

DIREITO DO HOMEM: O DEVER DE UNIFORMIZAÇÃO DA LICENÇA E DO BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE NOS CASOS DE ADOÇÃO

Heloísa Pessoa Teles de Oliveira¹
Mariana Tavares de Melo²

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa realizada mediante estudo bibliográfico, o qual tem como intuito analisar a extensão do direito ao recebimento do salário-maternidade, bem como da licença maternidade/paternidade aos pais adotivos do sexo masculino. Sabe-se que os paradigmas atuais vêm sofrendo discussões, contestações e modificações até se chegar ao conceito moderno de família, que atualmente é constituída por vínculos afetivos. A definição de família, nas últimas décadas, foi influenciado pelas mudanças que a sociedade vem passando, encontra-se atualmente casais formados apenas por homens -casais homoafetivos- ou até mesmo famílias monoparentais, constituídas exclusivamente pelo homem que adota um filho. Assim, o objetivo da presente pesquisa é analisar, com base no princípio da isonomia, o benefício salário-maternidade e a licença maternidade/paternidade por adoção, sugerindo a possibilidade de extensão desses, aos casos de adoções realizadas por homens, sem perder de vista o impacto previdenciário e o direito do homem.

Palavras-chave: Licença maternidade; Salário-maternidade; Direito do homem.

MAN'S RIGHT: THE DUTY OF LICENSE UNIFORMITY BENEFIT AND MATERNITY BENEFIT IN CASES OF ADOPTION

ABSTRACT

This is a survey conducted by literature research , which has the intention to consider the extent of the right to receive maternity pay and maternity leave / paternity leave for adoptive parents male. It is known that the current paradigms are suffering discussions , disputes and modifications until reaching the modern concept of family, which currently consists of affective bonds . The definition of family in recent decades , was influenced by the changes that society has undergone , is currently formed only by homosexual couples or even single parent families , consisting solely by the man

¹ Acadêmico do curso de Pós Graduação em Direito Civil e Empresarial do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: helo_pessoa@hotmail.com.

² Professora orientadora do curso de Pós Graduação no Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: nanatavares75@hotmail.com.

who adopts a child - men couples . The objective of this research is to analyze , on the basis of equality , the benefit paid maternity leave and maternity / paternity leave for adoption , suggesting the possibility of extending these to cases of adoptions made by men , without losing sight of the impact and pension rights of man .

Keywords : Maternity leave , maternity pay ; man's law.

1 INTRODUÇÃO

O atual paradigma brasileiro, surgido a partir da Constituição de 1988 apresentou um novo enfoque jurídico, baseado em ideologias principiológicas e direitos e garantias fundamentais para todo o homem e cidadão, forçando o interprete do direito a sempre focar e resolver as suas realidades fáticas sobre o prisma dos direitos humanos e da ótica dos direitos fundamentais da pessoa humana. Dessa forma, dentro dos direitos humanos, tem-se a licença maternidade e o benefício previdenciário do salário-maternidade como pertencente a uma conquista não só da mulher, mas também da criança.

Por sua vez, a mãe adotiva também deteve o direito expresso ao recebimento do salário-maternidade, bem como da licença-maternidade, mediante a Lei nº 10.421, de abril de 2002, que acrescentou o artigo 392-A à Consolidação das Leis do Trabalho e o artigo 71-A à Lei nº 8.213/1991 como forma de incentivo a prática da adoção e a proteção da maternidade e da infância (e não somente à gestante). No entanto, tal alteração não contemplou a hipótese de adoção de crianças por indivíduos do sexo masculino, o que gerou uma lacuna jurídica frente às contínuas modificações sociais.

Dessa forma, a importância do assunto abordado respalda-se nas mudanças e transformações que a sociedade vem sofrendo nas últimas décadas e da necessidade de adaptação e mutação da ciência do Direito, as quais se devem ajustar as novas realidades surgidas, a fim de cumprir sua função social e organizativa. É inaceitável que juristas continuem ignorando o presente tema e perpetuando a discriminação entre homens e mulheres, ferindo, dessa forma, o princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o princípio da isonomia.

Deve-se, portanto, perceber o verdadeiro sentido da adoção, que está além das discriminações existentes em nosso país. Adotar significa, acima de tudo, dar

afeto e carinho a criança ou adolescente, significa constituir uma família capaz de amar e ser amada, nesse caso, nada mais justo que estender certos direitos fornecidos às mulheres aos homens adotantes, em obediência, ao já citado, princípio da isonomia, já que aqui ambos os pólos são vistos de forma igualitária ou, em outras palavras, são vistos como pais adotivos de uma criança ou adolescente, que merecem da mesma forma, tratamento isonômico.

2 CONCEITO DE FAMÍLIA MODERNA

Com a contínua modificação da sociedade no que tange a sua maneira de pensar, de agir e de se relacionar, o Direito tem o dever de acompanhar tais modificações sempre com o intuito de proteger o meio social, de conter os conflitos e repreender a sociedade em suas atitudes “anormais”. Nessa perspectiva, aflora a Constituição Federal de 1988 e o novo código civil de 2002, como forma de atender aos novos anseios da sociedade moderna e, conseqüentemente, às modificações na estrutura tradicional da família.

Nas palavras de Dr. Euclides³ (OLIVEIRA, Euclides Benedito, 2011), o novo ordenamento (CC/02) abdica a visão tradicional patriarcalista que inspirou a elaboração do Código revogado (CC/16), no qual o casamento era visto como a única maneira de se constituir uma família e nesta destacava-se apenas a figura do marido, ficando a mulher em situação submissa e inferiorizada.

Para Dr. Euclides, a atualidade é vista de forma bem diferente, havendo ampliação das formas de se constituir em família e da efetiva aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre o marido e a mulher e entre todos os filhos, sejam eles biológicos ou adotivos, respeitando sempre a dignidade da pessoa humana, independente de sua origem familiar.

Para melhor explicar o conceito de família moderna, ele preceitua:

³ Advogado, Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, consultor jurídico, conferencista, autor de consagradas obras, professor de direito e Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) em São Paulo.

Mas a grande virada se deu com a Constituição Federal de 1988, que introduziu relevantes mudanças no conceito de família e no tratamento dispensado a essa instituição considerada a base da sociedade. Podem ser apontadas quatro vertentes básicas nesse facho de luz ditado pelos artigos 226 e seguintes da Carta constitucional: a) ampliação das formas de constituição da família, que antes se circunscrevia ao casamento, acrescentando-se como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto após dois anos de separação de fato, e pela conversão da separação judicial em divórcio após um ano; c) igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, e d) igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-se a todos os mesmos direitos e deveres e sendo vedada qualquer discriminação de sua origem. (OLIVEIRA, Euclides Benedito. **Direito de Família no Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/ser-pai/98>>)

Por oportuno, pode-se aduzir da citada referência, o âmago das discussões em época de constituinte, que buscou antecipar, disciplinar situações de nosso cotidiano moderno, cuja realidade se faz cada vez mais presente na vida dos brasileiros, ou seja, as diversas novas formas de constituição de família, onde somente homens; somente mulheres ou relações homem/mulher não formalizadas, cujos filhos havidos também por adoção necessitam de amparo legal, nesse contexto, essencial é, que as leis vigentes preventivamente, normatize as relações familiares e as ocorrências decorrentes destas.

Foi nessas circunstâncias fáticas de modificações na estrutura da família, que surgiu a visão de família monoparental formada apenas por um dos pais e seus filhos e a família homoafetiva constituída por casais do mesmo sexo, hoje reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como sendo uma união estável, equiparável em direitos e deveres ao casamento.

3 ADOÇÃO REALIZADA POR HOMENS (RELAÇÃO HOMOAFETIVA OU MONOPARENTAL)

Com as mudanças na estrutura do seio familiar, surge a possibilidade da adoção de crianças ou adolescentes por meio de um único homem (família monoparental), essa possibilidade está prevista na Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor:

Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

§ 5º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Assim sendo, tal estatuto permitiu a adoção de uma criança ou adolescente praticada apenas por um homem ou uma mulher, desde que sejam maiores de vinte e um anos e obedeçam aos critérios mencionados acima.

Por outro lado, o mesmo estatuto, não proibiu expressamente a adoção por casais do mesmo sexo, havendo, portanto, uma lacuna no Direito no que tange a esse tema, devendo os juízes decidir de acordo com a sua convicção, utilizando-se de critérios hermenêuticos próprios.

Por causa dessa lacuna, diversos juízes têm decidido pela possibilidade de adoção por casais homoafetivos, esses utilizam os argumentos de que “a adoção busca assegurar que um indivíduo negligenciado, tenha o direito de conviver em

família e de receber amor e atenção, ainda que a família seja formada por parceiros de mesmo sexo.” (SOUZA, Fabíola Bohmer).

Os juízes e tribunais brasileiros têm decidido cada vez com maior frequência, o reconhecimento das relações homoafetivas, bem como da família monoparental, o que induz a defesa de projetos que vislumbram a regulamentação das adoções decorrentes destas relações familiares e em consequência, dos legítimos direitos dos homens, guardadas as limitações orgânicas, mas não menos importantes, as necessidades de tempo para ser sentimento, tempo para ser pai e filho e com isso, ser concedida a chance de se ter tempo de ser e de fazer o outro feliz.

Nesse novo paradigma, com a possibilidade da adoção de crianças, seja por apenas um indivíduo do sexo masculino, seja por um casal homoafetivo, constituído por indivíduos também do mesmo sexo, há o surgimento de questionamentos no que diz respeito à extensão do direito ao recebimento da licença por adoção e do salário-maternidade ao homem adotante, tendo em vista o princípio da isonomia e a proteção integral da criança.

4 A LICENÇA MATERNIDADE/PATERNIDADE E O SALÁRIO-MATERNIDADE NOS CASOS DE ADOÇÃO

A Licença maternidade, em linhas gerais, é um benefício previsto pelo artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Brasileira, de caráter previdenciário que tem como finalidade a concessão de licença no trabalho por 120 dias à mulher que deu a luz a uma criança.

De acordo com o Decreto 3.048/99, esse benefício é assegurado às empregadas urbanas e rurais, podendo ser concedido 21 dias antes e 92 dias após o parto, no entanto, a contagem desse prazo poderá ser modificada, ficando a critério do requerimento da empregada.

Antes tal benefício não era aplicado às mães adotivas, por falta de previsão legal, no entanto, a Lei nº 10.421/2002 mudou tal realidade ao acrescentar o artigo 392-A à CLT, prevendo a extensão da licença-maternidade à mãe adotiva, sendo essa de 120 dias, caso a criança tiver até um ano de idade; 60 dias, se tiver de um a

quatro anos; e 30 dias, se tiver de quatro a oito anos de idade. É o que se infere do artigo infracitado:

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-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Doutra sorte, nas palavras de Hugo Goes (2011)⁴, o salário-maternidade é um benefício assegurado pela Previdência Social em função do parto, de aborto não criminoso, da adoção ou da guarda judicial que tenha como finalidade a futura adoção da criança nos termos da lei.

Ainda segundo o autor, o art. 71-A da Lei nº 8.213/91 prever o salário-maternidade como sendo devido a todas as seguradas da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de crianças com idade:

I- até um ano completo, por 120 dias;

II- a partir de um ano até quatro anos completos, por 60 dias; ou

III- a partir de quatro anos até completar oito anos, por 30 dias.

Pode-se notar que será devido o recebimento do salário-maternidade para as seguradas que o requererem, sendo este devido durante todo o período de licença maternidade. Por outro lado, para que a segurada possa receber o benefício, deve a

⁴ GOES, Hugo. Manual de Direito Previdenciário – teoria e questões. 4ªED, 2011.

contribuinte individual e facultativa observar o período de carência, que aqui será de 10 contribuições mensais de acordo com a mesma lei a que se fez referência; o da segurada especial será dos últimos 10 meses anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requeridos antes do parto, no entanto, vale frisar que para a empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica não existe período de carência.

Ademais, nas palavras de Hugo Goes (2011), tal benefício oferece a empregada ou trabalhadora avulsa uma renda mensal igual à sua remuneração, devendo sempre obedecer ao teto do subsídio mensal dos Ministros do STF, devendo a empresa, caso ultrapasse esse teto, pagar a diferença em obediência ao art. 7º, XVIII da CRFB/88. Para a empregada doméstica a remuneração será seu último salário de contribuição, a segurada especial será a quantia de um salário mínimo e, por fim, a contribuinte individual e facultativa receberá $\frac{1}{2}$ da soma dos 12 últimos salários-de-contribuição, apurados em período não superior a 15 meses.

Cabe frisar também que, no caso de segurada empregada, o salário-maternidade “é pago pela empresa, mas esta tem o direito de reembolsar-se do valor despendido, efetuando a compensação quando do recolhimento de suas contribuições previdenciárias” (GOES, Hugo. 2011), já que se trata de um benefício previdenciário.

No patente caso, pode-se perceber que as legislações em vigor apenas conferem o direito, no caso de vínculo biológico, ao recebimento pela mãe de salário-maternidade e licença maternidade, restando ao pai a licença de apenas 5 dias, sem qualquer direito ao recebimento de benefício- salário, conforme art. 10, § 1º, do ADCT.

Porém, no caso de adoção, o homem não terá direito a qualquer benefício e, em se tratando de adoção unilateral por homens, por falta de previsão legal, esse também não terá direito ao benefício previdenciário, nas palavras de Fabíola Böhmer de Souza (2007):

Na adoção feita por pessoas solteiras – relação monoparental – a mulher adotante fica resguardada pela Lei nº 10.421/2002, enquanto que o homem adotante fica descoberto por falta de previsão legal. (SOUZA, Fabíola Bohmer. **O Direito à Licença-**

Paternidade nos casos de Adoção por família Homoafetiva.

Disponível em: < <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/>>

Verifica-se então que há uma lacuna no Direito no que tange a concessão de licença paternidade e salário benefício aos homens que adotam uma criança, tanto nos casos de famílias monoparentais, como também por casais homoafetivos, desde o advento da constituição federal de 1988. Negar, dessa forma, o direito a licença ou afastamento aos pais adotivos, é negar o direito fundamental do homem, tutelado em nossa constituição.

Para tanto, segundo Fabíola Bohmer de Souza (2007), parte da jurisprudência, mais tradicional, vem aplicando analogicamente a licença paternidade de 5 dias para esses casos de adoção por indivíduos do sexo masculino, no entanto, tal solução não resolve o problema. Para a autora: “Ao aplicar a regra dos cinco dias para a licença-paternidade estamos dando tratamento diverso a pessoas iguais. Em regra, eles terão o mesmo grau de dificuldade de adaptação no convívio com o adotando.”

O art. 5º da Constituição Federal refere-se à igualdade máxima entre homens e mulheres e o art. 227 atribui à sociedade, à família e ao Estado o dever de cuidado e de proteção à criança. Sendo assim, a responsabilidade pelo pleno desenvolvimento deste pequeno ser humano deve ser repartida entre todos os membros da sociedade, dando proteção máxima ao interesse da criança e adolescente em formação, não se restringindo, portanto, só à mãe. Frente a tal paradigma constitucional, muitos homens devem requerer, na via administrativa e judicial, a concessão do benefício.

O INSS, embora bastante legalista e norteado por tal princípio, tem se mostrado um pouco mais flexível às mutações na sistemática familiar e social. Tanto que, no mês de agosto de 2012 pela primeira vez, um homem, ao adotar uma criança em união homoafetiva, conseguiu a concessão do salário maternidade pela 1ª Câmara de Julgamentos do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS). A decisão foi unânime entre os conselheiros e, foi baseada no princípio do máximo interesse da criança e do adolescente, da isonomia entre homem e mulher e no deferimento anterior, pelo próprio INSS, do salário maternidade para uma mulher

que mantêm união homoafetiva: “É uma oportunidade de a Previdência Social avançar na legislação e se adequar aos anseios da sociedade.”⁵

Doutra sorte, jurisprudência mais moderna tem se manifestado no sentido de que casais homoafetivos têm direito ao salário maternidade, no entanto, apenas um deles deverá receber a licença no prazo de 120 dias, cabendo ao outro a licença paternidade (5 dias).

Ainda neste contexto de benefícios ao homem não previstas em lei, é possível encontrar decisões que julgam cabível o salário maternidade ao pai solteiro ou viúvo, valendo-se a máxima proteção e interesse da criança, em consonância com a realidade fática.

Dentro desta abordagem, Anal Angela Chapelli Méndez frisa que “a família teve sua composição diversificada a partir de novos modelos parentais.” O novo paradigma induz à sua passagem para novos modelos organizacionais, sendo um deles representado pelos pais solteiros. No contexto atual, as famílias monoparentais chefiadas por homens estão em ascensão.⁶

Ainda nesse diapasão, o § 4º do art. 226 da Constituição Federal traz um novo conceito de família que considera como entidade familiar “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Maria Helena Diniz explica que a monoparentalidade está pautada à convivência de apenas um dos genitores com os filhos, seja em razão de divórcio, de adoção unilateral, de viuvez de um dos cônjuges, ou “produção independente”, entre outras situações.⁷

Em consonância com contexto social atual, a moderna jurisprudência tem-se utilizado da técnica da interpretação conforme a constituição e analisado a norma com base no art. 227 da Constituição Federal, no princípio da dignidade humana, da isonomia e da proteção à infância e à família e dos avanços sociais, levando em consideração as atuais atribuições aferidas pelo homem, até que seja atualizada a legislação em vigor. Fundamenta-se tal entendimento citando um julgado recente

⁵ OABRJ Digital. Decisão concede salário-maternidade em união homoafetiva. Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/noticia/74742-%20Decis%C3%A3o%20concede%20sal%C3%A1rio-maternidade%20em%20uni%C3%A3o%20homoafetiva>>. Acesso em: 19 jul 2013.

⁶ MÉNDEZ, Anais Angela Chapelli. Paternidad y monoparentalidad: un acercamiento a su estudio. En Contribuciones a las Ciencias Sociales. p. 4. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/07/aacp.htm>. Acesso em: 21 set. 2013.

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

favorável à concessão ao pai viúvo, a partir de uma interpretação extensiva do art. 71 da Lei 8.213/9, que almejam tutelar a vida da criança.⁸

5 PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O DIREITO DO HOMEM

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe acerca do princípio da igualdade ou da isonomia, proibindo a discriminação em seu aspecto negativo no que diz respeito a qualquer natureza, por outro lado seu inciso I prevê a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. Senão, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)

Esta nobre e feliz norma inserida em nossa constituição deveria ser basilar para as doulas decisões, bem como poderia estar exposta em quadro nas salas dos tribunais brasileiros e de salas de aula e de audiências conciliatórias, exatamente com o fim proposital de conscientização do mundo jurídico e também social, de que esse mister é essencial para a busca da igualdade, do equilíbrio e da justiça em seu puro objetivo de manter a equidade e de estabelecer o dever ser real, compatível a realidade moderna e respeitando os ditames dos livres e bons costumes. Se todos são iguais perante a lei, os homens devem ter seus legítimos interesses equiparados aqueles das mulheres, não obstante as diferenças orgânicas sabidas e evidentes.

⁸ Recurso Cível nº 5002217-94.2011.404.7016/PR, 2ª. Turma Recursal do Paraná por maioria, Relator Leonardo Castanho Mendes, julgado em 28/02/2012.

Por outro lado, o artigo 227 da mesma carta impõe a proteção integral da criança, protegendo-a até mesmo de discriminações, devendo todas ser tratadas da mesma forma e com os mesmos direitos:

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

Dessa forma, todos esses preceitos supracitados devem está presentes em todas as circunstâncias jurídicas e práticas forenses, não devendo deixar de lado o mandamento da igualdade de direitos entre os homens e as mulheres e essencialmente a proteção da criança, esses sim, são os preceitos fundamentais que envolvem esse polêmico tema do adotante do sexo masculino.

Nas palavras de Ana Rita dos Santos (2008)⁹, negar a licença ou o afastamento ao adotante de uma criança, por qualquer motivo, nesse caso, em razão de sexo, é contrariar friamente os dispositivos constitucionais, é afrontar o princípio da igualdade e o valor da proteção integral, desrespeitando, ainda, a ideologia do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois o maior prejudicado é o adotado e não os pais, da mesma forma, conceder licença paternidade de 5 dias aos homens adotivos também é uma medida de desrespeito ao princípio da igualdade.

Segundo essa mesma autora:

O escopo da licença gestante, não é apenas o repouso do corpo, mas cuida de propor àquele ou àquela que adota uma criança a interiorização do cuidar de outro; o estreitar de laços entre dois seres humanos que farão uma jornada conjunta por toda a vida. Nessa

⁹ SANTOS, Ana Rita dos. **A licença maternidade, por adoção, e o princípio da igualdade – O direito do homem**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=66226>.

relação, não há dúvidas que o adotado tem uma maior necessidade de conhecer e sentir, por mais difícil que seja, o adotando. Assim, a licença maternidade ou o afastamento por conta da adoção é uma proteção de caráter psicológico à criança, de modo que a não observância desse período de afastamento revela grave afronta ao princípio da proteção integral.(SANTOS, Ana Rita dos. **A licença maternidade, por adoção, e o princípio da igualdade – O direito do homem**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=66226>)

Conforme foi brilhantemente expresso anteriormente, não se deve deixar que uma lacuna no Direito cause injustiças e discriminações sociais em razão do sexo, deve-se sim entender os valores, os princípios constitucionais e os direitos humanos como pertencentes ao maior patamar no Direito, fornecendo tratamento igualitário aqueles que estão em situações igualitárias, em prol do princípio da igualdade.

Continua a Autora dizendo:

Portanto, a licença, no caso da adoção, não é somente aplicada à mulher que adota, mas também ao homem que assim o faz, porque a Lei que garante o afastamento deve ser interpretada sob o manto constitucional, não podendo discriminar negativamente sob o argumento de um olhar interpretativo tão somente literal, mas em estrita harmonia com os valores constitucionais de primazia da pessoa humana, e por consequência da criança.

Não há razão para que o homem trabalhador tenha cerceado o seu direito ao afastamento ou licença, quando adota uma criança, sendo prudente anotar que licença tem uma finalidade, não sendo a de conceder um descaso para os cônjuges, no caso da adoção, e sim uma proteção psicológica para a família e em especial à criança adotada.

(SANTOS, Ana Rita dos. **A licença maternidade, por adoção, e o princípio da igualdade – O direito do homem**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=66226>)

As citações acima inferem uma reflexão do ponto de vista da psicologia comportamental e clínica, que ao estudar o comportamento humano e das relações familiares e sociais, alerta que muitas vezes, comportamentos introspectivos levam a mascarar diagnósticos preventivos de psicopatias, imaginemos uma nova família constituída por homo afetivos e ou monoparental sem um mínimo tempo de interação e desenvolvimento de sinergias e empatias, tão importantes para definição de um mínimo de encontro de sentimentos de afinidade e tolerância?

Ora, se o verdadeiro intuito da licença e do benefício salário-maternidade fosse tão somente a proteção do parto e da gestação, esse direito não teria sido estendido às mães adotivas. É clarividente que o motivo maior da existência de tais benefícios é a tutela da criança, no aspecto de convivência familiar, portanto, não estender os benefícios aos homens que adotam uma criança vai totalmente de encontro ao próprio sentido assistencialista e protetor da licença e do salário-maternidade.

Dessa forma, nos casos patentes –adoção por indivíduos do sexo masculino- melhor seria adotar a equiparação dos direitos previdenciários e trabalhistas das mulheres adotivas aos homens que realizarem tal prática, tanto nos casos de adoção por apenas um único homem, quanto na adoção por casais homoafetivos, em respeito às regras constitucionalmente impostas, por estarem eles em situação de igualdade, visando sempre à proteção integral da criança ou adolescente adotado.

5 PROJETO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 110/11, LEI Nº 12.873/13 E O DIREITO DE EXTENSÃO DA LICENÇA E SALÁRIO MATERNIDADE PARA OS HOMENS

Cabe frisar que a ofensa ao direito do homem não passou despercebido, tendo em vista a existência atual de um projeto de emenda à constituição – PEC 110/11 – proposta pela senadora Marta Suplicy que tem como intuito transformar a licença à gestante em licença natalidade e estende sua duração de 120 para 180

dias, além de permitir sua concessão a qualquer um dos pais. Tal projeto foi proposto no dia 08/11/2011 e encontra-se atualmente no CCJ (Corte de Comissão e Justiça), aguardando julgamento, conforme o portal do Senado Federal.¹⁰

De acordo com informação obtida no portal senado, o novo projeto de emenda altera o art. 7º da Constituição Federal para estabelecer que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a licença-natalidade, concedida a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e oitenta dias; a licença paternidade de quinze dias, nos termos fixados em lei, a ser concedida após o nascimento, a adoção ou a concessão de guarda para fins de adoção, assegurada a ambos os pais; a proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, identidade de gênero, idade, cor ou estado civil; dispõe que a emenda constitucional entra em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação. Segundo mesma fonte de informação, o empregado também terá direito à licença paternidade, nos termos do art. 392, CLT, nos caso em que adotem uma criança. Ademais, vejamos o que diz matéria reportada por Milena Fonseca retirada da fonte JusNavigandi, sobre o assunto em questão:

De acordo com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC 110/11) apresentada pela senadora Marta Suplicy, a licença maternidade poderá ser concedida a qualquer um dos pais durante o período de 180 (cento e oitenta) dias. A licença natalidade, como passaria a ser chamada, daria o direito de o casal escolher quem iria cuidar da criança durante os seis meses de licença. A extensão da licença beneficiaria o pai da criança que fica órfã de mãe por complicações no parto, por exemplo, e casais homossexuais que poderiam optar por qual dos pais utilizaria a licença.

Recentemente, um servidor da Polícia Federal em Brasília conquistou na Justiça o direito de gozar da licença paternidade nos moldes da licença maternidade, depois que sua mulher morreu por complicações durante o parto do filho. Não obstante, embora se saiba de casos análogos, ainda são desconhecidos os precedentes de uma decisão como esta que autorizou o benefício a um pai viúvo.

“Embora não exista previsão legal e constitucional de licença paternidade nos moldes de licença maternidade, esta não deve ser

¹⁰ SENADO FEDERAL. **Portal Atividade Legislativa - PLS - PROJETO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO, Nº 110 de 2011.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/>

negada ao genitor, ora impetrante”, escreveu a juíza Ivani Silva da Luz, da 6ª Vara Federal do Distrito Federal, no texto que ampara a decisão. “Isto porque o fundamento deste direito é proporcionar à mãe o período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais, a sua sobrevivência e o seu desenvolvimento”, afirmou.

A juíza também avaliou que “nestas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre a legalidade estrita, que concede tão somente às mulheres o direito de gozo da licença maternidade”.

“Por essas razões é que a Constituição Federal estabeleceu no artigo 226 que ‘a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado’ e elencou no rol de direitos sociais do artigo 7º o direito à ‘licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias e a licença paternidade, nos termos fixados em lei’”, complementou a juíza. (Processo n.º 6965-912012.4.01.3400 - sentença proferida em 08.02.2012). (<http://jus.com.br/artigos/21447/ampliacao-e-extensao-da-licenca-maternidade-e-da-licenca-paternidade#ixzz2m9zDRupv>)

Percebe-se que a aprovação do projeto de emenda supracitado irá revolucionar a legislação brasileira, no sentido de fazer brotar os sentimentos de igualdade entre homens e mulheres no que tange a questão da adoção de crianças por indivíduos do sexo masculino. As mudanças encontradas no seio familiar, com a possibilidade da adoção realizada exclusivamente por homens ou por casais homoafetivos, exigiam adaptações hermenêuticas rápidas na aplicação do direito ao recebimento de licença e salário-maternidade por parte destes.

Com isso, se vislumbra a efetivação, essencialmente, do princípio da isonomia entre homens e mulheres, a partir da PEC nº 110/11, que, mesmo com intuito maior de estender a licença paternidade e o direito ao recebimento de salário benefício para ambos os sexos, dentro de um contexto marital, permitiu também que fossem estendidos os mesmos direitos às famílias monoparentais formadas apenas pelo homem que adotam uma criança, o que, por si só já é um avanço:

No caso de adoção apenas pelo pai, a criança poderá contar com a sua atenção no momento em que ingressa no novo núcleo familiar,

quando mais necessita de atenção, carinho e apoio. A licença natalidade irá corrigir uma injustiça da lei 10.421/2002, que assegura apenas à mãe adotante licença maternidade, excluindo o homem solteiro. (GAASP – Notícias. **Licença parental — Direito de o trabalhador ter licença para cuidar do filho.** Disponível em: http://www.gaasp.net/noticias/noticia_53.html).

Necessário se faz destacar na referida citação, o respeito ao princípio constitucional de igualdade entre todos os brasileiros perante a lei que em sua essencialidade, busca resguardar direitos e prevenir discriminações como esta, ou seja, as novas famílias; aos homens e mulheres homoafetivos e monoparental, devem ser imputados os direitos previstos em nossa constituição que, repetimos, prevê com maestria, direitos alienáveis a igualdade entre todos os brasileiros.

Por outro lado, vale ainda acrescentar a recente publicação da importante lei n.º 12.873/2013, que dentre outras modificações e em linhas gerais, detém o mesmo intuito da PEC 110/11 no que tange à licença e salário natalidade, isto é, estender tal benefício aos homens. Tal lei inseriu o § 5º ao art. 392-A da CLT, prevendo que, se um casal homo ou heteroafetivo, fizer uma adoção conjunta, apenas um dos dois terá direito à licença-maternidade, em outras palavras, a redação abonada, garantiu o benefício também ao homem, em total consonância com o princípio da isonomia.

No mesmo sentido, a referida lei também deu previsão legal expressa no sentido de que, se a mãe falecer, o pai (que for empregado) poderá ficar gozando da licença-maternidade e do salário maternidade que era da mãe.

Dessa forma, tanto a PEC, quanto a recente lei publicada, representam um avanço da legislação brasileira frente às modificações no contexto humano-social. O reconhecimento dos mesmos direitos aos casais constituídos pelo mesmo sexo (masculino) ou para a família monoparental, representada apenas por um pai e seus filhos, garante que o Direito continue caminhando no sentido ao progresso, acompanhando sempre a realidade social e perfazendo seu verdadeiro ideal, que é o de aplicar a justiça ao caso concreto.

5 CONCLUSÃO

O direito a adoção por indivíduos do sexo masculino já é uma realidade em nosso país, as transformações na mentalidade e nas ações humanas atuais mostram-se freqüentes nos dias atuais.

A cada dia enxergamos famílias que detém uma estrutura diferenciada das tradicionais, portanto, nada mais justo que o Direito evoluir e se adaptar a tais modificações, não podendo o mesmo permanecer imóvel frente às exigências sociais - o Direito deve ser dinâmico e eficaz.

Com isso surgem as hipóteses de adoção por famílias monoparentais e por casais homoafetivos do sexo masculino, passando a enxergar a prática da adoção, acima de tudo, através dos olhos da criança abandonada, tendo como finalidade primordial oferecer uma família ao menor desamparado, dando-lhe uma vida mais digna e permitindo que crianças desamparadas venham a ser acolhidas por famílias que possam as amparar em um contexto familiar, dando-a afeto, carinho e amor.

Assim, para dar maior garantia e eficácia a essa prática cada vez mais freqüente, nada mais justo e condizente com a realidade atual que estender os mesmos direitos das mulheres aos homens adotantes, como forma da mais lúdima justiça, proporcionando a igualdade entre ambos, em respeito ao princípio basilar do ordenamento jurídico, o princípio da isonomia, sendo esse último, “ pilar de nossa sociedade e verdadeiro leme para o Estado brasileiro.”¹¹

Vale ainda frisar que todo esse entendimento não passou despercebido, tendo em vista o trâmite de um projeto de lei - Projeto de Lei do Senado nº 165, de 2006 – proposta pelo senador Antônio Carlos Valadares que visa acrescentar dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho para dispor sobre a licença maternidade/paternidade e estendê-la aos homens, cabe agora aguardar o julgamento favorável de tal medida e aguardar, futuramente, a mesma extensão de direitos aos casais homoafetivos.

Por outra percepção mais humana, quando se procura olhar o mundo com os olhos do amor e da fraternidade universal, também é de bom senso procurar-se

¹¹ SANTOS, Ana Rita dos. A licença maternidade, por adoção, e o princípio da igualdade – O direito do homem. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=66226>

entender que as relações afetivas evoluíram e tem por absoluta finalidade existencial a busca da felicidade, e que o encontro com si mesmo e com o outro na forma do amor conjugal, infere afirmar que sob a essência tipicamente da vivência humana, é natural entender que a felicidade independe do tipo de cônjuges envolvidos na relação, ou seja, para ser feliz, se basta querer fazer o outro feliz e nunca será determinante e obrigatório que somente a relação heterossexual sobreviva dentro de previsão legal e que as relações monoparentais igualmente não possam usufruir de direitos previstos àquela outra dita como tradicional e cuja sociedade muitas vezes hipócrita em preconceitos e pré-julgamentos, reputa como a relação supostamente ideal.

A partir desse conceito diferente e humanista e até de concepção divina, se faz compreensível, naturalmente, que pessoas da relação monoparental tenham os mesmo direitos previstos em lei e ainda mais no Brasil, onde crianças vivem abandonadas e a necessitar de uma convivência familiar e de amparo afetivo e material. Negar direitos aos monoparentais, neste aspecto, é relegar os menores abandonados de nossas ruas e favelas, ao desprezo e ou aos centros de reeducação de crianças e adolescentes que na realidade se transformam em depósito de gente jovem sem aconchego; sem amor e sem futuro profissional, moral e educativo.

Por fim, estender o direito ao recebimento da licença maternidade e do salário-maternidade, mesmo que com outra nomenclatura, aos homens adotivos, é adaptar o Direito a uma nova realidade, promovendo a paz e a justiça social, afinal, tanto o homem quanto a mulher poderão ter mais tempo para se adaptarem e darem mais afeto a criança adotada. Assim, nas palavras de Maria Berenice Dias: “O afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela.”

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

DECRETO nº 3.048/1999. Disponível em www.presidencia.gov.br. Acesso em 15 out. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção Homoafetiva**. Disponível em: <<http://glsplanet.terra.com.br/ativismo>>. Acesso em 15 out. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FACHIN, Rosana. **Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FONSECA, Milena Pires Angelini. Ampliação e extensão da licença maternidade e da licença paternidade. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 17](#), [n. 3200](#), [5 abr. 2012](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21447>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

GAASP – Notícias. **Licença parental — Direito de o trabalhador ter licença para cuidar do filho**. Disponível em: <http://www.gaasp.net/noticias/noticia_53.html>. Acesso em: 21 out. 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Licença-maternidade deve ser uniformizada**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-27/licenca-maternidade-casos-adocao-guarda-uniformizada>> Acesso em: 17 out 2011

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário – teoria e questões**. 4ªED, 2011.

LEI nº 8.069/90. Disponível em www.presidencia.gov.br. Acesso em 18 out. 2011.

LEI nº 10.421/2002. Disponível em www.presidencia.gov.br. Acesso em 18 out. 2011.

LEI nº 11.340/2006. Disponível em www.presidencia.gov.br. Acesso em 18 out. 2011.

MÉNDEZ, Anais Angela Chapelli. **Paternidad y monoparentalidad: un acercamiento a su estudio. En Contribuciones a las Ciencias Sociales.** p. 4. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/07/aacp.htm>. Acesso em: 21 set. 2013.

OABRJ Digital. **Decisão concede salário-maternidade em união homoafetiva.** Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/noticia/74742-%20Decis%C3%A3o%20concede%20sal%C3%A1rio-maternidade%20em%20uni%C3%A3o%20homoafetiva>>. Acesso em: 19 jul 2013.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. **Direito de Família no Novo Código Civil.** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/ser-pai/98>>. Acesso em: 19 out. 2011.

Recurso Cível nº 5002217-94.2011.404.7016/PR, 2ª. Turma Recursal do Paraná por maioria, Relator Leonardo Castanho Mendes, julgado em 28/02/2012.

SANTOS, Ana Rita dos. **A licença maternidade, por adoção, e o princípio da igualdade – O direito do homem.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=66226>. Acesso em: 19 out. 2011.

SENADO FEDERAL. **Portal Atividade Legislativa - PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 165 de 2006.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77905>. Acesso em: 21 out. 2011.

SOUZA, Fabíola Bohmer. **O Direito à Licença-Paternidade nos casos de Adoção por família Homoafetiva.** Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/>> Acesso em 19 out. 2011.