

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO
FUNDAMENTOS PARA A CONCESSÃO DE LICENÇA
MATERNIDADE NA ADOÇÃO HOMOAFETIVA:
Possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro**

LUIZ FELIPE MACHADO

Itajaí-SC

2012

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO
FUNDAMENTOS PARA A CONCESSÃO DE LICENÇA
MATERNIDADE NA ADOÇÃO HOMOAFETIVA:
Possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro**

LUIZ FELIPE MACHADO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo Márcio Cruz

Itajaí-SC

2012

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, por ter me iluminado o curso da minha vida durante este programa de pós-graduação, e por ter inserido no meu trajeto, pessoas que me auxiliaram e contribuíram com a minha formação acadêmica.

À minha namorada companheira, Emanuele Aragão Maciel, meu entusiasmo, meu alento, pelo tempo que lhe roubei de convívio durante este período.

A minha mãe, Sônia Regina Machado, a qual me gerou, me criou sempre dando afeto e carinho, e me educou da melhor forma possível para me tornar o homem que sou.

Ao doutor e pai, José Carlos Machado, que sempre oportunizou o meu aprendizado, e me apoiou durante minha graduação, sem você não seria possível o término deste curso. Você sempre será uma referência em minha vida, tanto pessoal quanto profissional.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu pai e doutor, José Carlos Machado, pois este homem sempre foi e será o meu espelho, meu maior motivo de vitória e estímulo para a minha vida profissional.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí/SC, 31 de janeiro de 2012

LUIZ FELIPE MACHADO

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO CURSO DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC/2002	Código Civil de 2002
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
OIT	Organização Internacional do Trabalho

SUMÁRIO

RESUMO	X
RESUMEN.....	XI
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	5
DIREITOS SOCIAIS	5
1.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	5
1.1.1 O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO.....	6
1.1.2 O PROCESSO DE GENERALIZAÇÃO	9
1.1.3 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO	12
1.1.4 O PROCESSO DE ESPECIFICAÇÃO	16
1.2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO INTERNACIONAL.....	18
1.3 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	24
1.3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO.....	31
CAPÍTULO 2	35
DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	35
2.1 OS DIREITOS SOCIAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS DOS TRABALHADORES	35
2.2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE	37
2.2.1 FINALIDADE.....	38
2.2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	39
2.2.2.1 No Direito Internacional.....	43
2.2.2.2 No Direito brasileiro.....	49
2.2.2.2.1 <u>Previsões constitucionais</u>	<u>50</u>
2.2.2.2.2 <u>Previsões infraconstitucionais</u>	<u>54</u>

2.2.3 ASPECTOS QUE JUSTIFICAM A PROTEÇÃO A MATERNIDADE	57
2.3 LICENÇA-MATERNIDADE NA ADOÇÃO.....	65
 CAPÍTULO 3	72
 DIREITO DE ADOÇÃO, UNIÃO HOMOAFETIVA E (IM)POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE	72
3.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A ADOÇÃO.....	73
3.1.1 No MUNDO	73
3.1.2 No BRASIL.....	78
3.1.3 CONCEITO DE ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	85
3.1.4 NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	86
3.2 A RELAÇÃO HOMOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO	88
3.2.1 CONCEITO DE HOMOSSEXUALIDADE	88
3.2.2 BREVE PANORAMA HISTÓRICO DA HOMOSSEXUALIDADE NO MUNDO E NO BRASIL	90
3.2.3 A RELAÇÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO	94
3.2.4 A ADOÇÃO NA RELAÇÃO HOMOAFETIVA	99
3.3 (IM)POSSIBILIDADE DA EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE PARA A ADOÇÃO HOMOAFETIVA DE HOMENS.....	104
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115
 REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	121
 ANEXOS.....	130

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa: Principiologia Constitucional e Política do Direito. O seu objetivo do presente trabalho é constatar se o ordenamento jurídico brasileiro, um Estado Democrático de Direito, permite através dos direitos fundamentais e princípios constitucionais extensão do benefício da licença-maternidade para a adoção por casais homoafetivos masculinos. Recorrentemente o Poder Judiciário tem sido provocado para reconhecer tais uniões, bem como solucionar conflitos de interesses surgidos nelas. Nessa perspectiva, o presente trabalho visa um melhor conhecimento sociojurídico em relação aos direitos de constituição de família por homossexuais, sobretudo, em relação ao benefício da licença-maternidade, uma vez que aos casais homossexuais tem sido reconhecido o direito de adoção. Quanto aos objetivos específicos irá se discutir a possibilidade de reconhecimento de união estável nas relações homoafetivos, a questão da adoção nesses relacionamentos, apresentando os entendimentos doutrinários e jurisprudências acerca do tema, apresentar o benefício da licença-maternidade e verificar a possibilidade da extensão deste para a adoção realizada em união homoafetiva masculina. O método de pesquisa utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo. Quanto às considerações finais do trabalho ela reside na defesa do reconhecimento de união homoafetiva, bem como na possibilidade de concessão do benefício da licença-maternidade em sede dessas relações.

Palavras-chave: Direitos sociais. União homoafetiva. Licença-maternidade. Adoção homoafetiva.

RESUMEN

Esta disertación se inserta en la línea de Investigación: Principios, Derecho Constitucional y Política. El objetivo de este estudio es ver si el sistema jurídico brasileño, un Estado democrático, permite a través de los derechos fundamentales y principios constitucionales de extensión del beneficio de la licencia de maternidad para la adopción por parejas homosexuales masculinos. El Poder Judicial ha sido repetidamente traído a reconocer este tipo de uniones, así como resolver los conflictos de intereses que surjan en el mismo. Desde esta perspectiva, el presente trabajo tiene como objetivo un mejor conocimiento sociojurídico sobre los derechos de una familia por los homosexuales, en particular en relación con el beneficio de la licencia de maternidad, ya que las parejas homosexuales se han concedido el derecho de adopción. Los objetivos específicos a discutir la posibilidad de reconocer las relaciones homosexuales estables, la cuestión de la adopción de estas relaciones, con las interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, tiene el beneficio de la licencia de maternidad y para verificar la posibilidad de extender esto a la adopción celebrada en la unión masculina homoafetiva. El método de investigación utilizado en la fase de investigación fue inductiva. En cuanto a las consideraciones finales que se encuentra en la defensa de reconocimiento del sindicato homoafetiva, así como la posibilidad de conceder el beneficio de la licencia de maternidad sobre la base de estas relaciones.

Palabras clave: Los derechos sociales. Homoafetivas Unión. La licencia de maternidad. Homoafetivas adopción.

INTRODUÇÃO

O objeto da presente Dissertação é estudar a formação histórica e consolidação teórica dos Direitos Sociais no plano internacional e sua inserção na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial, os direitos sociais, individuais do trabalhador, a origem, conceituação e finalidade da proteção a maternidade em nível normativo internacional e nacional, movimento este, que deu origem ao benefício da licença-maternidade, e através dos princípios constitucionais e direitos sociais, individuais do trabalhador constantes no corpo da Carta Magna, verificar a possibilidade da extensão do benefício da licença-maternidade para a adoção por casais homoafetivos.¹

O seu objetivo institucional é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de pós-graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é constatar se o ordenamento jurídico brasileiro, como um Estado Democrático de Direito, permite através dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, extensão do benefício da licença-maternidade para a adoção por casais homoafetivos masculinos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe novos modelos de família, mesmo não oriundas do casamento, dando-lhes igual tratamento e amparo jurídico.

Entretanto, as relações homoafetivas não eram reconhecidas constitucionalmente, pois no texto constitucional o conceito de família engloba apenas a heterossexualidade, tanto nos institutos do casamento quanto da união estável.

Em maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal concedeu a união homoafetiva o status de entidade familiar, estendendo a esta relação a mesma proteção destinada à união estável prevista no corpo da Constituição da

¹ Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed . rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.206.

República Federativa do Brasil de 1988. Com base nesta vitória, houve um aumento dos direitos destinados a este grupo da sociedade até agora esquecido, podendo agora pleitear a adoção conjunta (casal), haja vista que este direito somente era concedido à pessoas casadas ou vivendo em união estável.

Porém, a ausência de inclusão jurídica da homoafetividade ainda traz reflexos na adoção de menores por casais homoafetivos, gerando grande polêmica sobre o tema.

Uma destas polêmicas é o benefício da licença-maternidade, o qual, atualmente, também é concedido à mãe biológica e à mãe adotiva, deixando desamparado novamente os casais homoafetivos.

O presente trabalho busca através dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, demonstrar a possibilidade do reconhecimento jurídico destes casais.

A relevância do presente tema é devido às inúmeras transformações que a sociedade está sofrendo nos últimos anos, e que não podem ser ignoradas pela Ciência do Direito. Em um mundo pós-moderno é inadmissível que juristas continuem de braços cruzados, observando a discriminação e o preconceito exacerbado que ainda vigem nesse país.

Em um Estado Democrático de Direito, os processos de reconhecimento e inclusão são constantes. O sistema de direitos fundamentais deve detectar que certa minoria não possui o devido reconhecimento – violando-lhe o direito de igual tratamento em sua diferença – e, pois, criar os meios necessários para incluí-la.

Nesse sentido, mostra-se premente estender aos casais homoafetivos masculino os mesmos direitos concebidos às mulheres adotantes, sendo essa uma realidade social.

Para o equacionamento do problema são levantadas as seguintes hipóteses:

a) A evolução dos Direitos Fundamentais deu origem aos Direitos Sociais, que visavam a proteção dos trabalhadores, os quais sofreram na Idade Moderna com a exploração de sua mão-de-obra, deixando boa parte da sociedade em condições de miserabilidade.

b) A proteção à maternidade oferecida pelo Direito Constitucional e do Trabalho brasileiro vem contemplando os interesses do menor e de sua genitora ou pessoa que possui a guarda judicial.

c) É possível a extensão da licença-maternidade, medida de proteção à maternidade, aos casais homossexuais masculino, frente a aplicação dos direitos fundamentais e princípios constitucionais que regem um Estado Democrático de Direito como o Brasil.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, e são aqui sintetizados, como segue.

O Capítulo 1 apresentar-se-á as linhas de evolução dos Direitos Fundamentais, adotando a classificação em positivação, generalização, internacionalização e especificação, seguindo o estudo com a consolidação histórica dos Direitos Sociais no plano internacional e a sua inserção na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

O Capítulo 2 discorre sobre os direitos sociais do trabalhador na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a proteção à maternidade em plano internacional e nacional, sua finalidade e os aspectos que justificam esta proteção, apresentando o instituto da licença-maternidade como uma forma de aplicação desta proteção e sua extensão à mãe adotiva;

O Capítulo 3 dedica-se a aspectos gerais da adoção da adoção em nível mundial e nacional, o reconhecimento da relação homoafetiva no direito brasileiro, trazendo o conceito de homossexualidade, bem como um breve panorama histórico da homossexualidade, os aspectos da adoção homoafetiva e a possibilidade da extensão da licença-maternidade para a adoção homoafetiva de homens frente aos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre os direitos dos casais homossexuais referentes a adoção, em especial, no caso da mulheres.

Quanto à Metodologia² empregada, registra-se que, na Fase de Investigação o Método³ utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva⁴. Foram acionadas as técnicas do referente⁵, da categoria⁶, dos conceitos operacionais⁷, da pesquisa bibliográfica⁸ e do fichamento⁹.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados no texto ou em rodapé quando mencionadas pela primeira vez.

² No programa de pós-graduação *Stricuto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI adota-se como padrão metodológico a obra PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed . rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

³ "Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p.206.

⁴ Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 81 a 105.

⁵ "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 54.

⁶ "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 25.

⁷ "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 37.

⁸ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais".PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 207.

⁹ "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 201 e 202.