

Invisibilização legal da mãe não-gestante na configuração homoafetiva de família

Legal invisibilization of the non-pregnant mother in homoafective family configuration

DOI:10.34117/bjdv7n10-109

Recebimento dos originais: 07/09/2021

Aceitação para publicação: 11/10/2021

Thayná Melissa Machado Silva

<http://lattes.cnpq.br/1903605356917436>

Graduanda em Direito - UniSALESIANO Lins

R. Dom Bôsko, 265 - Vila Alta, Lins - SP

E-mail: thaynamelissams@gmail.com

RESUMO

Ao se estudar a configuração familiar, vê-se a pluralidade em que a mesma se encontra, fazendo-se assim, necessário seu entendimento legislativo para que as famílias sejam respaldadas legalmente. Observa-se que o conceito de família, antes constituído apenas por características biológicas ou através do casamento civil, deu lugar para um pluralismo que traz o afeto como principal característica para os novos modelos de arranjo familiar. A dupla maternidade homoafetiva sendo uma espécie de família homoafetiva, atualmente não é acolhida pelo sistema jurídico brasileiro, fazendo com que circunstâncias resultantes dessa maternagem não sejam discutidas e assim, designadas garantias de outras configurações familiares que por vezes não se encaixam nessa família; por exemplo, não há o que se discutir acerca licença-maternidade se a figura do pai na relação é inexistente. A presente pesquisa tem por objetivo trazer a realidade da mãe não-gestante às discussões acadêmicas, com enfoque na licença-maternidade à mãe não gestante por meio de análises de precedentes. Por meio da utilização do método indutivo-dedutivo e qualitativo, através de levantamento bibliográfico, visa trazer, por fim, o posicionamento das jurisprudências dos Tribunais Brasileiros sobre essa configuração, os direitos e garantias que devem ser designadas às duas mães, sem distinção entre elas, levando em consideração a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Dupla-maternidade, Licença-maternidade, Homoafetividade, Mãe não-gestante.

ABSTRACT

When studying the family configuration, one can perceive the plurality in which it is, making its legislative understanding necessary for families to be legally supported. It is observed that the concept of family, previously constituted only by biological traits or by court marriage, gave rise to a pluralism that brings affection as the main trait for the new models of family setting. The double homoaffective motherhood, being a type of homoaffective family, is currently not valued by the Brazilian legal system, making the circumstances arising from that motherhood not discussed and, thus, designated rights of other family settings that sometimes do not fit in this family; for example, there is nothing to discuss about paternity leave if the father figure in the relationship is non-existent. This research aims to bring the rights of the non-pregnant mother to academic discussions,

with a focus on maternity leave for the non-pregnant mother; investigating the need through psychological aspects and analysis of precedents. Through the use of the inductive-deductive and qualitative method, through bibliographic research, it is intended to show, the positioning of the jurisprudence of the Brazilian Justice on this setting, the rights and insure that must be attributed to the two mothers, with no distinction between them, paying attention to the dignity of the human person, the best interests of the child.

Key-words: Homoaffective, Dignity of the human person, Maternity Leave, Non-pregnant mother.

1 INTRODUÇÃO

As famílias contemporâneas, advindas do século 21, ainda são um desafio para o legislativo que não se encontra totalmente flexível; antes formada por entes fixos, hoje, para a constituição de família não há mais um escopo necessário, bastando o preliminar requisito, o afeto. O reconhecimento dessas famílias é o que as tornam legítimas e protegidas, e o dever se dá pela dignidade da pessoa humana, princípio este positivado em nossa Constituição Federal, art. 1º, III, considerado não só como um princípio, mas também como valor máximo e requisito para positavações legais; não se tem uma só conceituação para tal, pois a dignidade é relativa, dependendo assim, de circunstâncias e ambientes socioculturais em que a pessoa se encontra.

Perante a mutação constitucional é possível que se abranja outras configurações familiares sem que, de fato, haja, nenhuma modificação na letra do texto constitucional, apenas com o reconhecimento da união estável. É desta forma que outras famílias encontram respaldo nos textos legislativos, porém, nem todos os direitos e garantias tem o mesmo valor para todas as famílias, haja vista, em exemplo, a licença paternidade não teria validade jurídica para a família em que não se torna presente a constituição de uma paternidade, ao menos, não deveria.

A equidade nas relações vem se tornando cada vez mais uma importante linha que deve ser seguida para que haja proteções legais cabíveis a cada configuração familiar existente. Não caberia ao sistema jurídico brasileiro lidar com a família vista como tradicional, da forma que trataria a monoparental, ou homoafetiva, ou até mesmo a família multiparental, cada família tem seus pontos a serem protegidos e resguardados pelo sistema.

Como objeto de estudo, apresenta-se a dupla maternidade homoafetiva, focada nas garantias que essas mulheres detêm em relação a sua maternidade, e como o legislativo e judiciário enfrentam tais casos, sendo que sem que haja um embate judicial, o que é

majoritariamente oferecido de prontidão às mães não-gestantes é a licença paternidade, vale salientar que nessa relação, a configuração é feita perante duas mulheres, não havendo nenhum homem envolvido, apenas o material genético.

Dotada de princípios que fortalecem a legitimação das famílias como o livre planejamento familiar e o dever do Estado de prover a famílias, melhor interesse da criança, igualdade e já citada, dignidade da pessoa humana, e, baseando-se puramente no afeto coexistente, a presente pesquisa conta com alguns precedentes judiciais que auxiliam no entendimento de qual a necessidade das famílias dotadas da dupla maternidade, a qual não detém de proteções legais, atualmente.

Sendo assim, a pesquisa se inicia abordando os conceitos de família contemporânea e sua estrutura perante o direito de família brasileiro, bem como os princípios que acalentam as famílias, mostrando a legitimidade que qualquer relação dotada de afeto possa se constituir em família, assim, invalidando precedente consanguinidade.

Família é afeto, como cita Maria Berenice Dias, que traz o afeto como valor principal para a constituição de família, assim, não delimitando as relações estabelecidas pelo vínculo sanguíneo e trazendo os sentimentos de vivência em comum, como o amor, empatia, solidariedade, entre outros. (DIAS, 2016, p. 86).

1.1 DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

A união de pessoas do mesmo sexo, denominada pela Professora Maria Berenice Dias como união homoafetiva, de nada se diferencia de casais heteroafetivos; essas famílias se encontram no afeto e nele se estabelecem. Dias ressalta que poderia ser só por preconceito que a Constituição emprestou, de modo expreso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher; diz ainda que nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, e assim, ser merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição em seu art. 1º, III, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa. (DIAS, 2016, p. 238)

Dias (2016, p. 238), ainda reitera, de nada diferencia a família homoafetiva da família heteroafetiva, nem em sua convivência a afeto. A homossexualidade não é uma doença muito menos uma condição que o torne menos merecedor de Direitos e Garantias. O engessamento familiar sempre existiu, por diversos motivos, sempre dependendo da época e de influência de líderes religiosos.

A imposição do casamento, e a vista digna da preposição, faz com que as outras relações se tornem indignas, ilegítimas e marginais. A união em pares do mesmo gênero, ainda é um dos mais atacados, por pleno preconceito institucionalizado, vítimas de exclusão social e legal por parte do legislador. (DIAS, 2011).

Família não é um conceito unívoco, não tem como enformar a entidade familiar. Dias salienta: família é afeto. A morada, domicílio, não é as extremidades de onde habitam, cômodos, mas sim, por pessoas, que convivem e zelam pelos outros (SALOMÉ, 2006). Lugar onde o extinto protetor nasce, a sensação de saber que alguém está lá por você, nutrido, assim, valores éticos, morais, necessidades fisiológicas, atenção e por fim e não menos importante o afeto.

Agrupamento informal, que graças ao direito tem uma estruturação, entretanto, os indivíduos se unem por simples química biológica, e Dias afirma, é uma formação espontânea no meio social. Como pode se notar, a família além de informal é fluida, não se encaixando em meras formas, sendo uma construção social. A família estatalmente regulada nunca corresponde com a família natural. Resultante de uma estruturação psíquica em que todos tem seu lugar e ocupa uma função.

Sempre existiu uma espécie de agrupamento social, pelos mais diversos motivos, que vem a se caracterizar pela ideia de família. Segundo Dias (2016, p. 47) a Lei tem sempre o surgimento posterior ao fato, e busca engessar a realidade. Porém, no que se refere ao Direito de Família, tudo está em constante mudança, de forma que a Lei nunca corresponde à realidade da família ao natural, que existe anterior ao Estado e está acima do direito.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não tuteladas expressamente nem na Constituição Federal nem na legislação infraconstitucional, existem e fazem jus à tutela jurídica. A ausência de regulamentação impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares no âmbito do Direito de Família. **A natureza afetiva do vínculo em nada o diferencia das uniões heterossexuais, merecendo ser reconhecido como união estável.** (DIAS, 2007, grifo nosso)

A família homoafetiva e o direito de se constituir família foi saciada por via judicial no Brasil, após séries de debates e movimentos graduais em esfera nacional, o Poder Judiciário equiparou a união estável homoafetiva à heteroafetiva. Inegável é a omissão do legislativo; em um país de 209,5 milhões pessoas, são estimados que 10% sejam LGBTQI, ou seja, 20 milhões de pessoas não são reparadas quando o assunto é constituição de família (BRANDALISE, 2019).

No mundo, alguns países ainda tratam a homoafetividade como conduta criminosa (ALFAGEME, 2019), a Secretaria de Políticas Sociais da CUT-SP reforça que o Brasil está no topo dos países que mais matam LGBT no mundo. Impressionante receber tal informação sendo que países em que a homoafetividade é declarada crime, muitas vezes a pena de morte é uma das aplicações (BRANDALISE, 2019).

2 PRINCÍPIOS QUE ACALENTAM AS FAMÍLIAS

O princípio na norma brasileira pode ser visto como um ponto de partida, uma linha de largada, advindo da Constituição Federal, estes devem ser respeitados ao se instaurar instrumentos normativos; Trémea (2002) ainda se refere aos princípios como “vigas mestras de todo o ordenamento jurídico”; assim sendo, coração deste aparelho normativo maior. E então, dando fundamento as demais normas do sistema jurídico.

Um novo modo de aplicar as leis se findou a partir da Constituição Federal de 88, leis das leis, os princípios, impôs normas de garantias e direitos fundamentais (art. 5º, §1º). Paulo Bonavides (2014, apud DIAS, 2016, p. 65) ainda salienta que os princípios constitucionais se converteram em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional.

O artigo 226 do Código Civil traz: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 2002), este conceito é uma cláusula geral de inclusão. Assim sendo, é o cotidiano, as formas, necessidades que se encarregam de formar os tipos familiares. Quando formados, tais núcleos merecem total proteção, independente da forma.

Os princípios pararam de servir apenas o sistema brasileiro infraconstitucional e passou a serem conformadores e avaliadores de leis; passando a ser imprescindível para tornarem a justiça o mais perto do que se enseja ser o ideal. É importante que haja a compreensão da constitucionalização do direito de família, pois grande parte do Direito Civil está na Constituição (TARTUCE 2017, p. 18). Ainda menciona Dias (2011, apud TARTUCE, 2017, p. 18) que “intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Constituição”.

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Elencado no artigo 1º, III da Constituição Federal (1988) o epicentro axiológico, a Dignidade da pessoa humana, em nosso Estado Democrático de Direito tem como princípio máximo, o mais importante, e mais difícil a ser conceituado, dos princípios, aquele que deve ser colocado em primeiro lugar como base de todo direito. Em seu art. 1º no caput o legislador ressalta fundamentos do Estado Democrático de Direito e logo no seu inciso III, cita, a Dignidade da Pessoa Humana (BRASIL, 2015).

Não há ramo do direito que ele esteja em mais apreciação plausível do que o Direito de família (TARTUCE, 2007). A dignidade da pessoa humana não é apenas um princípio que impõe limite ao Estado, mas sim, o faz posicionar-se positivamente perante as pessoas. O Estado não tem apenas o dever de se abster em ações que atentem contra a dignidade, mas também promover ações para que ela seja aplicada como um todo (DIAS, 2016, p. 73).

A dignidade encontra na família um solo fértil, proteção, lugar a florescer. Onde a garantia constitucional dá o acalento para crescer independente de sua origem, membros, e faz com que desenvolva as qualidades inerentes as famílias, afeto, amor, solidariedade, união, respeito, o projeto de vida juntos (DIAS, 2016, p. 74); permitindo assim, o pleno desenvolvimento desta.

Em seguimento ao tema do presente trabalho, atualmente está em andamento no Supremo Tribunal Federal um Recurso Extraordinário e vai decidir se é possível a concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva. Na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.211.446 – São Paulo que teve repercussão geral reconhecida no Plenário Virtual por maioria de votos (BRASIL, 2019), o Ministro Luiz Edson Fachin citou uma de suas Doutrinas para demonstrar a necessária aplicabilidade da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegiam a subjetividade, o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais. É por isso que cabe enfatizar a concepção plural de família presente na Constituição, apta a orientar a melhor exegese do novo Código Civil brasileiro. (FACHIN, 2003, p. 17-18).

Cabe realçar a relevância que o Novo Código de Processo Civil deu a este princípio, trazendo o art. 8º, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da

pessoa humana [...]”. Reconhecendo a submissão das ferramentas legais ao princípio referido, Sarlet (2005, apud TARTUCE, 2017, p. 18) conceitua como parte inerente a pessoa, neste sentido, a “última fronteira contra quaisquer ingerências externas”; entretanto, isto não significa que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que toda restrição aferida por lei não agrida o limite inerente imposto pela dignidade da pessoa humana.

2.2 LIBERDADE E LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Para que se fosse observado a dignidade da pessoa humana, a Liberdade e a Igualdade, foram os primeiros princípios a serem reconhecidos constitucionalmente (DIAS, 2012 apud MULLER, 2017). O direito entra na organização da sociedade para que todos usem de suas liberdades de forma organizada, e todos possam usar de sua própria liberdade; um verdadeiro paradoxo.

O princípio do Livre Planejamento familiar encontra-se respaldado no art. 226 §7º da Constituição Federativa do Brasil (1988), que fundando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, o que se dá relação aos fundamentos Constitucionais, o planejamento familiar é livre decisão do casal, quando o legislador demonstra que a família é de livre planejamento do casal pode se presumir que a família também é livre, sendo inconcebível se barrada, e caput continua que a responsabilidade de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício da família é toda do Estado.

Salienta o art. 1.513 do Código Civil (BRASIL, 2002) em vigor que: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”, trata-se da consagração do livre planejamento familiar e da liberdade em constituir família; reforçando-se no art. 1.565 §2º o legislador traz acerca do Livre Planejamento Familiar, dizendo que é livre a decisão do casal acerca de sua família, forma de constituição, e neste parágrafo o Estado só intervém para propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito. “Competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”, ou seja, o estado deve, fazer com que tais famílias tenham direitos e garantias tanto quanto outras já amparadas pelo legislativo (TARTUCE, 2017, p. 26).

Com isso vê-se a impossibilidade do Estado de interferir quando se diz respeito na formação do núcleo familiar, em relação a vedar que uma família seja constituída. Também é importante frisar a importância que o Estado tem em não se colocar

negativamente a essas famílias, mas também, agir positivamente em prol dessas (GOZZI, 2019).

Retornando ao art. 1.513, Código Civil, ao fazer a leitura do mesmo deve-se tomar alguns cuidados, isto porque ele traz a impossibilidade do Estado interferir coativamente na família, entretanto, ele pode se fazer presente em planejamento familiar por meio de Políticas Públicas e controle de natalidade. Por exemplo, a Constituição de 1988 incentiva a paternidade responsável e o próprio planejamento familiar, Tartuce (2017, p. 26) ainda afirma que cabe ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privados haja vista em parágrafos anteriores. A atuação do Estado deve existir, entretanto dosando sua participação coercitiva, encorajando na subsistência de direitos fundamentais.

2.3 IGUALDADE

Quando tratamos de igualdade, como princípio, em meio a um tema como família, deve-se observar aplicação da mesma, como a famosa frase de Rui Barbosa (1999, apud DIAS, 2016, p. 76) tratar iguais com desigualdade ou desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade. Devemos, então, de acordo com essa reflexão: tratar com os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdades. Com isso, pode se dizer que se trata de Equidade.

É imprescindível que a lei proteja e considere iguais todos os indivíduos, entretanto deve-se ressaltar as desigualdades que devem ser apuradas para que se eleve a igualdade material de cada caso. A Constituição Federal, ferramenta legislativa majoritária do Brasil, nos traz em seu artigo 5º direitos e garantias constitucionais. Em seu caput para introduzir o que se vem posteriormente dentre incisos e parágrafos, diz que: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assim vê-se o primeiro direito fundamental: a igualdade. Logo a diante em sua segunda parte vem a garantia, do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL, 1988).

Os conceitos de Igualdade e de justiça evoluíram, hoje não se aplica por si só a lei, a todos de maneira que não se observe o agente. A justiça formal identifica-se com a igualdade formal, que seria tratar a todos de maneira igual, com mesmo valor e dando a esses mesma categoria de tratamento. Se opõe a Igualdade material que há a observância do agente, que subjetivamente, haverá desigualdades.

2.4 MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Por vezes quando fala-se acerca de famílias, direitos e princípios, é importante elencar o princípio do melhor interesse do menor envolvido. Este princípio já está sendo bem falado, ainda mais quando se tratar de assuntos voltados a guarda, reconhecimento de Multiparentalidade e convívio parental. Como exemplo, a ação de reconhecimento de filiação socioafetiva possui fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade e, principalmente, no princípio do melhor interesse da criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ainda salienta, em seu Art. 4º os deveres da família, comunidade e do Poder Público, o que ela deve fornecer à criança e ao adolescente, assim assegurando a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Assim, pode se verificar no dispositivo legal, o Estado não pode se abster ou deixar de amparar a família. É dever de o Estado assegurar os direitos básicos e à convivência familiar. (BRASIL, 1990).

Mesmo com o art. 4º do Estatuto da Criança e do adolescente trazendo acerca das responsabilidades da família, comunidade e do Estado para com a criança pode restar dúvidas de quais famílias o Poder Público acalenta, assim, no Parágrafo Único do artigo 3º o legislador é bem direto quando trata que todos os direitos enunciados no Estatuto da Criança do Adolescente aplicam-se a todas as crianças e adolescentes sem discriminação alguma, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social. Independentemente da situação familiar em que a criança se encontre, o Estado precisa zelar e atuar positivamente na vida dessa família, fazendo com que tenham todos os Direitos e Garantias resguardados. (BRASIL, 1990).

3 DUPLA MATERNIDADE E SUA LEGALIDADE

Com a evolução das relações contemporâneas, as famílias se apresentam de formas múltiplas, em crescente complexidade e dentre elas, a relação entre pessoas do mesmo sexo. De acordo com Lima, “tais relações estão sujeitas a todas as consequências e interdependências naturais semelhantemente às que ocorrem entre pessoas de sexo diferente, vale dizer, carecem de tutela estatal”. Com isso, ele traz a equidade dessas famílias e a necessidade de respaldo adequado. (LIMA, 2015).

E o que se pode dizer acerca dos frutos dessas relações? Os filhos gerados em berço homoafetivo terão tratamento equitativo e o cuidado adequado com suas mães ou

pais equiparado aos outros casais? Ratificada através do Decreto n° 99.710/90, o princípio do "melhor interesse da criança" foi incorporado ao sistema jurídico brasileiro, em caráter definitivo. O princípio representa um importante e indispensável norteador quando a vida da criança e as relações que a toca estão em pauta, conceitua-se na proteção da infância e adolescência. (CRISTO, 2015).

De acordo com o princípio, aqueles que se encontram em situação de fragilidade devem ser cuidados e protegidos, por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade, da criança ao adolescente: “O menor tem, assim, o direito fundamental de chegar à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais, tal como prevê o artigo 227 da Constituição Federal”. (CRISTO, 2015).

Ainda são encontrados vários obstáculos quando se diz respeito à dupla maternidade no Brasil, assunto polemizado e que não é dotado de norma que autorize a sua efetiva aceitação no mundo. No que se diz respeito ao poder legislativo, muito se omite. A entidade familiar formada por duas pessoas do mesmo sexo, vem sendo cada vez mais aceita na sociedade e é reconhecida pelo STF desde 2011. Não possuem legislação, então vem sendo comparada analogicamente a união estável heteroafetiva. (SILVA, 2015).

Entretanto, o fato dessas famílias não serem respaldadas com legislação adequada, o Judiciário não deve virar as costas. Se a lei for omissa, deve o juiz decidir perante analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. A inexistência da lei não é um problema para solução de um caso. (LIMA, 2015).

3.1 PRECEDENTES JUDICIAIS ACERCA DA DUPLA LICENÇA-MATERNIDADE

Hoje, os precedentes judiciais, quando em respeito à dupla-maternidade vêm trazendo a força que o legislativo ainda não se faz presente, apesar de poucos, os mesmos vem ganhando legitimidade para que cada vez mais os direitos das mães e sua prole se desenvolvam com os devidos direitos e garantias. Com isso, é importante que se faça um levantamento de um precedente em que o judiciário se mostrou ativo.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), através do Colégio Recursal de São Bernardo do Campo, confirmou sentença proferida nos autos do processo n°. 1028794-78.2017.8.26.0564, movida contra o Município de São Bernardo, que deferiu a concessão licença-maternidade à mãe que não gestou a criança, pelo período de 180 dias, mediante remuneração. (TJSP, 2017). Extrai-se trecho relevante do v. acórdão:

A origem do direito à licença maternidade encontra razões nas circunstâncias pós-parto como a amamentação ou a recuperação física-psíquica da mãe, mas também é um direito concedido pelo fato de que possibilita o convívio familiar e o cuidado com a criança. Tem como fonte o convívio integral com o filho durante os primeiros meses de vida, constituindo-se como uma proteção à maternidade e possibilitando o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida. Independentemente da origem da filiação. (TJSP, 2017).

Foram analisadas algumas características e funcionalidades da maternidade, como também a configuração da entidade familiar, a partir do reconhecimento da união estável entre a recorrida e sua companheira (ADPF 132/RJ), e o colegiado afirmou:

Não há como negar, como bem fez a sentença, que o direito à licença maternidade deveria ser estendido para a recorrida, sob o fundamento maior de maximização de direitos fundamentais – tanto para as mães quanto para a criança, no âmbito familiar. (TJSP, 2017).

A Prefeitura Municipal de São Bernardo do campo recorreu ao STF, assim, foi reconhecida a repercussão geral do caso. O STF ainda vai decidir perante o Recurso Extraordinário 1.211.446-SP, se é possível à concessão de licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva. Para o Relator Ministro do caso Luiz Fux, que reconhece o caso como Repercussão geral “em razão da natureza do direito à licença-maternidade e do impacto gerado pela sua extensão a qualquer servidora pública ou trabalhadora que vivencie a situação jurídica em exame”; este processo que dará luz às normativas dessas famílias ainda se encontra pendente de julgamento. (STF, 2011).

Por fim, é interessante analisar as diferenças quando se diz respeito a um direito voltado uma configuração familiar dita nova, contemporânea. Tais discussões são muito importantes para que outros direitos sejam adquiridos, debatidos e gozados. O direito de gozo em questão será resolvido em definitivo quando o Supremo Tribunal Federal julgar o Recurso Extraordinário 1.211.446-SP.

No entanto, as fundadas razões para acolher o direito à dupla licença-maternidade são as já mencionadas ao longo de toda trajetória da pesquisa: princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo a essa família todo bem-estar e garantias para que se desenvolva da melhor maneira possível.

Iniciando pelo melhor interesse da criança, a criança envolvida na relação familiar precisa ser respaldada e respeitada, assim como sua família, no sentido que, a mesma tem o direito de ter convivência integral nos seus primeiros dias com as suas mães, não fazendo diferenciação entre ambas, trazendo assim, o princípio do livre

planejamento familiar, é dever do Estado propiciar um lugar seguro, direitos e garantias para as famílias, sem diferenciação da origem, raça, ou composição.

4 RESULTADOS

A presente pesquisa revelou-se de curial necessidade de debater acerca esses assuntos omitidos até mesmo em áreas acadêmicas e de pesquisa, com dificuldade de referências acerca do tema. Difícil se falar em direito da mãe não-gestante, a mesma é ignorada pelo legislativo, trazendo a dificuldade de se pesquisar; hoje se perdura pela motivação que se continue pesquisando e dando continuidade em pesquisas científicas e início em doutrinas mais voltadas a essa configuração familiar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível afirmar que, infelizmente, a dupla maternidade no Brasil ainda não é respaldada pelo ordenamento jurídico, deixando milhares de famílias que se constitui dessa configuração familiar, a mercê de analogias, que por vezes não são cabíveis a realidade das famílias de minorias.

De fato o direito de família brasileiro é líquido, e as famílias plurais, não conseguindo o legislador atender a todas as demandas que aparecem advindas das configurações contemporâneas pois são subjetivas e baseadas no afeto.

Entretanto, há um atraso em relação a essas discussões e atualizações legais, sendo que a família homoafetiva em geral não é resguardada positivamente, sendo que é considerada família apenas em razão de analogia. Com tantas evoluções e modificações nas famílias, encontra-se a necessidade de uma atualização mais severa, não apenas que se baseie em analogias, salienta-se que o ordenamento da família, o Código Civil é de 2002, completando duas décadas no próximo ano.

O assunto não está finalizado, está no Supremo Tribunal Federal o processo que pode dar início a uma nova fase a essas famílias. Reconhecido pelo Ministro Luiz Fux como Repercussão Geral, o processo originário da Comarca de São Bernardo do Campo-SP, pode trazer inovações e ser o divisor de águas relativo aos direitos e garantias das famílias homoafetivas como um todo.

REFERÊNCIAS

ALFAGEME, Ana. **Morrer por ser gay: o mapa-múndi da homofobia**. El País, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/19/internacional/1553026147_774690.html. Acesso em: 20 de set de 2020.

BRANDALISE, Camila. **Em 71 países ser gay é crime; homossexuais podem até ser condenados à morte**. UOL, 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/04/22/nesses-paises-ser-gay-e-crime-e-pode-dar-pena-de-morte-por-apreijamento.htm>. Acesso em: 20 de set de 2020.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Código Civil** de 2002. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 2002.

BRASIL. **Código Processo Civil** de 2015. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 2015.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** de 1990. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1990.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Brasília, DF: STF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 22 de out de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **STF discutirá extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva**. Brasília, DF: STF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429497&caixaBusca=N>. Acesso em: 14 de abr de 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado São Paulo – TJSP. **Acórdão. Processo nº: 1028794-78.2017.8.26.0564**. São Paulo/SP: TJSP, 2017.

CRISTO, Isabella. **Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1043/Ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homoafetivos+e+o+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a>. Acesso em: 03 de abr de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e o Direito Homoafetivo**. 1ºEd. São Paulo: RT, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ºEd. São Paulo: RT, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM, 2007. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a>. Acesso em: 05 de abr de 2021.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOZZI, Camila. **Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental**. IBDFAM, 2019. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+como+direito+fundamental>. Acesso em: 28 de Out de 2020.

LIMA, Maurício Cerqueira. União homoafetiva e dupla maternidade: Algumas implicações no registro civil. JUS BRASIL, 2015. Disponível em: <https://cerqueiramauricio.jusbrasil.com.br/artigos/454666182/uniao-homoafetiva-e-dupla-maternidade>. Acesso em: 26 de mar de 2021.

MULLER, Rosemeri dos Santos. **Princípios Constitucionais das Famílias**. JurisWay, 2017. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19331. Acesso em: 26 de mar de 2021.

SALOMÉ, Geraldo. **O significado de família para casais homossexuais**. SCIELO, 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672007000500014. Acesso em 25 de Set de 2020.

SILVA, Mariana Santos. **INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E UNIÃO HOMOAFETIVA: POSSIBILIDADE JURÍDICA DO DUPLO REGISTRO DA MATERNIDADE**. Estância, 2015. Disponível em: <https://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1666/INSEMINA%c3%87%20ARTIFICIAL%20E%20UNI%20HOMOAFETIVA-POSSIBILIDADE%20JUR%20DICA%20DO%20DUPLO%20REGISTRO%20DA%20MATERNIDADE.pdf?sequence=1>. Acesso em 26 de mar de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família Brasileiro**. IBDFAM, 2007. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+%281%29>. Acesso em: 27 de Out de 2020.

TRÉMEA, Elizangela. **Princípios Constitucionais como Fonte do Direito**. Direito em Debate, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/779/500>. Acesso em: 26 de mar de 2021.