãe de gêmeos em virtude de procedimento de reprodução assistida que viabilizou a gestação de sua esposa, fato oficialmente atestado na certidão de nascimento das crianças, seria inescapável o reconhecimento de seu direito à licença-maternidade.

19. Note-se que a circunstância de o vínculo maternal ter surgido no seio de família homoafetiva jamais poderia constituir fundamento para a negativa de tal direito à interessada.

20. Ora, a Constituição Federal de 1988, além de erigir o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento da República (artigo 1º, III), de consagrar a vedação a quaisquer formas de discriminação (artigo 3º, IV) e de assegurar a todos o direito à liberdade, à igualdade material, à intimidade e à vida privada (artigo 5º, *caput*), “esgarçou o

9 Na mesma trilha, IVANI CONTINI BRAMANTE alude às alterações promovidas na CLT para contemplar a licença-adotante nos seguintes termos: “Resta evidente que a ampliação das beneficiárias se deu, primordialmente, pela necessidade de tutela da família, constitucionalmente protegida. Assim, embora tais direitos se destinem aparentemente à mulher, visam a tutelar não sua pessoa, mas sim a criança, bem como a entidade familiar que se constitui” (*Da Licença e Salário-Maternidade à Licença-Natalidade-Infância e Salário-Maternidade Parental – Releitura dos Direitos Previdenciários à Luz do Novo conceito de Família*. In: *Revista Síntese – Direito Previdenciário* nº 66 – Maio-Junho/2015, pp. 74/92, g.n.).

10 *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 223.

conceito de família”¹¹ (artigo 226) para compreender quaisquer “relacionamentos estáveis, potencialmente duradouros, nos quais se reconheça a participação em interesses e finalidades comuns entre pessoas”¹².

21. A valer, ciente de que “a família é realidade que antecede o Direito”¹³ e que, em todas as suas configurações, atua como “instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e a realização plena de seus membros”¹⁴, o Constituinte optou por um conceito aberto de entidade familiar, capaz de acomodar os mais diversos tipos de arranjos afetivos que o ser humano possa vivenciar, inclusive a união entre pessoas do mesmo sexo.

22. Nesse sentido, as precisas lições de Maria Berenice Dias¹⁵:

A Constituição Federal esgarçou o conceito de família. Ao trazer o conceito de entidade familiar, reconheceu a existência de relações afetivas fora do casamento (CF 226). Emprestou especial proteção tanto ao casamento como à união estável entre homem e mulher e às famílias monoparentais, formadas por um dos pais e sua prole. Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir **qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade**. Não se pode deixar de reconhecer que relacionamentos, mesmo sem diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Por terem origem em um vínculo afetivo, devem ser identificados como entidade familiar merecedoras de tutela legal.

Conforme Paulo Lôbo, na Constituição atual não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria com as Constituições anteriores. Com isso está sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. E conclui de modo

11 DIAS, MARIA BERENICE. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 271.

12 MORAES, MARIA CELINA BODIN DE; TEIXEIRA, ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA (In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2118).

13 Nos dizeres de LUIZ EDSON FACHIN: “A família é, efetivamente, realidade sociológica, que antecede o direito, não sendo possível aprisioná-la a conceitos ou modelos fechados e formalmente instituídos. Essa família como realidade sociológica é plural, como plurais são as aspirações afetivas que instituem o fenômeno familiar. O direito brasileiro contemporâneo reconhece a insuficiência do fechamento conceitual, tutelando os integrantes da família com fundamento na proteção de um espaço em que possam livremente satisfazer as aspirações afetivas e no qual prevaleça o valor da solidariedade” (*Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 269 e 272).

14 DIAS, MARIA BERENICE. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 7ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 107.

15 *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 271/272.

enfático: *a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. A referência constitucional é norma de inclusão, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família – que dispõe de um conceito plural – a entidade familiar homoafetiva.* E, na inexistência de regra restritiva, é de ser reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar.

O compromisso do Estado com o cidadão sustenta-se no primado do respeito à dignidade humana e aos princípios da igualdade e da liberdade. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais: direito à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ao elencar os direitos e as garantias fundamentais, proclama (CF 5º): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Diante das garantias constitucionais, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. **A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo e suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.**

Ainda que não haja expressa referência às uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de família. (g.n.).

23. Se alguma dúvida poderia pairar acerca da proteção constitucional às famílias homoafetivas, decerto foi extirpada aos 05/05/2011, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a **ADI nº 4.277** e a **ADPF nº 132**, conferindo interpretação conforme ao artigo 1.723 do Código Civil, “para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de

família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”¹⁶⁻¹⁷

24. A partir dessa decisão, que se reveste de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, os Tribunais pátrios passaram a permitir a conversão da união homoafetiva em casamento, até que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.183.378¹⁸, reconheceu aos casais do mesmo sexo o direito à habilitação direta para casamento¹⁹.

16 Da ementa do julgado de que foi relator o i. MIN. AYRES BRITO, colhe-se: “TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCTIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5o). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas” (g.n.).

17 Anote-se que, no plano normativo, antes mesmo do advento do indigitado decisum a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) já aludia às uniões homoafetivas como entidades familiares (artigos 2º e 5º).

18 Eis um breve excerto da ementa do v. aresto: “DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAfetivo). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF”. (4ª Turma, Rel. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 25/10/2011)

19 Mais tarde, veio a lume a Resolução CNJ nº 175/2013, segundo a qual “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”

25. Na esteira de tais julgados, o Parecer PA nº 121/2011²⁰ concluiu por conferir interpretação conforme ao artigo 8º, I, da Lei Estadual nº 452/1974, com redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007, “de modo a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo” dentre os fundamentos para concessão de pensão decorrente de morte de policial militar.

26. E, seguindo a mesma senda, foi proferido o Parecer PA nº 54/2012²¹, que frutificou no Despacho Normativo do Governador, de 30/09/2013, no qual se decidiu, em caráter normativo, que “o termo *cônjuge*, quando empregado na legislação alusiva a pessoal, abrange o companheiro e a companheira, na acepção dos arts. 1.723 a 1.725 do Código Civil, inclusive na hipótese de união estável homoafetiva”²².

27. Cumpre observar que conclusões diversas afrontariam diretamente a interpretação conferida pela Corte Suprema ao Texto Constitucional. Consoante destacado pelo MIN. CELSO DE MELLO²³, do julgamento da ADI nº 4.277 e a ADPF nº 132 emerge que:

Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

[...]. **Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas**²⁴. (g.n.).

28. Exatamente por isso, quando o Supremo Tribunal Federal foi instado a mani-

20 Parecerista DR. MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO.

21 Parecerista DR. MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO.

22 Interessante destacar que o Decreto Estadual nº 55.839/2010, antes mesmo de o Pretório Excelso ter pacificado a questão, instituiu “o Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT”, clara ofensiva contra a discriminação decorrente de orientação sexual.

23 RE nº 477.554, 2ª Turma, Rel. MIN. CELSO DE MELLO, j. 16/08/2011.

24 Alguns anos antes, o MIN. HUMBERTO GOMES DE BARROS, ao relatar o REsp nº 238.715, no âmbito da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, já fora enfático quanto ao ponto: “O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana” (j. 07/03/2006).

festar-se acerca da viabilidade da adoção por casais homoafetivos, a MIN. CÂRMEN LÚCIA não titubeou e confirmou o *decisum a quo*, que concluíra que a orientação sexual dos adotantes jamais poderia obstar uma adoção²⁵.

29. Também por isso, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 2.013/2013, que “adota normas técnicas para utilização das técnicas de reprodução assistida”, estabeleceu que “é permitido o uso das técnicas de reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos”²⁶.

30. A seu turno, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, questionado quanto à averbação de dupla maternidade resultante do uso de técnica de reprodução assistida, decidiu que a efetivação do registro civil em tais circunstâncias independe da propositura de ação judicial, *verbis*:

Registro Civil. Averbação de dupla maternidade de filha de mãe biológica que mantém união estável com a outra autora e que planejaram juntas a gravidez por inseminação artificial de doador anônimo. Considerações sobre decisões do STJ e do STF que recomendam não mais criar óbice quanto ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, nem ao reconhecimento por autorização judicial sem natureza contenciosa de dupla maternidade no registro de nascimento. Desnecessidade de ação judicial em alguma Vara da Família. Recurso do Ministério Público improvido. (TJSP, AC 0022096-83.2012.8.26.0100, 4ª C. Dir. Priv., Rel. Maia da Cunha, j. 27/03/2014, g. n.).

31. Nesse cenário, afigurar-se-ia inviável negar à interessada a fruição da licença-maternidade decorrente do nascimento de seus filhos gêmeos pelo só fato de serem fruto de união homoafetiva.

32. No entanto, o deferimento de licença-maternidade à interessada poderia gerar situação peculiarmente benéfica e anti-isonômica, não amparada pelo ordenamento jurídico em nenhuma outra hipótese de parentalidade: a concessão de duas licenças-maternidade de 120 dias em razão do surgimento de uma única estrutura de convívio. Como então, garantir o direito à licença da mãe não gestante na exata medida necessária à tutela dos recém-nascidos, considerada a entidade familiar?

25 RE nº 846.102, j. 05/03/2015.

26 Do ato normativo extrai-se, ainda: “SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO). As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva” (g.n.).

33. Nas hipóteses de adoção, a solução é dada diretamente pelos artigos 392-A, § 5º, da CLT, e 71-A, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 que, na redação conferida pela Lei nº 12.873/2013, disciplinam a licença-maternidade e o salário-maternidade da seguinte maneira:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392.

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

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.

[...].

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

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.

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

§ 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. (g.n.).

34. Como se vê, tais normas atribuem o direito à licença-maternidade e ao correlato salário-maternidade ao adotante, sem distinção de sexo, mas limitado a apenas um dos cônjuges ou companheiros envolvidos no processo de adoção.

35. A toda evidência, ao conferirem direito à licença-maternidade também ao pai adotante, esses dispositivos avançam consideravelmente na concretização do melhor interesse da criança, do direito à convivência familiar e da igualdade material, dentre outros preceitos que almejam promover a dignidade da pessoa humana.

36. De fato, pode-se mesmo inferir que, com tais normas, o legislador brasileiro teria dado um passo adiante, abrandando a prevalência da proteção ao vínculo materno em prol da proteção a todo vínculo parental²⁷. Seguindo tendência verificada

27 Nessa mesma direção, a Lei nº 12.873/2013, ao incluir o artigo 392-B na CLT e o artigo 71-B na Lei nº 8.213/1991, assegurou ao cônjuge ou companheiro, em caso de morte da genitora, “o gozo de licença

no Direito Comparado, também aqui o direito à licença-maternidade estaria fadado a ser substituído pelo direito à **licença-parental**, ou **licença-natalidade**, que pode ser gozada por qualquer um dos genitores, à livre escolha do casal, sempre em atenção ao melhor interesse da criança^{28,29}.

37. Contudo, ao viabilizar que o casal de adotantes escolha quem irá fruir a licença-maternidade, os artigos 392-A da CLT e 71-A da Lei nº 8.213/1991 foram taxativos no sentido de que apenas um dos genitores fará jus ao reconhecimento de tal direito. Isto é, em tais situações, a licença-maternidade é garantida a qualquer dos genitores, mas jamais a ambos.

38. Observe-se que, com isso, o ordenamento garantiu às hipóteses de adoção promovida por casal de homens a aplicação de sistemática análoga à vigente na adoção ou gestação por casais heteroafetivos: enquanto um deles fruirá a licença-maternidade, com lastro no artigo 392-A da CLT, ao outro caberá o gozo da licença-paternidade, prevista no artigo 7º, XIX da CF/1988 e regulada no artigo 10, § 1º, do ADCT, *verbis*:

por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono”, assim como ao correlato salário-maternidade. Veja-se: “Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono”; “Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade”.

28 O instituto, contemplado em diversos países, figura em Proposta de Emenda Constitucional apresentada pela Comissão da Diversidade Sexual da OAB. Segundo MARIA BERENICE DIAS, “a proposição é de que seja alterado o nome para licença-natalidade e que o prazo seja dilatado para 180 dias. Durante os 15 primeiros dias, os dois pais usufruiriam da licença. O período restante seria concedido a um ou a outro, de forma não cumulativa e como eles deliberarem” (*Filhos do Afeto. Questões jurídicas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 62).

29 Atente-se que a Lei Complementar Estadual nº 367/1984, na redação conferida pela Lei Complementar Estadual nº 1.054/2008, garante aos servidores públicos estaduais espécie de licença parental em caso de adoção, *verbis*: “Artigo 1º - O servidor público poderá obter licença de 180 (cento e oitenta) dias, com vencimentos ou remuneração integrais, quando adotar menor, de até sete anos de idade, ou quando obtiver judicialmente a sua guarda para fins de adoção. § 1º - Em caso de adoção por cônjuges ou companheiros, ambos servidores públicos, a licença de que trata o “caput” deste artigo será concedida na seguinte conformidade: 1 - 180 (cento e oitenta) dias ao servidor adotante que assim o requerer; 2 - 5 (cinco) dias ao outro servidor, cônjuge ou companheiro adotante, que assim o requerer”.

Artigo 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias. (g. n.).

39. A legislação é omissa, todavia, quanto à hipótese de dupla maternidade. Nesse caso, se é certo que os artigos 392 e 392-A, da CLT, e 71-A, da Lei nº 8.213/1991, garantem a uma das mães, e somente uma, a fruição de licença-maternidade, também é certo que nenhuma norma do ordenamento está a disciplinar a situação da outra mãe.

40. Resta saber, porém, se a constatada omissão legislativa deve ser compreendida como uma lacuna a ser preenchida com recurso aos métodos integrativos previstos no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁰, ou como um “silêncio eloquente” a ser respeitado pelo aplicador do Direito.

41. Com efeito, nem toda omissão legal constitui efetivamente um vazio a ser objeto de integração. NORBERTO BOBBIO³¹, ao abordar o tormentoso tema da “completezude do ordenamento jurídico”, classifica as lacunas em próprias e impróprias, ensinando que enquanto a lacuna própria seria “uma lacuna do sistema ou dentro do sistema”, a lacuna imprópria seria aquela que “deriva da comparação do sistema com um sistema ideal”. Segundo o insigne jurista, apenas “as lacunas próprias podem ser completadas por obra do intérprete”, enquanto “as lacunas impróprias só podem ser completadas pelo legislador”.

42. Na mesma toada, ao tratar do problema do “preenchimento de lacunas e correção do Direito legislado incorreto”, KARL ENGLISH³² preceitua:

[...] a inexistência da regulamentação em causa pode corresponder a um *plano* do legislador ou da lei, e então não representa uma “lacuna” que tenha de se apresentar como uma “deficiência” que estamos autorizados a superar. Uma tal inexistência *planejada* de certa regulamentação (propriamente uma regulamentação negativa) surge quando uma conduta, cuja punibilidade nós talvez aguardemos, “consciente e deliberadamente” não é declarada como punível pelo Direito positivo. Se esta impunidade nos cai mal, podemos falar na verdade de uma “lacuna político-jurídica”, de

30 Artigo 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

31 *Teoria Geral do Direito* - 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 296.

32 *Introdução ao pensamento jurídico* - 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 281/282.

uma “lacuna imprópria”, quer dizer, de uma lacuna do ponto de vista de um futuro Direito mais perfeito (“de *lege ferenda*”); não, porém, de uma lacuna autêntica e própria, quer dizer, duma lacuna no Direito vigente (“de *lege lata*”). Uma lacuna *de lege ferenda* apenas pode motivar o poder legislativo a uma reforma do Direito, mas não o juiz a um preenchimento da dita lacuna. A colmatação judicial de lacunas pressupõe uma lacuna *de lege lata*. [...].

43. Essa distinção entre lacunas próprias, ou *de lege lata*, e lacunas impróprias, ou *de lege ferenda*, revela-se de extrema importância, na medida em que a deflagração do processo de integração em hipóteses de lacuna imprópria implica inadmissível mácula ao **Princípio da Separação dos Poderes**. Há muito KARL LARENZ³³ adverte que “a divisão de poderes, estabelecida no Estado de Direito exige da administração da justiça [e de qualquer aplicador do Direito] que respeite o primado da criação de normas pelo legislador”. E prossegue:

O desenvolvimento judicial do Direito [o processo de integração do Direito] precisa de uma fundamentação levada a cabo metodicamente se se quiser que o seu resultado haja de justificar-se como “Direito”, no sentido da ordem jurídica vigente. Precisa de uma justificação, porque sem ela os tribunais [e os administradores] só usurariam de facto um poder que não lhes compete. Por isso têm entre si uma estreita relação as questões relativas aos limites da competência dos tribunais [e dos administradores] nos termos da Constituição em ordem a desenvolver o Direito ultrapassando os limites da interpretação autêntica, e, inclusivamente, da integração das lacunas imanentes à lei e a questão relativa à possibilidade de fundamentação de um tal desenvolvimento do Direito³⁴.

44. Daí caber ao aplicador do Direito agir com máxima cautela quando diante de um silêncio que se lhe apresenta como uma imperfeição do ordenamento. Mas como saber se uma omissão legislativa caracteriza lacuna própria ou lacuna imprópria?

45. LARENZ, lembrando que “uma lacuna da lei é uma ‘imperfeição contrária ao plano da lei’”, recomenda que esse processo de qualificação da lacuna seja realizado por meio do estudo da “intenção reguladora” e da “teleologia imanente à própria lei” em que vislumbrada a omissão. Confira-se:

[...] A fronteira entre uma lacuna da lei [lacuna própria] e uma falha da lei [lacuna imprópria] na perspectiva da política legislativa só pode traçar-se na medida em que se pergunta se a lei é incompleta comparada com a sua própria intenção reguladora ou se somente a decisão nela tomada não resiste a uma crítica de

33 *Metodologia da Ciência do Direito* – 5ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 455/456.

34 *Op. Cit.*, p. 447.

política legislativa. Certamente que em ambos os casos, como com razão assinalaram especialmente Heck e Binder, se trata de uma questão de valoração e não, por exemplo, de um juízo sobre factos ou de uma conclusão lógica. É que em ambos os casos consideramos que a lei não contém uma norma que *devia* conter. Mas a pauta de valoração posta como base é diferente em cada passo: num caso é a **intenção reguladora e a teleologia imanente à própria lei**; no outro caso são pautas de uma crítica, fundamentada político-juridicamente, dirigida à lei. Se a lei não está incompleta, mas defeituosa, então o que está indicado é não uma integração de lacunas, mas em última instância, um desenvolvimento do Direito superador da lei. [...].

A “teleologia imanente” da lei não deve, certamente, ser entendida, neste contexto, em sentido demasiado estrito. Não só se hão-de considerar os propósitos e as decisões conscientemente tomadas pelo legislador, mas também aqueles fins objetivos do Direito e princípios jurídicos gerais que acharam inserção na lei. Um princípio que é inerente a toda lei porque e na medida em que pretende ser “Direito”, é o do *tratamento igual daquilo que é igual*. Se uma lei regula uma determinada situação de facto A de uma maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso B, que é semelhante àquele no caso da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei.

[...]. Uma lei é “lacunosa” ou incompleta sempre apenas em atenção à regulação por ela almejada, materialmente exaustiva e, neste sentido, “completa”, bem como materialmente justa³⁵. (g.n.).

46. De igual maneira, CELSO RIBEIRO BASTOS sugere que a indagação quanto à natureza das lacunas legais seja respondida a partir do estudo do contexto normativo, por meio da comparação do fato não regulado com fatos semelhantes que são objeto de regramento jurídico. Eis as palavras do i. constitucionalista:

A resposta a esta indagação é simples, qual seja, [as lacunas próprias] são aquelas que, em razão de uma proximidade com situações já contempladas pelo Direito, assim como da ocorrência, nelas, de valores encampados pela ordem jurídica, não podem ficar relegadas ao plano da irrelevância jurídica.

O intérprete, o aplicador do Direito, se dá conta de que para atender a um princípio de justiça é necessário estender até ela o campo normado pelo direito positivo, embora se compenetre da inexistência de uma norma que se amolde perfeitamente à espécie.

[...]. Adverte-se, contudo, que essa construção jurídica não pode ser feita indiscriminadamente, é imprescindível que haja uma norma que seja passível de aplicação

35 *Op. Cit.*, pp. 452/454.

ao caso em estudo. É dizer, é necessário que haja uma sensação de legitimidade consistente no fato de que não é razoável e muito menos justo que a norma interpretada abarque determinadas hipóteses e deixe de fora outras que têm as mesmas razões e motivos para constar em seu texto.³⁶ (g.n.)

47. Noutros termos: o aplicador do Direito estará diante de uma lacuna *de lege lata* quando, examinando o contexto normativo, constatar a existência de uma “norma” (dispositivo de lei, princípio ou costume) que regula fato semelhante ao fato não regulado, a indicar que a finalidade inerente a tal norma deve abranger, por princípio de Justiça, a situação não regulada.

48. Vê-se, assim, que o reconhecimento de uma lacuna própria e a localização do recurso a ser utilizado para preenchê-la são processos que ocorrem simultaneamente. É no exato instante em que localizo a norma de regência de uma situação semelhante à não regulada e percebo a necessidade de fazê-la incidir sobre esta que constato que a lacuna vislumbrada merece colmatação.

49. Há que se atentar, no entanto, que não é qualquer semelhança que autoriza a incidência de uma norma que rege um dado fato sobre outro, por ela em princípio não abrangido. A integração por analogia³⁷ requer semelhança contundente, reveladora de que ambas as hipóteses “hão de ser *identicamente valoradas*”. Quanto ao tema, KARL LARENZ³⁸ aduz:

As duas situações de facto serem “semelhantes” entre si significa que concordam em alguns aspectos, mas não noutros. Se concordassem absolutamente em todos os aspectos que hão-de ser tomados em consideração, então seriam “iguais”. **Por essa razão as previsões legais podem não ser absolutamente iguais nem desiguais entre si; mas têm de concordar precisamente nos aspectos decisivos para a valoração jurídica.** Se é ou não o caso, pode determinar-se não só com o auxílio das categorias lógicas de “identidade” ou “não identidade”, mas requer-se, sobretudo o esclarecimento dos aspectos decisivos da valoração expressa na regulação legal. A isso há que acrescentar a **constatação positiva de que a situação de facto a julgar iguala em todos esses aspectos o que está legalmente regulado,**

36 *Hermenêutica e Interpretação Constitucional* – 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 44/46 e 51.

37 NORBERTO BOBBIO ensina: “Entende-se por “analogia” aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira semelhante. [...] A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a chamada tendência de todo sistema jurídico a expandir-se para além dos casos expressamente regulados” (*Op. cit.*, p. 302).

38 *Op. Cit.*, pp. 461/462.

assim como a constatação negativa de que as diferenças que subsistem não são de tal ordem que excluam aqui a valoração legal. Na analogia jurídica trata-se sempre, portanto, de um processo de pensamento valorativo e não unicamente de uma operação mental lógico-formal. Para conhecer que elementos da hipótese legal regulada na lei são importantes para a valoração legal, e porque é que o são, é preciso recorrer aos fins e ideias fundamentais da regulação legal, à *ratio legis*. (g.n.).

50. Fixadas essas premissas, cumpre rememorar que nosso ordenamento contempla normas que estabelecem, de modo expresse, a concessão de licença-maternidade e paternidade nas hipóteses de gestação e adoção vivenciadas por famílias formadas por casais heteroafetivos e homoafetivos masculinos (artigos 392 e 392-A da CLT, e artigo 10, § 1º, do ADCT), a evidenciar que o silêncio do legislador quanto à previsão de direito equivalente aos casais homoafetivos femininos constitui lacuna própria, a ser colmatada com recurso à analogia.

51. Deveras, se as aludidas normas garantem, por meio da concessão das licenças maternidade e paternidade, a presença de ambos os genitores junto à criança em seus primeiros dias de vida ou adoção, tanto nas famílias formadas por casais heteroafetivos quanto naquelas formadas por casais de homens, inexistem motivos para que idêntico direito não seja assegurado às famílias formadas por casais de mulheres.

52. Ao contrário, o princípio da isonomia material, a vedação constitucional a quaisquer formas de discriminação, a proteção constitucional à maternidade e à infância e, sobretudo, o princípio do melhor interesse da criança, formam o arcabouço normativo que impõe a aplicação do artigo 7º, XIX da CF/1988 c/c o artigo 10, § 1º, do ADCT, por analogia, nas situações de dupla maternidade.

53. Consoante adrede referido, a Constituição Federal de 1988 garante a todos os arranjos familiares idêntica proteção, sendo proscrito tratamento diferenciado sem nexos lógicos que o justifique.

54. E, assim como a licença-maternidade, a licença-paternidade é contemplada em nosso ordenamento não somente em benefício do genitor, mas em prol da família, “na pessoa de cada um de seus membros”³⁹. Nas palavras de ESTÊVÃO MALLET

39 LUIZ EDSON FACCHIN adverte quanto à existência de uma “norma constitucional de inclusão, inscrita no parágrafo 8º do artigo 226, que, em sua primeira parte, prevê que a proteção destinada à família é, na verdade, centrada em cada um dos seus componentes: ‘§ 8º - O Estado assegurará a assistência

e MARCOS FAVA⁴⁰, ao comentarem o artigo 7º, XIX, da CF/1988:

A proteção visada pela norma diz respeito à **tutela da família**, consagrada em outras passagens constitucionais, dada a inegável importância do nascimento da criança para esta unidade social. Permite-se, com a medida, o convívio, ainda que por curtíssimo lapso de tempo, do pai com o recém-nascido. (g.n.)

55. SÉRGIO PINTO MARTINS⁴¹, embora aludindo aos benefícios da licença-paternidade para a parturiente, fornece clara lição de que esse direito não atinge apenas quem o frui diretamente, alcançando também a esfera de direitos do outro genitor⁴²:

A licença-paternidade tem, porém, por objetivo que o empregado possa manter contato com seu filho e ajudar sua esposa nos primeiros dias de vida da criança, ou seja, tem a finalidade de fazer com que o marido faça companhia à esposa nos dias subsequentes ao parto para ajudar a cuidar da criança e também do convívio com esta. A ideia do constituinte foi fazer com que os cuidados com o filho não fossem apenas da mulher e, até de certa forma, de preservar o mercado de trabalho da mulher, pois o homem também se afastará do emprego para ajudar a cuidar de seu filho. É também uma forma de se interpretar a paternidade responsável a que se refere o § 7º do art. 226 da Constituição.

56. Mas, afora socorrer ao casal de genitores, sob os influxos do **princípio do melhor interesse da criança**, previsto no artigo 227, *caput*, da CF/1988⁴³, o direito à

à família na pessoa de cada um dos que a integram (...)"'. De acordo com o i. professor, "os sujeitos integrantes de comunidades familiares – dado sociológico, que antecede a apreensão e chancela eficaz pelo direito – são protegidos pelo direito das relações existenciais dessa natureza, independente do modelo por eles eleito – ou imposto pelas circunstâncias. A proteção jurídica não é oferecida ao ente transpessoal, mas às pessoas. Daí a conclusão de que, independente da configuração familiar, haverá apreensão jurídica, com a possibilidade de atribuição de eficácia" (*Op. Cit.*, p. 280, g.n.).

40 *Op. Cit.*, p. 586.

41 *Práticas discriminatórias contra a mulher*. São Paulo: LTr, 1996. p. 37.

42 LAURA GUTMAN, renomada psicóloga argentina, destaca a importância da companhia do parceiro em casa, quando a mulher se faz mãe: "Saibamos que, para apoiar e embalar a criança, as mulheres precisam, sem dúvida nenhuma, ser apoiadas e cuidadas. Não importa se em outras circunstâncias de sua vida elas se viraram sozinhas. Não importa se são independentes, maduras e intrépidas. Nenhum parâmetro da sua vida anterior é comparável à maternidade. Elas podem ser gerentes de empresas multinacionais, ministras ou prefeitas, podem até ser presidentes de uma nação. Nada é comparável ao fato de amamentar e cuidar de um recém-nascido. Para cumprir essas tarefas, elas precisarão, inevitavelmente, de apoio, ajuda e de uma generosa companhia" (*Mulheres visíveis: mães invisíveis*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2013, p. 115).

43 Artigo 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 profis-

licença-paternidade tem como principal destinatário o filho menor⁴⁴.

57. A valer, acerca de tal princípio, MARIA CELINA BODIN DE MORAES e ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA⁴⁵ ensinam:

O princípio do “melhor interesse da criança” é corolário da doutrina da proteção integral, que perpassou os mandamentos da Constituição Federal de 1988. Tal doutrina sustenta que **a criança e o adolescente têm direitos específicos a serem protegidos**. O dever de proteção não se limita ao Estado, mas se estende à família e à sociedade, constituindo-se em um dever social. Sua condição prioritária deve-se ao fato de serem pessoas em desenvolvimento, cuja personalidade deve ser promovida, mediante a garantia do exercício de direitos fundamentais.

Tal princípio é a concretização do o princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito da infância e da juventude. (g. n.)

58. Malgrado o princípio do melhor interesse da criança seja “algo que não pode ser definido *a priori*”⁴⁶, é certo que dele decorre o **direito à convivência familiar**, também positivado no *caput* do artigo 227 da Lei Maior.

59. O professor JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴⁷, comentando o artigo 16, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual o direito à liberdade do menor compreende “participar da vida familiar”, observa que:

Participar da vida familiar e comunitária é [...] mais do que uma possibilidade que se reconhece à determinação livre da criança e do adolescente, porque **é um direito subjetivo que requer prestações positivas e condições favoráveis e efetivas para o seu auferimento, sem distinção de qualquer natureza, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminações** (CF, arts. 3º, IV, 5º, *caput*, e 227). (g.n.).

sionalização, 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.** (g.n.).

44 LUIZ EDSON FACCHIN pondera que “em verdade, sob o manto de um profundo humanismo que deve dominar as relações entre pais e filhos, encontra-se uma via de mão dupla, cujo sentido, como registram LAMARTINE e FRANCISCO MUNIZ foi expresso em livro publicado na então Alemanha Oriental: ‘O amor entre pais e filhos conduz a um profundo enriquecimento da vida do adulto e é irrenunciável pressuposto do desenvolvimento do filho’” (*Op. Cit.*, p. 170).

45 *Op. Cit.*, p. 2128.

46 FACCHIN, LUIZ EDSON. *Op. cit.*, p. 183.

47 *In*: Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, Coord. MUNIR CURY, p. 85).

60. Por esse viés, é possível deduzir que as licenças maternidade e paternidade, asseguradas pelos artigos 392 e 392-A da CLT, e 10, § 1º, do ADCT, constituem prestações positivas que almejam garantir às crianças a convivência familiar nos primeiros dias de vida ou adoção.

61. Ora, o direito à convivência familiar há de ser compreendido à luz do conceito plural de família consagrado pela Constituição Federal de 1988⁴⁸. Assim, afigura-se imperioso admitir que dele deflui o direito de toda e qualquer criança ter a presença de ambos os genitores nos cinco primeiros dias de vida ou adoção, sendo defeso negar a presença de um deles pelo só fato de o menor ter nascido em família homoafetiva formada por duas mulheres.

62. DANIEL MACHADO DA ROCHA e JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR⁴⁹ são categóricos no sentido de que *“com as mudanças que a família vem sofrendo ao longo do tempo, cada vez mais, acentua-se a necessidade de proteger os laços afetivos que circundam o núcleo familiar, pois não se pode deixar desprotegido o elo mais fraco: o filho recém-nascido ou adotado”*.

63. Seguindo essa linha de raciocínio, NADEGE ALVES DE SOUZA LIMA⁵⁰ sustenta:

[...] considerando o reconhecimento de iguais direitos às uniões homoafetivas, conclui-se que também um homem, que tenha recorrido à “barriga voluntária”, para gerar um filho, em favor da sua união com outro homem, caso segurado da previdência social, faria jus à licença de 120 dias para os cuidados destinados à criança, ficando seu parceiro, com o direito à licença-paternidade convencional de 5 dias. *Mutatis mutandis, em caso de duas mulheres, haveria a opção de uma delas pela licença mais prolongada, enquanto a parceira ficaria com a de prazo mais reduzido.* (g. n.)

48 Quanto ao ponto, MARTHA DE TOLEDO MACHADO leciona: “[...] cumpre salientar que o conceito de família, como já acenado, sofreu funda modificação da Constituição de 1988, que representa radical ruptura em relação à conceituação patriarcal que orientava o Código Civil da década de 1910 do século passado. Hoje a família não decorre apenas do casamento civil e nem é concebida exclusivamente como união duradoura entre homem e mulher. Por força do disposto no parágrafo 4º do artigo 226 da CF, a família é concebida, na sua noção mínima, como a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus dependentes”, abrangendo, também, as outras formas de entidade familiar [...]. Isso tem inúmeras implicações concretíssimas na aplicação do ordenamento – todas elas, a meu ver, imbricadas com o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar [...]” (*A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri-SP: Manole, 2003, p. 159).

49 *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 444.

50 *A Orientação constitucional de Igualdade de Gênero em casos de Licença-Maternidade e Licença-Paternidade*. In: *Direito Constitucional do Trabalho – Princípios e Jurisdição Constitucional do TST*. Coord. Gabriela Neves Delgado... [et al.]. São Paulo: LTr, 2015, p. 123.

64. Por todo o exposto, considerando que a esposa da interessada, por ter gestado os filhos gêmeos, faria jus à licença-maternidade nos precisos termos do artigo 392 da CLT, conclui-se que, por analogia com as demais situações de parentalidade disciplinadas por nosso ordenamento, deve ser concedido à empregada pública, e em prol da família formada por ela, sua esposa e seus filhos, o direito à licença parental equivalente àquela prevista no artigo 7º, XIX, da CF/1988, e regulada no artigo 10, § 1º, do ADCT.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 17 de agosto de 2017.

JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 249.114

PROCESSO: 296841/2017 (GDOC Nº 18488-324450/2017)

INTERESSADA: ***

PARECER: PA Nº 55/2017

De acordo com o criterioso e bem-elaborado **Parecer PA nº 55/2017**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Transmitam-se os autos à consideração da d. Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P.A., em 17 de agosto de 2017.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP nº 245.540

PROCESSO: 296841/2017

INTERESSADO: ***

ASSUNTO: REQUERIMENTO DE ***, SOLICITANDO LICENÇA PARENTAL DE QUE TRATA O ARTIGO 7^o, XIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

PARECER: PA Nº 55/2017

Estou de acordo com o entendimento exposto no Parecer PA nº 55/2017, que contou com a aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa.

Ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Consultoria, 28 de agosto de 2017.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO

Procuradora do Estado
CONSULTORIA GERAL

PROCESSO: 296841/2017

INTERESSADO: ***

ASSUNTO: REQUERIMENTO DE ***, SOLICITANDO LICENÇA PARENTAL DE QUE TRATA O ARTIGO 7º, XIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1. Aprovo o Parecer PA nº 55/2017, com ligeira ressalva em relação aos seus bem lançados fundamentos.

2. Não me parece que a hipótese *sub examine* deva ser resolvida por meio de recurso à integração analógica e sim por meio de **interpretação extensiva**.

3. Como é cediço entre os cultores da Teoria Geral do Direito, não há que se confundir analogia e interpretação analógica. Aquela consiste em método de integração e colmatação de lacunas do ordenamento, pressupondo realidade factual não disciplinada pelo sistema normativo. De modo diverso, a interpretação extensiva é utilizada nas situações em que a expressão textual da lei não contempla, em primeiro exercício exegético, os fatos da espécie, que, entretanto, podem ser abarcados pela lei na medida em que outros elementos de interpretação sejam trazidos a colação, como é o caso, notadamente, dos elementos sistemático e teleológico.

4. Em outras palavras, analogia é problema de aplicação integrativa do direito, interpretação extensiva problema de interpretação da lei com efeitos ampliativos de sua dicção textual.

5. Na hipótese dos autos, não se está diante de situação factual inteiramente estranha à legislação existente, o que justificaria eventual recurso à integração analógica.

6. A legislação federal, competentemente compilada pela prolatora do parecer ora aditado, regula expressamente a concessão de licença-maternidade em situações de adoção e de gestação por casais de sexos distintos, vivam eles sob regime de casamento ou de união estável.

7. De outra parte, o Supremo Tribunal Federal afastou toda e qualquer interpretação da legislação civil que importe na negativa do reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo enquanto entidade familiar, devendo ser aplicado às uniões homoafetivas o mesmo plexo normativo que rege as uniões estáveis heteroafetivas.

8. Ora, bem demonstrou o parecer em tela que as regras sobre a concessão de licença-maternidade a casais (casamento/união estável) heteroafetivos devem ser aplicadas aos casais homoafetivos (união estável), sob o influxo da declaração de

nulidade parcial, sem redução de texto, promovida pelo STF no julgamento da ADI n. 4.277, que tinha por objeto o artigo 1.723 do Código Civil (é certo que o acórdão então prolatado, equivocadamente, faz referência a outra modalidade de decisão interpretativa, conhecida como de interpretação conforme).

9. E, de outra parte, a extensão dessas normas legais vem sendo feita sem maiores empecilhos aos casais homoafetivos de sexo masculino, que assumem paternidade decorrente de adoção, viabilizando a concessão de licença-maternidade a um dos companheiros e de licença-paternidade ao outro, normas essas que também devem ser aplicadas (extensivamente) em situações de reprodução assistida (até porque poderiam os companheiros adotar a criança assim gerada).

10. O que ora se propõe é a mera aplicação dessas mesmas regras, **extensivamente interpretadas**, aos casais homoafetivos de sexo feminino, convivendo sob regime de união estável, de modo a que uma das companheiras possa usufruir de licença-maternidade e a outra de licença-paternidade, na medida em que a legislação brasileira não admite duas licenças-maternidade em decorrência de uma única adoção ou de um único procedimento de reprodução assistida.

11. Deixo anotado que não se trata de mera precisão teórico-conceitual de minha parte em relação à distinção entre a analogia e a interpretação extensiva, despidas de maiores consequências.

12. A diferença entre as duas técnicas é extremamente relevante nos domínios do Direito Administrativo e, notadamente, no campo da legislação de pessoal. Isso porque continua prevalecendo o entendimento de que é vedado ao aplicador criar direitos subjetivos materiais a servidores por meio de integração analógica, sendo-lhe, entretanto, permitido extrair direitos da disciplina legal existente sobre um determinado suporte fático, apenas aparentemente por ela não abrangido, valendo-se, para tanto, de interpretação extensiva.

13. Com esses breves apontamentos, que apenas incidem sobre os fundamentos do Parecer PA n. 55/2017, restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 30 de agosto de 2017.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

