

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO**

TULIUS MARCUS FIUZA LIMA

**O DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE PARA CASAIS HOMOAFETIVOS
FEMININOS**

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2020**

TULIUS MARCUS FIUZA LIMA

**O DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE PARA CASAS HOMOAFETIVOS
FEMININOS**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração de Direito de Empresa, dos Negócios e do Consumo.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Morishita Wada.

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2020**

TULIUS MARCUS FIUZA LIMA

**O DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE PARA CASAIS HOMOAFETIVOS
FEMININOS**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração de Direito de Empresa, dos Negócios e do Consumo.

Brasília-DF, 11 de novembro de 2020.

Prof. Dr. Ricardo Morishida Wada
Professor Orientador

Profa. Dra. Marília Ávila Sampaio
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Saul Tourinho Leal
Membro da Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação de mestrado ao amor da minha vida, minha filha Isabella. A minha amada e querida esposa, Ana Cláudia, pelo apoio incondicional, incentivo e paciência. Agradeço aos professores doutores que tive ao longo do mestrado, que contribuíram para meu crescimento pessoal e acadêmico. Dentre eles, ao meu Orientador, Professor Ricardo Morishita Wada, pessoa incrível, brilhante, generoso, provocativo e solícito com as minhas indagações. Aos meus amigos e colegas de mestrado e a todos aqueles que me estimularam a realizar esse sonho.

RESUMO

À presente dissertação pretende verificar a possibilidade do reconhecimento e concessão do direito à licença-maternidade para casais homoafetivos do sexo feminino, à luz do paradigma pós-positivista proposto pela Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller. A compreensão, interpretação e aplicação arbitrária e casuística oferecida pelo modelo positivista não possibilita avaliar, com clareza e transparência, os valores que constituem a decisão, fragilizando o controle judicial e social. Na sistematização proposta, espera-se afastar os desafios do modelo atual e assegurar a unidade, coesão e integração dos direitos e princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988. O direito à licença-maternidade, concretização do direito social à maternidade, foi analisado mediante os elementos que estruturam a norma jurídica: programa normativo e âmbito normativo. Os princípios e direitos fundamentais do texto constitucional, a doutrina de Direito de Família e de Direito Constitucional, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contribuíram para a elaboração do programa da norma. O âmbito da norma foi elaborado a partir de bases empíricas que englobam os direitos das mulheres, das crianças e da família homoafetiva do sexo feminino; e o vínculo materno formado entre eles. Ao final, chega-se à conclusão da necessidade de reconhecer e conceder a licença maternidade às mulheres que compõe uma relação homoafetiva, à luz da dignidade da pessoa humana, das liberdades individuais, da igualdade, da maternidade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chaves: Constituição. Direitos e princípios fundamentais. Licença-maternidade. Casal homoafetivo do sexo feminino. Sistematização. Concretização. Pós-positivismo

ABSTRACT

This dissertation intends to verify the possibility of recognizing and granting the right to maternity leave for female homosexual couples, in the light of the post-positivist paradigm proposed by the Structural Theory of Law, by Friedrich Müller. The understanding, interpretation and arbitrary and case-by-case application offered by the positivist model does not make it possible to evaluate, with clarity and transparency, the values that make up the decision, weakening judicial and social control. In the proposed systematization, it is hoped to remove the challenges of the current model and ensure the unity, cohesion and integration of the fundamental rights and principles of the Federal Constitution of 1988. The right to maternity leave, realization of the social right to maternity, was analyzed through the elements that structure the legal norm: normative program and normative scope. The fundamental principles and rights of the constitutional text, the doctrine of Family Law and Constitutional Law, and the jurisprudence of the Supreme Federal Court contributed to the elaboration of the standard program. The scope of the standard was developed based on empirical bases that encompass the rights of women, children and the female homosexual family; and the maternal bond formed between them. In the end, the conclusion is reached of the need to recognize and grant maternity leave to women who make up a homosexual relationship, in the light of the dignity of the human person, individual freedoms, equality, motherhood and the best interests of the child and the teenager.

Keywords: Constitution. Fundamental rights and principles. Maternity leave. Homoaffective female couple. Systematization. Achievement. Post-positivism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. METÓDICA JURÍDICA E DIREITO DE FAMÍLIA.....	12
1.1. A Teoria Estruturante do Direito: um novo paradigma do direito.....	15
1.1.1. Modelo estrutural da norma jurídica e seus elementos.....	19
1.1.2. O método de concretização da norma jurídica constitucional.....	23
1.1.3. Conflito entre os elementos da norma jurídica.....	33
1.2. A metódica jurídica aplicada ao Direito de Família.....	34
2. O PROGRAMA NORMATIVO DA LICENÇA-MATERNIDADE.....	37
2.1. Princípios constitucionais norteadores do Direito de Família.....	38
2.1.1. O princípio da dignidade humana como fundamento do ordenamento jurídico brasileiro.....	38
2.1.2. Princípio da igualdade e respeito às diferenças.....	43
2.1.3. Princípio da pluralidade das formas de família.....	48
2.1.4. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	53
2.2. A licença-maternidade como um direito fundamental constitucional.....	57
2.2.1. O necessário diálogo entre metódica jurídica, direitos fundamentais e licença-maternidade.....	59
2.2.2. A aplicação dos direitos e garantias fundamentais da Constituição às relações de Direito de Família.....	81
3. O ÂMBITO NORMATIVO DA LICENÇA-MATERNIDADE PARA CASAS HOMOAFETIVOS FEMININOS E SUA CONCRETIZAÇÃO.....	87
3.1. O direito à maternidade para as mães que compõem uma relação homoafetiva do sexo feminino.....	89
3.2. A maternidade frente aos novos avanços médico, tecnológicos e científicos e seus reflexos nas relações homoafetivas femininas.....	98
3.3. O aleitamento materno como direito da criança, da mulher e da família homoafetiva feminina.....	108
3.4. Da concretização do âmbito normativo: conclusão parcial.....	115

CONCLUSÃO.....120

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A licença-maternidade é um direito social prestacional concedido as trabalhadoras gestantes ou adotantes, nos moldes do artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988. Tem como principais objetivos: concretizar o direito fundamental à maternidade para todas às mulheres (art. 6º da CF); dar prioridade absoluta aos cuidados primários, afetivos, psicológicos e físicos dos recém-nascidos (art. 227, *caput*, da CF); e assegurar e promover a proteção do vínculo materno formado entre mães e filhos.

A Constituição Federal de 1988 abraçou os novos arranjos familiares, divorciado do antigo modelo patriarcal, hierarquizado e matrimonializado, em que a liberdade ocupava papel secundário, para um modelo de entidade familiar baseado na afetividade, estabilidade e ostensibilidade,¹ voltado, especialmente, à realização dos seus membros, com todos os direitos e princípios fundamentais garantidos pelo texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 132/2008, julgada conjuntamente com a ADI nº 4.277/2009 do Distrito Federal, reconheceu as uniões homoafetivas como “entidade familiar” e proibiu qualquer tipo de preconceito e discriminação em razão de gênero ou de orientação sexual na interpretação e aplicação de direitos e garantias fundamentais, concretizadores, em certa medida, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF).

Destaca-se que, nos últimos anos, casais homoafetivos formados por duas mulheres buscam, mediante decisões dos Tribunais, a concretização de direitos fundamentais da Constituição, entre eles, o direito à maternidade (art. 6º), concretizado por meio da licença-maternidade (art. 7º, inc. XVIII), à medida em que, no âmbito administrativo, o benefício previdenciário é reconhecido e concedido apenas a uma das mães, seja ela gestante ou adotante, sendo concedido a companheira a licença-paternidade de cinco dias conferida aos pais (art.7º, inc. XIX), a despeito do seu gênero feminino.

¹ A ostensibilidade pressupõe uma unidade familiar que se apresenta assim publicamente.

O presente trabalho pretende responder as seguintes questões: é possível conceder a dupla licença-maternidade para mães que constituem uma relação homoafetiva do sexo feminino? O benefício deve ser reconhecido e garantido apenas a uma delas, seja gestante ou adotante?

Para responder a tais perguntas, optou-se pela metodologia pós-positivista proposta pela Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. Desse modo, o trabalho foi dividido em três capítulos, sendo o primeiro destinado a descrever a metódica de trabalho jurídico escolhida, seus elementos – estrutura da norma, normatividade e norma jurídica - e porque aplicá-la às relações de Direito de Família.

No segundo capítulo, foi considerado o programa normativo da licença-maternidade – resultado da interpretação do texto da norma, formado de dados primaciais de linguagem – constituído, no caso, pelos princípios fundamentais da Constituição voltados ao Direito de Família - princípio da dignidade da pessoa humana; da igualdade e respeito às diferenças; da pluralidade das formas de família e do melhor interesse da criança e do adolescente – e pelos direitos fundamentais, individuais e sociais, sobretudo, à maternidade, à liberdade e ao planejamento familiar, de modo a construir a base estruturante do programa normativo da licença-maternidade para casais constituídos por duas mulheres.

Como elementos auxiliares e ilustrativos do programa da norma, foram analisados os elementos dogmáticos – doutrina de Direito de Família e de Direito Constitucional; jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das Cortes de Justiça, Estadual e Federal, do Distrito Federal - sobre questões relacionadas ao tema da dissertação e sua aplicação ao direito à licença-maternidade, como instrumento de concretização do direito à maternidade elencado no art. 6º da CF. Portanto, o programa normativo assinala as premissas, não exaurientes, para a delimitação e atuação do âmbito normativo voltado às relações homoafetivas do sexo feminino e o vínculo materno com seus bebês.

No terceiro e último capítulo, foram examinados os elementos fáticos que compõe o âmbito normativo da licença-maternidade para casais homoafetivos constituído por mulheres – conjunto de dados retirados da realidade social, cultural e histórica, desde a perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo - como

parte integrante e indispensável na construção da norma jurídica à problemática do caso concreto. Tais elementos foram estruturados a partir de três bases empíricas: a) o direito à maternidade para mães que compõem uma relação homoafetiva; b) a maternidade frente aos avanços médicos, tecnológicos e científicos e seus reflexos nestas uniões; e c) o aleitamento materno como um direito fundamental da criança, da mulher e da família homoafetiva do sexo feminino.

Diante dos elementos estruturantes da norma jurídica, programa da norma e âmbito da norma, desenvolvidos nos capítulos segundo e terceiro da presente dissertação, será possível compreender, interpretar e concretizar o direito à licença-maternidade a todas às mulheres que compõem uma relação homoafetiva do sexo feminino, em consonância com os princípios e direitos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988.

1. METÓDICA JURÍDICA E DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 consagrou os princípios e direitos fundamentais, individuais, sociais e coletivos, para o ordenamento jurídico brasileiro, onde os conteúdos substanciais e axiológicos, irradiam-se por todo o sistema normativo, influenciando a compreensão, interpretação e concretização de normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do direito.²

A interposição de princípios constitucionais nas adversidades das situações jurídicas subjetivas representa uma alteração valorativa do próprio conceito de ordem pública, tendo a dignidade da pessoa humana o valor fundante, posto no ápice do ordenamento jurídico pátrio. Sendo assim, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com o programa constitucional.³

De um lado, as normas constitucionais incidem sobre o legislador ordinário, reclamando produção legislativa conforme o programa constitucional, sobretudo, em relação aos direitos e princípios fundamentais, constituindo-se um limite para a reserva legal. De outro lado, produzem efeitos no plano interpretativo, exigindo do aplicador e intérprete do Direito uma leitura e concretização das normas infraconstitucionais de acordo com o texto constitucional.⁴ Nessa quadra, não são mais os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, “mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais”.⁵

Para o Direito de Família então foi uma verdadeira revolução. Com a constitucionalização dos direitos, sobretudo do Direito Civil, a dignidade da pessoa humana foi alçada como princípio fundante da República Federativa do Brasil e do

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 227. Uma norma de comportamento é universalmente reconhecida como lei moral vigente no âmbito de validade do ordenamento jurídico a ser concretizado e se ela é vista como obrigatória. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 120. Em Dworkin, o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política. O direito inclui não só as regras específicas postas em vigor conforme as práticas aceitas pela comunidade, mas igualmente “os princípios que proporcionam a melhor justificativa moral para essas regras promulgadas”. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 614-615.

³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42.

⁴ Ibidem, p. 41.

⁵ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 859.

Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, inc. III, da CF. Isto posto, o positivismo de outrora, tornou-se insuficiente para atender os conflitos do nosso tempo, à medida que a concretização da dignidade da pessoa humana, e demais textos normativos, é verificada apenas no caso concreto a ser resolvido e não como um dado orientador no quadro de uma teoria de aplicação do direito.⁶

Com efeito, os direitos e princípios fundamentais da Carta de 1988 passaram a informar e dirigir todos os campos do estudo de direito, no sentido de que estes “constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana” e que, com fundamento nesta, devem ser interpretados e aplicados às relações de Direito de Família,⁷ superando a concepção estritamente positivista, que defende um sistema de regras neutro e distante do caso concreto.⁸ Para Hans-Georg Gadamer, “o conhecimento de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário”.⁹

Deve-se, outrossim, ultrapassar a fronteira do positivismo jurídico e perceber que só será possível a construção de um direito vivo e em consonância com a realidade se tivermos um direito que possa atender as mudanças contidas nas relações familiares contemporâneas.¹⁰ Isto apenas é possível se adentrarmos nos problemas da atualidade, especialmente, os decorrentes dos novos núcleos familiares, à exemplo das uniões homoafetivas do sexo feminino.

⁶ A premissa de um dos erros mais fundamentais do positivismo na ciência jurídica é a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, é a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 16. Se quisermos compreender adequadamente um texto de acordo com as pretensões que ele apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, isto é, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui “compreender é sempre também aplicar”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 15. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis RJ: Vozes Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 408.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 110.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 43. O positivismo jurídico compreende o direito objetivo vigente como sistema perfeito de normas jurídicas e a decisão jurídica como aplicação lógica de uma norma jurídica concreta a um tipo concreto a ser subsumido. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 15. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis RJ: Vozes Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 409.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 38.

A par disso, é fundamental entender que a norma constitucional não possui existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na vigência, isto é, “a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas e culturais, que estão, de diferentes maneiras, numa relação de interdependência, “criando” regras próprias que não podem ser ignoradas pelo intérprete.¹¹ Isso não significa a defesa da criação de um novo direito, mas de uma redefinição do campo de incidência de determinado direito ou princípio fundamental, expresso ou implícito, no texto da Constituição, em decorrência de fatores históricos e sociais da atualidade.

No processo de concretização da norma constitucional, devem ser contempladas as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, bem como os elementos gerais e específicos da situação concreta objeto de apreciação. Ela exige do aplicador e intérprete da lei uma coerência constitucional e a pretensão de eficácia somente será realizada se levar em conta, além do programa normativo – textos normativos, doutrina e jurisprudência - tais elementos e condições.¹²

Uma norma de direito fundamental não indica apenas “o que deve vigor numa determinada situação da vida”, mas vai além do raciocínio individualizante do caso concreto, ele é um princípio fundamental objetivo - e como tal, um princípio vigente - da Constituição Federal, que co-constitui a ordem constitucional com vistas a realidade histórica e social contemporânea, em virtude do significado, da peculiaridade e da função do seu efeito normativo.¹³

É diante da realidade posta, sem desprezar o direito vigente, que se faz necessário pesquisar a estrutura da normatividade - como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado¹⁴ - de modo a compreender a concretização da norma jurídica como um processo de trabalho estruturado e contínuo, que possa determinar a verdadeira função das normas jurídicas, com a

¹¹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

¹² Ibidem, p. 128-132.

¹³ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 76 e 305.

¹⁴ Ibidem, p. 15.

finalidade de resolver os inúmeros problemas concretos decorrentes da nova realidade sociocultural brasileira.

1.1. Teoria Estruturante do Direito: um novo paradigma do direito

A Teoria Estruturante do Direito desenvolvida por Friedrich Müller é uma inovadora concepção de teoria do direito, e resulta de um conceito pós-positivista de norma jurídica,¹⁵ onde a norma não se encontra pronta nos textos legais, que são apenas formas primárias: os textos normativos. A norma jurídica somente será produzida no processo particular de solução jurídica de determinado caso, ou seja, em cada decisão judicial. Dessa forma, a teoria da norma propõe estruturar a norma jurídica a partir das exigências de um Estado Democrático de Direito.¹⁶

Ao contrário do positivismo,¹⁷ que descolou a norma jurídica de qualquer conteúdo transcendente ao direito positivo e pretendeu aplicá-la conclusivamente ao caso concreto, para a Teoria Estruturante do Direito a norma não existe antes do caso, mas somente é construída durante a análise da situação concreta, a partir da conjugação de elementos linguísticos com elementos da realidade social, extralinguísticos. O texto da norma é apenas um dado de entrada importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente.¹⁸

Para Friedrich Müller, um dos equívocos do positivismo jurídico, ao compreender a norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, é a

¹⁵ O paradigma pós-positivista entende que a norma não possui existência semântica e abstrata, a norma passa a ser concreta e produto da própria linguagem. A norma, então, surge da solução do caso jurídico, real ou fictício, ABBOUD, Georges; *et al.* **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 454 e 456. Segundo ABBOUD, o pós-positivismo é baseado a partir de cinco premissas teóricas: “a) distinção entre texto e norma; b) a interpretação é ato produtivo condicionado pela historicidade; c) a decisão é sempre interpretativa e não silogística; d) a teoria do direito tem função normativa; e) não existe discricionariedade judicial na solução das questões jurídicas”. *Idem*, 2020, p. 75.

¹⁶ MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 11.

¹⁷ O positivismo pode ser definido como um conjunto de normas válidas que regem o convívio social em um determinado momento histórico e especial, onde os critérios para aferição da validade das normas se encontram estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico. ABBOUD, Georges; *et al.* **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 77

¹⁸ MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p 10 e 99.

separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade, aplicada somente *ex post facto* com as relações da realidade social. Para o autor:

A norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e seguimento normatizado da realidade aparecem justapostos em si sem se relacionarem: um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição.¹⁹

Para o positivismo, a interpretação da norma deve ignorar todas as questões que insurgem das situações fáticas que envolvem o dia a dia do direito, a partir da separação entre direito e moral. Pretende oferecer um objeto, “segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida”, e um método seguro para construção do conhecimento científico, confiando em uma “racionalidade teórica asfixiante que isolava todo contexto prático de onde questões jurídicas haviam emergido”.²⁰ A interpretação dos órgãos jurídicos é um problema de “vontade”, no qual o intérprete possui um espaço que poderá completar no momento da aplicação da norma, levando inequivocamente à discricionariedade e voluntariedade judicial.²¹

Isso é possível porque a norma como ordem não oferece mais do que um quadro para uma série de possibilidades decisórias logicamente equivalentes. Cada ato, que preenche este quadro em qualquer sentido logicamente cabível, está de acordo com o direito, eliminando a pergunta pela correção quanto ao conteúdo e o desenvolvimento de meios concretos de compreensão, interpretação e aplicação. “O alcance da positividade consiste apenas em abandonar no âmbito de várias soluções possíveis a decisão volitiva à sentença judicial”.²²

No positivismo, o que definirá a validade do direito é a sua adequação a determinados procedimentos formais previstos pelo próprio ordenamento jurídico, assumindo um caráter de autorreferência, melhor dizendo, é o próprio direito que

¹⁹ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isso: decido conforme a minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p. 72-73.

²¹ *Ibidem*, p. 73. O fato da norma que será aplicada ou o sistema de normas deixarem em aberto várias possibilidades, é compreendido por Hans Kelsen como pressuposto da possibilidade de interpretação. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

²² *Ibidem*, p. 28-29.

define aquilo que é ou não é direito.²³ Na atualidade, porém, dualismos como “ser e dever ser”, “norma e caso”, “direito e realidade”, mostram-se superados, bem como a ilusão da “aplicação” da norma jurídica mediante um simples processo de subsunção ou silogismo.²⁴ A decisão no qual é produzida a norma para a problemática diante do caso concreto ocorre de modo estruturante que surge em face da situação particular, real ou fictícia.²⁵

Nesse sentido, a Teoria Estruturante do Direito busca começar o processo de concretização de modo indutivo,²⁶ e não dedutivo, a estar de mãos dadas com os problemas práticos da vida, tornando o trabalho jurídico estruturado, racional e verificável. A norma jurídica não é mais um dado orientador apriorístico no quadro de uma teoria da aplicação do direito, “mas adquire a sua estrutura em meio ao processamento analítico das experiências concretas no quadro de uma teoria da geração do direito”.²⁷ Nessa perspectiva pós-positivista, as normas jurídicas apresentam estrutura composta a partir do resultado da interpretação dos dados linguísticos e dos dados extralinguísticos, que estejam em conformidade com o programa normativo, pois a norma não se confunde com o seu texto.²⁸

²³ ABOUD, Georges; *et al.* **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito.** 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 77.

²⁴ MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 11. A teoria estruturante do direito supera duas teorias expoentes do positivismo normativo: a de Kelsen, que trabalha com a ideia de um mundo do direito (dever ser) separado do mundo dos fatos (ser), de modo que a norma surge independente do caso. E a de Hart que, além de afirmar a norma *ante casum*, insiste no método silogístico, para quem a lei/norma (premissa maior) possuía um sentido unívoco nascido antes do caso (premissa menor) e apto a esse regular por mera subsunção. ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 227.

²⁵ Um dos principais equívocos que o conceito de sentença como silogismo proporciona é a confusão entre texto normativo e norma, pois, ao se considerar a sentença como silogismo, o enunciado legislativo e a norma se confundem, uma vez que a sentença passa a ser atos meramente declarativo, e não criador do direito. Logo, a sentença não pode mais ser vista como silogismo em que se formula a norma por um meio de um método formal, mas de forma estruturante, afinal, não existe um descobrir a norma, “o que de fato existe é um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização de um caso concreto”. *Idem*, 2019, p. 458.

²⁶ Ele é indutivo à medida que inicia com a dogmática do direito positivo e examina sempre de novo as inferências subsequentes com base nos seus efeitos para a dogmática; e com vistas à questão da interdisciplinaridade: o seu conteúdo composto de norma inclui o trabalho das ciências sociais no trabalho jurídico. *Ibidem*, p. 11.

²⁷ A racionalidade implica o controle de decisões, revelando as suas razões e tornando-as consequentemente discutíveis. CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. In MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 204-205.

²⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 267.

Um exame dos processos decisórios práticos, por meio de critérios de racionalidade do Estado de Direito, possibilita impedir que, de um lado, a prática jurídica efetivamente exercida pelos Tribunais seja elevada sem prévia análise à norma e que, de outra parte, uma metodologia distante da prática jurídica tenha a liberdade de ocultar as suas valorações normativas não comprovadas atrás de fachadas linguísticas.²⁹ Tal fato aplica-se também as súmulas vinculantes e as decisões dos tribunais superiores dotadas de efeito vinculante, que são textos normativos e, por consequência, dependem de prévia interpretação ao serem aplicados aos demais casos.³⁰

Por conseguinte, o desafio do intérprete e aplicador do direito é buscar um método estruturante que possibilite representar e verificar, racionalmente, a relevância dos critérios normativos de aferição para a decisão e dos elementos do caso concreto afetados por estes critérios; e a sustentabilidade da decisão, verificada a partir dos elementos que compõe a norma jurídica, indispensáveis para a sua concretização enquanto “norma de decisão”, sem ficar sujeito a eventuais discricionariedades e arbitrariedades judiciais.³¹

Portanto, a prática jurídica atenderá o Estado Democrático de Direito se os processos decisórios jurídicos forem passíveis de racionalidade, discutibilidade e verificabilidade, onde a hermenêutica jurídica é um processo unitário que integra a compreensão, a interpretação e a aplicação do texto legal, a ser desenvolvido e aperfeiçoado na direção de estruturas generalizáveis, e não uma simples subsunção de um enunciado legislativo ao caso concreto: “a concretização prática deverá ser concebida como um processo real de decisão”.³²

²⁹ CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. In: MULLER, Friedrich, **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 204.

³⁰ Esse enunciado nunca será a norma pronta para ser aplicada mecanicamente como uma solução pronta para os casos futuros e, sim um elemento constitutivo da norma para solução desses casos. Isso não significa que aquele que interpreta tais enunciados está livre para atribuir sentidos arbitrários aos enunciados normativos, mas que há uma cadeia de significados históricos que deve condicionar sua interpretação ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 228 e 236.

³¹ MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 53.

³² Idem, 2008, p. 15. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação. GADAMER, Hans-Georg.

1.1.1. O modelo estrutural da norma jurídica e seus elementos

A Teoria Estruturante do Direito (TED) é um método de trabalho indutivo segundo a prática jurídica e de acordo com as exigências do Estado de Direito. Ele constitui fundamento teórico para a virada metódica pós-positivista na direção de um modelo sequencial e dinâmico de concretização, composto de: a) estrutura da norma; b) normatividade; e c) norma jurídica.

A Teoria Estruturante do Direito, ao tratar da estrutura da norma, considera normativos todos os elementos relevantes ao processo decisório que levará a concretização do Direito, que estão reunidos em dois grupos: a) pelos dados veiculados pela linguagem, a partir dos textos da norma e outros textos (pareceres, súmulas vinculantes, portarias, decretos); e b) pelo conjunto dos fatos individuais e gerais da situação fática conforme interpretação linguística.³³

Em outras palavras, a norma jurídica criada na situação concreta está estruturada segundo o que Friedrich Müller denominou de “programa da norma” e “âmbito da norma”.

O **programa da norma** é o resultado, provisório e intermediário, da interpretação de todos os dados iniciais de linguagem, que servem como ponto de referência para relações reais da vida humana. A norma jurídica não está contida nos textos legais, que são compostos de formas preliminares: os textos de normas.

Estes textos não se confundem com a norma jurídica e são compreendidos como a sua forma linguística (teor literal), contendo informações relevantes sobre as ideias normativas fundamentais do enunciado e os questionamentos sob os quais o âmbito normativo deve ser observado, servindo como porta de entrada e orientação para o processo de concretização.³⁴

As formas linguísticas do texto normativo funcionam então como diretivas e limites da concretização possível, como fornecem importantes “indicações a respeito

Verdade e método I. 15. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis RJ: Vozes Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 433.

³³ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I.** Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

³⁴ Idem, 2009, p. 205.

das ideias normativas fundamentais da disposição e dos questionamentos sob os quais o âmbito normativo deve ser observado”.³⁵ Como a interpretação do texto normativo é parte importante, mas não a única, de sinais de ordenação normativa aplicada a problemas concretos, é mais adequado se falar de concretização de normas e não de interpretação ou exegese.³⁶

De outro lado, o **âmbito normativo** é parte da norma e deve ser considerado, conjuntamente, com o programa da norma, quando da concretização do direito à realidade da vida.³⁷ O âmbito normativo é constituído a partir da análise dos elementos do âmbito material e do programa normativo, e não se resume a uma somatória de fatos, mas do conjunto de elementos estruturais retirados da realidade social e histórica.³⁸ Ele fornece ao programa normativo “alternativas estruturais, fundadas em dados reais, para os seus modelos, os quais se confirmam ou se alteram”.³⁹

Portanto, o âmbito normativo, como componente estrutural da norma jurídica, é um projeto tipificador no campo das possibilidades reais daquilo que aparece regulado realmente como caso particular no âmbito de validade da norma concretizada.⁴⁰ Ele subdivide-se em âmbito material e âmbito do caso. O âmbito material representa a totalidade dos elementos reais do caso que possam contribuir para a análise da situação a ser decidida, enquanto o âmbito do caso designa um recorte mais preciso do âmbito material.⁴¹

Destarte, os elementos da estrutura da norma, “normativos” e “empíricos”, são interdependentes entre si na aplicação e fundamentação do direito que decidirá o caso concreto. No processo de concretização, “direito” e “realidade” não são pilares que subsistem autonomamente por si, ao contrário, se interagem e integram o processo de concretização da norma jurídica diante da problemática da situação particular.

³⁵ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 205.

³⁶ Ibidem, p. 204.

³⁷ Ibidem, p. 158.

³⁸ Ibidem, p. 158.

³⁹ Ibidem, p. 262.

⁴⁰ Ibidem, p. 199.

⁴¹ Os dados empíricos contidos no âmbito normativo, mesmo analisados sob o enfoque normativo, devem ser tratados como “elementos constitutivos integrais da concretização da norma” e que a fundamentação de complexas questões de direito constitucional não deve resvalar para a dedução aparentemente lógica ou para a ponderação subjetiva de valores. Ibidem, p.174.

Estes conteúdos materiais normativos devem ser racionalizados como partes integrantes da concretização de prescrições de direito público e de direito privado.⁴²

Os elementos estruturais mencionados atuam conjuntamente no trabalho efetivo dos juristas com vista à normatividade, “que pressupõe a concepção da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado”. Logo, a normatividade é a qualidade dinâmica da ordem jurídica de influenciar a realidade - normatividade concreta - e de ser influenciada e estruturada pela própria realidade - normatividade determinada pela coisa.⁴³

Ela se funda a partir do âmbito da norma, ou seja, resulta dos dados extralinguísticos da realidade social, verificados quando da concretização da prescrição jurídica, de modo a garantir a sua pertinência. A normatividade inclui não só as estruturas materiais reais do âmbito normativo, mas também as estruturas materiais deste próprio âmbito formuladas como estruturas cabíveis da realidade.⁴⁴ Dessa maneira, a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a concretização prática é concebida como um processo real de decisão.⁴⁵ No processo de concretização defendido pela Teoria Estruturante do Direito, “a norma aparece diferenciada de acordo com o âmbito normativo e com a ideia normativa fundamental do programa normativo”.⁴⁶

Em síntese, a **normatividade** é um processo estruturado e racional comprometido com as exigências do Estado de Direito, onde a análise da relação de normatividade com a norma e os textos de normas continua com a análise do âmbito empírico, e encontra neles os seus limites. Aspectos da realidade social apenas entram na dogmática e metódica jurídica no interesse da normatividade jurídica a serviço da racionalidade em vinculação com a norma.⁴⁷

No caso da licença-maternidade, meio de concretização do direito social à maternidade (art. 6º da CF), os direitos e princípios fundamentais a ela aplicáveis

⁴² MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 58.

⁴³ Idem, 2009 p. 15.

⁴⁴ Idem, 2009, p.224.

⁴⁵ Idem, 2000, p. 54.

⁴⁶ Idem, 2009, p. 197.

⁴⁷ Idem, 2013, p. 121.

ordenam e limitam o campo normativo a ser estudado, enquanto, de outro lado, são influenciados e condicionados pelos conteúdos materiais, históricos e sociais, relacionados às mulheres, às crianças, às famílias homoafetivas femininas e o vínculo materno formado entre eles, excluindo da normatividade os conteúdos desnecessários e irrelevantes para a solução do caso particular.

A **norma jurídica**, portanto, é um conceito complexo, onde estão o âmbito normativo e do programa normativo, construída a partir do caso concreto. Somente após o processo de concretização, destinado a solucionar a situação fática, é que surge a norma jurídica, fundamentada pelo agente ordenador como pela esfera ordenada. Assim, ela se encolhe rumo à recomendação não vinculante do juiz,⁴⁸ que deve extrair a decisão correta, com os seus pressupostos e critérios de aferição, apenas da própria situação particular. Portanto, o magistrado deve “incorporar a situação concreta no fundamento a sentença, caso esta deva ser materialmente adequada, deva fazer justiça ao caso individual”.⁴⁹

Destarte, proferida a sentença para o caso concreto, ela passa a ser norma jurídica. Entretanto, quando o dispositivo da sentença é aplicado a outros casos, a qualidade de norma não é mantida, tornando-se texto de norma, “passível de nova interpretação a fazer surgir novas normas para cada caso concreto a ser decidido”. Isto acontece porque, quando a norma é importada, ela se destaca de “toda a historicidade e oposicionalidade que a fizeram surgir”. O que se exporta é o texto escrito, que, em face de um novo conflito, fará aparecer uma nova sentença, logo, uma nova norma. Destarte, [...] a norma não é uma coisa em si que existe fora da problematização; para produzirmos a norma, precisamos contrapô-la às particularidades do conflito subjacente”.⁵⁰

Na prática, F. Müller descreve o processo de concretização da norma jurídica da seguinte forma. O jurista constrói a partir do conjunto normativo hipóteses sobre o

⁴⁸ Isto porque as normas jurídicas não existem simplesmente prontas, não estão disponíveis para aplicação técnica. A estrutura da matéria e do problema integram os elementos da sentença, a norma não é supérflua, mas necessária como ideia-diretriz materialmente caracterizada, normativamente estabilizadora. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

⁴⁹ Ibidem, p. 33 e 226.

⁵⁰ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p.299.

texto da norma que considera pertinentes. Das hipóteses ele chega aos fatos genéricos empiricamente vinculados a elas. Deste conjunto de fatos genéricos (o âmbito material), ele reduz a dados reais relevantes para a solução do caso (âmbito do caso). Com a ajuda de todos os elementos de trabalho que são, inicialmente, dados linguísticos, ele constrói o programa da norma. Na medida em que os dados reais do âmbito material ou âmbito do caso são relevantes⁵¹ diante do programa da norma e compatíveis com ele, eles constituem o âmbito da norma. O jurista interliga então o programa e o âmbito da norma na norma jurídica formulada genericamente, individualizando-a na direção da norma decisória.⁵²

1.1.2. O método de concretização da norma jurídica constitucional

A Constituição de um Estado apresenta-se como ordenamento global determinado pelo objeto, isto é, “como ordenamento global material oriundo de concretas situações reais”.⁵³ Desta forma, o método da Teoria Estruturante do Direito considera a “interpretação” constitucional uma concretização e permite ao intérprete determinar o conteúdo material da Constituição: o conteúdo da norma só se completa no ato da concretização da norma constitucional.⁵⁴

A concretização pressupõe a “compreensão” do conteúdo da norma que se interpreta, sendo relevante na operação de concretização o vínculo que prende a “compreensão prévia” do intérprete ao problema concreto a ser resolvido. A concretização e a compreensão somente são possíveis em face de uma situação concreta, ao passo que a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um determinado caso constituem um processo unitário, e não a “aplicação subsequente, a uma determinada hipótese, de algo preexistente, compreensível em si mesmo”. Não existe interpretação constitucional desvinculada do caso concreto.⁵⁵

Os conteúdos da prévia compreensão a serem diferenciados segundo o programa da norma, o âmbito da norma e a estrutura do caso, aumentam o número

⁵¹ Só fatos relevantes para o programa da norma e fatos conformes ao programa da norma podem determinar o conteúdo da decisão. MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 128.

⁵² Ibidem, p. 125-127.

⁵³ Idem, 2009, p. 226.

⁵⁴ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108-109.

⁵⁵ Ibidem, p. 109.

de pontos de vista que precisam de fundamentação e tornam possível nomear claramente conteúdos, “fazendo com que se possa distinguir de modo mais preciso quais razões da solução do caso foram desenvolvidas de modo racional e quais, como sempre de modo inevitável, foram obtidas a partir da avaliação mais imprecisa”.⁵⁶ A compreensão do que está inserido no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que deve ser constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. Para Hans-Georg Gadamer:

O fato de toda revisão do projeto prévio estar na possibilidade de antecipar um novo projeto de sentido; que projetos rivais possam colocar lado a lado na elaboração, até que se estabeleça univocamente a unidade do sentido; que a interpretação comece com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados; [...] todo este constante reprojeter que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar.⁵⁷

Destarte, o processo de concretização deve ser dirigido pelo objeto da interpretação, a Constituição, e pelo problema concreto.⁵⁸ O intérprete, ao se orientar pela tópica e limitado pela norma, deverá encontrar e provar pontos de vista favoráveis e contrários e fundamentar a decisão de modo mais esclarecedor e convincente possível. O intérprete apenas utilizará na tarefa de concretização pontos de vista que possuem relação com o problema, que exclui tópicos estranhos à questão.⁵⁹ Por isso, o intérprete “não deve se dirigir diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria”, mas examine expressamente essas opiniões “quanto à sua legitimidade, ou seja, quanto à sua origem e validade”.⁶⁰

Para o direito constitucional é questionável, em virtude da sua singularidade como direito fundante do ordenamento jurídico de um determinado país, se a aplicação tópica do direito pode efetivamente superar uma norma reconhecível,

⁵⁶ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 267.

⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 15. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis RJ: Vozes Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 356.

⁵⁸ É um método que aplica as categorias constitucionais à solução direta dos problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível conter-se em formalismos puramente abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 493.

⁵⁹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111.

⁶⁰ Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinado e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 15. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis RJ: Vozes Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 356 a 358.

concretizável, e decidir contra o texto claro da norma constitucional, quando ele não oferece nenhum ponto de apoio para uma solução do problema, que tenha sentido.⁶¹

Em razão disso, o intérprete está obrigado em incluir no seu programa normativo e respectivo âmbito normativo os elementos de concretização que lhe ministra a própria norma constitucional, bem como as diretrizes contidas na Constituição,⁶² em ordem de aplicação, coordenação e valoração desses elementos no curso da solução do problema.⁶³ Será tarefa de uma metódica racional⁶⁴ verificar até que ponto a normatividade e a visão estruturante da norma devem condicionar-se reciprocamente, especialmente no direito constitucional.⁶⁵

A Teoria Estruturante do Direito busca fornecer na área da metódica jurídica um modelo sistemático amplo de todos os elementos de concretização aplicados na prática jurídica e reconhecido pela ciência.⁶⁶ Nesse sentido, adota, primacialmente, a distinção entre a compreensão e interpretação do texto da norma e a análise do âmbito normativo relacionada aos dados reais. A interpretação do texto da norma é realizada mediante os seguintes elementos: a) metodológicos numa acepção estrita (métodos tradicionais de interpretação: gramatical, sistêmica, histórica e teleológica); b) dogmáticos; c) de técnica de solução; d) de teoria; e, e) de política constitucional.

⁶¹ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

⁶² Nesse sentido, o princípio da dignidade humana não constitui apenas como limite à atuação do Estado, mas, igualmente, como um horizonte para a sua ação positiva. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.48. No mesmo sentido, o princípio da dignidade humana é fundamento de todo sistema dos direitos fundamentais, de modo que estes representam “exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nessa devem ser interpretados”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 110. Enfim, os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade material das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que orientam o moderno Estado constitucional de Direito.

⁶³ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111.

⁶⁴ O método racional significa que o resultado da concretização seja discutível e compreensível em cada fase do processo de construção da norma. JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller: método jurídico sob o paradigma pós-positivista. *In: O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 225.

⁶⁵ A racionalização da aplicação do direito busca a inclusão metodicamente controlada dos teores materiais envolvidos na concretização das prescrições jurídicas. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 56.

⁶⁶ CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. *In: MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 p. 204.

A interpretação do texto da norma é considerada um importante norteador da concretização constitucional. É na análise do texto normativo que os “cânones” de interpretação tradicionais – gramatical, histórica, sistemática e teleológica - possuem relevância, não como espécies de “interpretação”, mas como “elementos de um processo interpretativo unitário, como atividades distintas, que devem operar unificadas, caso a interpretação queira ser bem-sucedida”.⁶⁷

A interpretação gramatical é aquela que tem como parâmetro o teor literal da norma e determina-se segundo os diferentes tipos de norma, umas mais precisas e outras mais amplas. Os princípios constitucionais geralmente estão abstraídos em graus diferentemente elevados na linguagem, o que significa diferenças materiais entre os âmbitos da norma.⁶⁸ Como a interpretação gramatical depende da estrutura da norma, e o âmbito normativo não está presente nos elementos linguísticos da norma, ela não fornece base suficiente para a concretização, prestando-se só para demarcar os limites possíveis do sentido da norma, ou seja, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. Decisões que desconsiderem o teor literal da constituição não são admissíveis.⁶⁹

A interpretação histórica aparece multiplamente ligada de forma pouco clara com suposições genéticas e, em virtude da ideia da univocidade, com suposições teleológicas. A interpretação sistemática precisa dos pontos de vista auxiliares, que apenas são adquiridos por meio da interpretação gramatical e histórica, assim como pela análise dos âmbitos normativos. Finalmente, a interpretação teleológica dificilmente é mais do que um “conceito embarcador de valores das origens mais díspares imagináveis”, para um campo materialmente quase ilimitado de possibilidades interpretativas.⁷⁰

Os elementos gramaticais, históricos, sistemáticos e teleológicos da concretização não podem ser isolados um dos outros como “métodos” autônomos, mas ligados à interpretação literal, de modo a dar maior precisão a possíveis variações de sentido no espaço delimitado no texto da norma, revelando-se, assim,

⁶⁷ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.51.

⁶⁸ Ibidem, p. 73

⁶⁹ Idem, 2000, p. 74-75.

⁷⁰ Idem, 2000, p. 77-78.

complementares e entrelaçados materialmente no processo de concretização da norma. Somente através da metódica proposta é possível distinguir entre a interpretação e o desenvolvimento do direito.⁷¹

Os elementos de “interpretação” resultam como indagações a uma prescrição que apresenta modelos históricos e materiais legislativos comparáveis. Dirigem-se a todas as normas jurídicas, pois cada uma delas possui o seu texto de norma - interpretação gramatical - que não representa apenas para si, mas relaciona-se com todo o ordenamento jurídico - interpretação sistemática - podendo ser questionada com vista ao seu sentido e à sua finalidade - interpretação teleológica.⁷²

Os elementos dogmáticos – jurisprudência, súmula vinculante, doutrina etc. - são fontes de conhecimento jurídicos estruturados linguisticamente, que se referem a textos não normativos. A jurisprudência representa pontos de vista históricos a comparação com decisões judiciais anteriores e a busca de razões de enunciados divergentes. Os enunciados da doutrina expressam a opinião dos seus autores sobre determinadas normas que, embora importantes, não geram o caráter vinculante no sentido desenvolvido da normatividade de normas jurídicas.⁷³

Os elementos de técnica de solução são manuais de orientação e de procedimento que tratam de problemas de estruturação da apresentação, de perguntas a serem dirigidas ao conjunto de fatos, entre outros, que apresentam propostas para a estratégia de técnica de solução de casos. Já os elementos de teoria - Teoria Geral do Estado ou Teoria Constitucional - são utilizados no processo de argumentação da concretização da norma, devendo aqueles que as adotam assumirem o risco e responsabilidade por sua defesa teórico-argumentativa e assegurá-las nas normas implementadas, de modo a obstar efeitos reducionistas. Para tanto, deve-se perguntar: Quão pouco ou muito espaço eles deixam para argumentos indiferenciadamente ideológicos? Até onde eles exigem, “admitem ou

⁷¹ MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 77.

⁷² Ibidem, p. 80.

⁷³ Ibidem, p. 92.

impedem uma fundamentação do processo de concretização que seja independente deles mesmos e em vez deles se orientem pelas normas?”⁷⁴

Os conteúdos dogmáticos, teóricos e de política jurídica, como técnicas de trabalho, influenciam consideravelmente e, às vezes, de modo decisivo na solução de casos jurídicos. Todavia, não possuem caráter vinculante, servindo apenas como argumentos no processo de concretização da norma de decisão.⁷⁵ É por isso que a Teoria Estruturante do Direito não coaduna com a ideia de enunciados de súmulas vinculantes e as teses de recursos repetitivos, que trazem contido uma norma já pronta e acabada para solução de casos futuros, de modo a desconsiderar a modificação e a alteração decorrentes das questões históricas, restando ao magistrado a simples tarefa de “juntar” o suporte fático ao texto normativo.⁷⁶

A análise do âmbito da norma, que se refere aos dados reais, é efetuada mediante a divisão funcional do trabalho com as ciências sociais, sendo que o jurista detém a responsabilidade com a formulação do problema.⁷⁷ Como a pretensão das normas constitucionais é ordenar a realidade das situações concretas existenciais, ter-se-á de aprender essa realidade nos moldes demarcados por seu programa normativo, em sua forma e caráter material determinado. Essa forma de atuação garante elementos adicionais de concretização e uma fundamentação racional, controlável e adequada solução do problema.⁷⁸ A teoria constitucional que pretenda ser teoria da constituição normativamente vigente elabora suas estruturas materiais

⁷⁴ De forma determinante quanto ao conteúdo e nem sempre introduzidos na concretização, eles contribuem especialmente para a pré-compreensão em teoria da constituição. “As concepções de Estado e as compreensões da Constituição atuam como processamento e fundamentação de determinados tipos de pré-compreensão”. MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 93-96.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 92.

⁷⁶ ABOUD, Georges; *et al.* **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 458.

⁷⁷ “A ligação a ser feita com o trabalho sociológico no sentido amplo do termo, a utilização de dados da sociologia, da ciência política, da economia e de outros dados exigidos pelo âmbito normativo da prescrição concretizada, no processo de aplicação do direito, coloca-se primacialmente para os juristas como uma tarefa”. MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 90.

⁷⁸ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112.

dos âmbitos das normas constitucionais,⁷⁹ ou seja, de tudo aquilo que determina o caso que deve ser solucionado e que fornece direcionamento a sua solução.⁸⁰

No processo de interpretação constitucional, destaca-se dois princípios autônomos ligados ao texto normativo que merecem especial atenção: o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição e o critério de aferição da correção funcional. Na maioria dos casos, correspondem a subcasos dos métodos de interpretação já descritos, diferenciando-se por conter a acepção dos direitos fundamentais como um sistema aberto, unitário e coerente,⁸¹ tendo em vista, sobretudo, o disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988.

Pelo princípio da interpretação em conformidade com a constituição o texto normativo deve ser interpretado de modo a ser compatível com os princípios constitucionais. Segundo o princípio, uma lei não deve ser declarada nula quando possa ser interpretada em consonância com o texto constitucional. Tal situação acontece, especialmente, quando um conteúdo ambíguo ou indeterminado da norma se torna preciso graças aos conteúdos da Constituição.⁸²

A relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição, obrigam a que, em nenhum caso, se contemple a norma isoladamente, mas, ao contrário, sempre no conjunto em que ela deve estar situada. Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a evitar contradições com outras normas constitucionais. Da mesma forma, nenhuma norma deve ser declarada nula quando a inconstitucionalidade não é evidente, mas apenas que existem reservas, por mais sérias que elas sejam.⁸³

Na interpretação conforme a Constituição, as normas constitucionais não são apenas normas-parâmetro, mas também normas de conteúdo na determinação do

⁷⁹ MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 90.

⁸⁰ JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller: método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 223.

⁸¹ MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 81.

⁸² HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118-119.

⁸³ *Ibidem*, p. 113.

conteúdo das leis ordinárias. Não só as leis emanadas sob a vigência da Constituição devem ser interpretadas em conformidade com esta, como o direito anterior ainda vigente deve ser adaptado à nova realidade constitucional. Nesse sentido, o princípio tem como objetivo dar coesão e unidade a Constituição.⁸⁴

Na interpretação constitucional os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados, e não ponderados entre si, de maneira que, na solução do caso concreto, todos tenham sua identidade preservada, para que alcancem uma efetividade ótima. A ponderação de bens carece de um critério orientador no que tange às suas valorações; não porque lhe falte sustentação, mas porque, a cada momento, corre-se o risco de sacrificar a unidade da Constituição.⁸⁵ A ponderação de diferentes pontos de vista da concretização da norma não pode substituir o esforço da interpretação. Ela a pressupõe.⁸⁶ Para Lenio Streck:

Os problemas ligados à ponderação residem no deslocamento da hierarquização “ponderativa” em favor da subjetividade do intérprete. No fundo, volta-se, com a ponderação, a discricionariedade, apenas sob a ilusão de um suporte metodológico.⁸⁷

Em F. Müller, a racionalidade e o controle intersubjetivo do ato de compreensão, interpretação e aplicação do direito apenas se mostram viáveis mediante uma concretização da norma jurídica após uma árdua análise e delimitação do campo normativo de cada norma. Não há espaço, destarte, para pretensas colisões, pois a norma simplesmente se revela como não aplicável a situação particular e não se vê envolvida, portanto, em qualquer colisão relevante.⁸⁸

O critério da correção funcional determina que a instância decisória não deve modificar a distribuição constitucionalmente normatizada das funções nem por meio do modo de concretização ou do seu resultado, tendo em vista que a concretização é afetada por prescrições democráticas e especialmente por prescrições relativas ao

⁸⁴ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 114-115.

⁸⁶ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.281.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 154.

⁸⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 244 a 293.

Estado de Direito.⁸⁹ Isto se aplica, na visão de Konrad Hesse, às relações entre a Corte Constitucional e o poder legislativo: porque ao “tribunal” só compete, em face do legislador, uma função de controle, lhe sendo proibido interpretação que restrinja a liberdade de conformação do legislador para além dos limites definidos pela Constituição ou uma conformação feita pelo próprio Tribunal.⁹⁰

Para a Teoria Estruturante do Direito, contudo, a norma não se confunde com o texto normativo. Ela é fruto de um complexo processo de concretização, onde estão envolvidos o âmbito e o programa da norma. O enunciado deve ser compreendido “em cada momento e em cada situação de uma maneira nova e distinta, justamente porque ele não é a norma pronta a ser aplicada ao caso concreto”. Embora o teor literal do texto seja o mesmo, “pode-se tornar-se múltiplos textos a partir de suas interpretações e compreensões durante o processo histórico de aplicação”. A interpretação e concretização do direito “não são procedimentos estanques”, recebendo a intervenção da historicidade e da pré-compreensão do intérprete. Portanto, não se pode falar em vontade da lei ou mesmo em vontade do legislador, porquanto a norma jurídica sempre é resultado da interpretação de cada caso particular, influenciado pela realidade e pelos momentos históricos. Ela é um “construir perante o caso concreto a ser decidido”.^{91 92}

De lado outro, os textos normativos, como todo tipo de linguagem, possuem, normalmente, uma certa indeterminação semântica, ou seja, seus limites não estão claros e são difíceis de definir, o que leva a Corte Suprema a realizar uma

⁸⁹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 115.

⁹¹ Apenas faz sentido falar de controle de constitucionalidade se a aplicação do direito não for algo dependente da vontade da lei ou do legislador. ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 244 a 259.

⁹² Uma norma pode tornar-se obsoleta sem que seu texto literal tenha sido modificado e sem que haja uma revogação formal, isto é, sem que tenha deixado de ser norma. Embora o texto literal permaneça inviolado, não pode mais ser juridicamente concretizado, servindo apenas como um ponto de vista histórico e das ciências humanas. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 202. Para Hans-Georg Gadamer o intérprete, embora não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, não pode prender-se ao que informam os protocolos parlamentares sobre a intenção dos elaboradores da lei. Pelo contrário, “deve admitir que as circunstâncias foram mudando, precisando assim determinar de novo a função normativa da lei”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 15. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis RJ: Vozes Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 429.

interpretação do texto legal conforme a constituição.⁹³ A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem a capacidade de alterar, mesmo que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador, o que leva a uma modificação dos sentidos originais do texto. Além disso, a doutrina reconhece a existência de direitos fundamentais implícitos, o que significa que na Constituição “está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido”, à vista da “[...] concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada pelo art.5º, §2º, da nossa Constituição”.⁹⁴

Finalmente, em determinadas situações, tem-se uma evidente ausência de regulação legislativa, especialmente, em relação às uniões homoafetivas, o que provoca insegurança jurídica e proteção deficiente aos seus membros, que buscam o reconhecimento de direitos fundamentais no âmbito do Estado e nas relações públicas e privadas. Trata-se, como se percebe, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que concretiza uma liberdade que deve ser protegida, livre de preconceito e de qualquer outro tipo de discriminação e, nesse aspecto, não se adere ao ativismo judicial,⁹⁵ mas ao cumprimento da própria essência de jurisdição constitucional: assegurar a existência e concretização de princípios e direitos fundamentais constitucionais.⁹⁶

⁹³ Para F. Müller, muitos textos de norma são formulados de modo deficiente. Mesmo quando o sentido da palavra é claro, é somente em casos-limite bem raros e concretamente estabelecidos que o dispositivo literal é suficiente para regulamentar normativamente casos específicos. Ibidem, MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 208.

⁹⁴ A omissão de previsão formal na Constituição não implica obrigatoriamente a impossibilidade do reconhecimento de determinado direito fundamental, notadamente em razão da não exaustividade do catálogo constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 80.

⁹⁵ Por ativismo judicial compreende-se a atuação dos magistrados a partir de um desapego da legalidade vigente para fazer prevalecer, através da decisão, sua própria subjetividade. No aspecto funcional, representa a atuação insidiosa do Judiciário em relação aos demais Poderes, sobretudo, ao Legislativo, na medida em que “a decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição”. ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 1.398.

⁹⁶ A argumentação mencionada foi lançada no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes que, ao interpretar a expressão “união estável entre homem e mulher” contida no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o fez conforme a constituição, de modo a incluir nela as uniões de casais do mesmo sexo, com base na interpretação de direitos fundamentais como o da igualdade e da liberdade, que concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito constitucional. SUPREMO

A esse respeito, a doutrina elenca quatro funções essenciais a serem realizadas pela jurisdição constitucional: 1) Limitar o Poder Público; 2) Garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no corpo do texto constitucional e nos tratados internacionais que o Brasil seja signatário; 3) Corrigir os equívocos e omissões do Poder Legislativo; 4) Conferir, em termos dogmáticos, coerência e garantir a preservação da própria autonomia do Direito, especificamente, da Constituição Federal.⁹⁷ A deferência a tais funções não permite que os intérpretes desconsiderem o texto constitucional nem os motivos dos que a fizeram; antes, procuram coloca-los no contexto histórico adequado.

Portanto, os métodos e princípios descritos concentram em estruturar o processo de concretização da norma, de modo que a atividade do intérprete possa estar vinculada à verificabilidade e racionalidade metodológica, não se dissolvendo, em última instância, o teor da obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional.⁹⁸ O texto da Constituição não contém a norma em si, ele possui normatividade para, em conjunto com os elementos do âmbito normativo do caso concreto, construir a norma jurídica. Contudo, “ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais de concretização”.⁹⁹

1.1.3. Conflito entre os elementos da concretização da norma jurídica

No conflito entre os elementos da concretização da norma jurídica, Friedrich Müller estabelece uma hierarquia entre eles. Em regra, os elementos diretamente relacionados com a norma, programa normativo e âmbito normativo, prevalecem sobre os elementos não referidos a norma, que desempenham apenas funções auxiliares, à exemplo dos elementos dogmáticos (doutrina e jurisprudência). Essa regra de preferência é normativa, à medida que o exercício da função estatal deve estar vinculado à Constituição e ao Direito.¹⁰⁰

TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 132/DF**, Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 mai. 2011, dje-198, divulgação 13 out. 2011, pub. 14 set. 2011, ementa vol. 02607-01, p. 00001.

⁹⁷ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 437.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, p.510.

⁹⁹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 257.

¹⁰⁰ MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 100.

Em caso de conflito entre os elementos da concretização não diretamente referidos as normas - elementos dogmáticos, de política constitucional e de teoria - de um lado; e os elementos relacionados a norma - elementos do âmbito da norma - de outro, deve prevalecer o último, tendo em vista que se pode comprovar por eles que as normas de decisão antes elaboradas pela prática jurídica e pela ciência e transmitidos pelos enunciados dogmáticos, podem não corresponder a concretização da mesma norma jurídica diante de um novo contexto sociocultural e histórico, com vistas ao caso pendente. Assim, “o esforço da concretização deve ser retomado sem a ajuda do trabalho anterior sobre a norma”.¹⁰¹

Caso o conflito aconteça entre os elementos do âmbito normativo e os elementos metodológicos numa acepção estrita (gramaticais e sistemáticos), estes, por se referirem diretamente a interpretação dos textos de normas, prevalecem sobre os resultados empíricos provenientes do âmbito da norma, por razões inerentes ao Estado de Direito, embora possuam a mesma hierarquia.¹⁰² Se é assim, o programa normativo deve autorizar a concretização da norma, sendo vedado interpretar ou aplicar o direito sem que haja disposição legal que o autorize.

Portanto, o programa da norma formulado a partir do texto da norma orienta o sentido da delimitação e limita não apenas o processo de escolha de pontos de vista materiais decorrentes do âmbito genérico de regulamentação da prescrição (âmbito material) e do âmbito do caso (conjunto de fatos do caso jurídico), mas todo o processo de concretização.¹⁰³

1.2. A Teoria Estruturante do Direito aplicada ao Direito de Família

A Teoria Estruturante do Direito, elaborada por Friedrich Müller, pretende fornecer na área da metódica jurídica um modelo sistemático abrangente de todos os elementos de concretização utilizados na prática jurídica e reconhecido pela ciência.¹⁰⁴ Ela sempre se empenhou em testemunhar em todos os seus campos de

¹⁰¹ MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 101.

¹⁰² Ibidem, p. 101.

¹⁰³ Ibidem, p.101.

¹⁰⁴ Idem, 2013, p. 209.

trabalho a realidade na qual o direito é usado e na qual ele se orienta e sempre se empenhou em testemunhar o que é o caso no direito.¹⁰⁵

Este método de trabalho jurídico, racional e verificável, está comprometido com o Estado Democrático de Direito,¹⁰⁶ mostrando-se indispensável para a concretização dos direitos fundamentais e princípios constitucionais voltados às relações familiares em suas diversas configurações, que possuem, no seu âmbito normativo, questões complexas, de alto grau de densidade e fortemente marcadas por dados reais e singularidades, “em função do qual tais direitos são normalmente assegurados como garantias constitucionais”.¹⁰⁷

No Direito de Família, o programa normativo conecta os direitos fundamentais a diversas áreas do direito e também da ciência, como a psicologia, psicanálise, sociologia e a medicina - que auxiliam o desenvolvimento dos respectivos âmbitos normativos pela inevitável interdisciplinaridade do pensamento jurídico - cujas mudanças não são, e nem poderia ser, acompanhadas pelo Estado, devendo o aplicador e intérprete da lei rever, modificar ou até superar o entendimento anterior, com vistas à futura concretização da norma jurídica de acordo com a realidade da vida como ela é, isto é, de acordo com a facticidade e a historicidade.

Nesse complexo cenário, a análise do âmbito normativo afetos às relações familiares fornece pontos de vista ligados aos dados reais e suas particularidades, bem como critérios que funcionam como pressuposto para aplicar os direitos fundamentais e princípios constitucionais, fornecendo argumentos passíveis de comprovação para superar antinomias que se revelam não como problema axiológico, mas como problema estrutural.¹⁰⁸

Para Müller, a análise do âmbito normativo contribui para articular metodicamente as normas de direitos fundamentais com reforços especiais da segurança de determinados âmbitos da vida social que são objetivamente delimitados

¹⁰⁵ MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 14.

¹⁰⁶ O Estado de Direito não permite a substituição da possível concretização racionalmente técnica do direito por filosofemas acerca da “essência” ou pela suposição apressada de sistemas de valores preestabelecidos. Idem, 2000, p. 89.

¹⁰⁷ Idem, 2008, p. 271.

¹⁰⁸ Idem, 2008, p. 274.

pelos dados reais, à exemplo do Direito de Família, bem como sua proteção que do ângulo histórico e sistemático limitam-se respectivamente a um campo de validade materialmente marcado. Para o autor:

A análise dos âmbitos normativos, como componente integral da normatividade materialmente determinada dos direitos fundamentais, aparece tanto mais necessária quando, ao lado das funções de direitos subjetivos e princípios axiológicos fundamentais, **todas as normas e direitos fundamentais podem ser entendidas como forças que seguram os âmbitos pessoais da vida social ou ordenamento parciais da vida social, com os quais determinadas realidades materiais e estruturas passíveis de serem explicadas têm correspondência na realidade social.**¹⁰⁹ (grifo nosso)

Com a constitucionalização do Direito de Família, os direitos e princípios fundamentais passaram a integrar, obrigatoriamente, o programa normativo dos temas que importam às relações familiares. Em consequência, amplia-se o campo de atuação do âmbito normativo da vida social afetado por tais normas, devendo seus elementos, de alto grau de densidade, complexidade e particularidades, serem valorados e incorporados ao processo de concretização da norma jurídica construída a partir da situação fática e atualizada para a norma-decisão, com a finalidade de produzir soluções que respeitem o novo estágio constitucional.

¹⁰⁹ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 275.

2. O PROGRAMA NORMATIVO DA LICENÇA-MATERNIDADE

Como examinado no capítulo anterior, a Teoria Estruturante do Direito pretende concretizar a norma segundo seus elementos estruturantes: programa da norma e âmbito da norma. No presente capítulo busca-se investigar os elementos do programa da norma, ou seja, quais as normas, doutrina e jurisprudência, constituem elementos relevantes no processo de concretização da licença-maternidade para mães que compõe uma relação homoafetiva do sexo feminino, tendo como desígnio a proteção da mulher, da criança e da família homoafetiva.

É correto afirmar que o Direito de Família se encontra em constante evolução. Novos núcleos familiares, antes socialmente ignorados e marginalizados, são reconhecidos e, com eles, a concretização de um conjunto de princípios e direitos fundamentais relacionados, constituindo parte importante do programa normativo constitucional, especialmente, em relação as uniões de casais homoafetivos, conforme declarou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.277, em conjunto com a ADPF nº 132/2008, do Distrito Federal.¹¹⁰

Em face disso, o intérprete do Direito é obrigado a buscar no alicerce constitucional os elementos linguísticos do programa normativo, que irradiam seus efeitos para o respectivo âmbito empírico, com vista a concretização que mais se aproxima de justa. Entre tais fontes estão os princípios – normas - que constituem importante fundamento para a compreensão, interpretação e concretização do direito positivo, onde se encontra a melhor possibilidade para adequação de Justiça nas relações familiares, de modo a “pensar e decidir o que é justo ou injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes”.¹¹¹

Contudo, a delimitação do uso dos princípios deve ater-se ao seu espaço normativo de atuação, que, ao mesmo tempo, define o campo de questionamento empírico e “oferece critérios materiais de concretização da norma, dirigida de forma normativa e os mais passíveis de controle possível”. Isto é, mais do que buscar o sentido de uma situação real da vida em sociedade é questionar a verdadeira estrutura

¹¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 132/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 mai. 2011, dje-198 divulg. 13 out. 2011 pub. 14-10-2011, ementa, vol. 02607-01, p. 00001.

¹¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57.

do âmbito normativo investigada pelo programa normativo dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.¹¹²

Os princípios têm assento na Constituição Federal de 1988, e, lado a lado com os direitos fundamentais - individuais, sociais e coletivos - nela prescritos, constituem a base do programa normativo da licença-maternidade postulada, indispensável para o enfrentamento do tema proposto, constituindo alicerce sólido, não só para compreender melhor as relações familiares homoafetivas, mas, igualmente, para conceder a elas a concretização de um direito que esteja próximo do ideal de Justiça. Para que isso aconteça, os princípios constitucionais devem ser vistos como normas de fechamento e não de otimização.¹¹³

2.1. Princípios constitucionais norteadores do Direito de Família

É indiscutível a importância dos princípios constitucionais para o ordenamento jurídico brasileiro. A dignidade da pessoa humana é o sustentáculo dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, sendo improvável pensar em direitos desprovidos da ideia e conceito de dignidade. É a partir dela que se chega aos princípios fundamentais do texto constitucional que determinam e orientam o âmbito normativo da licença-maternidade para casais homoafetivos do sexo feminino. São eles: o princípio da igualdade e respeito às diferenças; o princípio da pluralidade das formas de família; e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

2.1.1. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico brasileiro

A dignidade da pessoa humana é o princípio subjacente ao grande mandamento do respeito ao próximo.¹¹⁴ Na organização jurídica da família brasileira contemporânea não é possível prescindir ou aceitar textos normativos ou decisões

¹¹² MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 123-124.

¹¹³ A diferença entre hermenêutica e a teoria da argumentação é que enquanto esta última entende os princípios como mandados de otimização, compreendendo-os como abertura interpretativa, a hermenêutica parte da tese de que “os princípios introduzem o mundo prático no Direito, fechando a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 155.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 271

legislativas, administrativas e judiciais que não estejam assentadas ou desconsiderem a dignidade da pessoa humana.¹¹⁵

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial comum a todas as pessoas humanas, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.¹¹⁶ Desse modo, viola o princípio todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, equiparando-lhe a um objeto, ao descaracterizar a pessoa humana como sujeito de direitos. Como bem esclareceu Immanuel Kant: “as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade”.¹¹⁷

O princípio encontra-se em programas normativos internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, já no primeiro artigo, dispõe que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos [...]”. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inc. III,¹¹⁸ destacou, em razão da sua importância, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito; e norma-guia para todos os princípios e direitos fundamentais nela inclusos. Reconheceu que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, pois é o homem “a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.¹¹⁹

O princípio possui *status* de valor fundante da ética e da soberania, que sobrepõe, a princípio, a todos os bens, valores ou princípios constitucionais.¹²⁰ Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar, valorizando tudo que esteja associado ao livre

¹¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 111.

¹¹⁶ LOBÔ, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

¹¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2005, p. 77-78.

¹¹⁸ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...). III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 13 jan. 2020.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 99.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, *et al.* **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

desenvolvimento da personalidade.¹²¹ É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.

Então, qual seria a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para as relações de Direito de Família?

A Constituição da República, no artigo 226, *caput*, e §7º,¹²² deu destaque especial à família, como meio de garantir a dignidade da pessoa humana. O Direito de Família está ligado a dignidade humana e, desta maneira, promove a sua interlocução com as demais normas a ele conexas, constituindo um sistema harmônico e unitário, com a finalidade de assegurar a comunhão plena de vida, não apenas dos cônjuges ou aqueles unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar contemporânea.¹²³

É o reconhecimento pelo Estado de que todo ser humano tem seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser menosprezada por nenhum poder, na medida em que a autonomia e o direito à autodeterminação da pessoa são elementos nucleares da dignidade da pessoa humana. Logo, reivindicar, através do princípio, que o Estado reconheça a dignidade das pessoas é “exigir que ele garanta a todos, direitos que podem ser considerados válidos para um ser humano capaz de compreender o que é o bem”.¹²⁴

Nesse contexto, não se pode esquecer de que as estruturas familiares estão em constante mutação. Hoje, a família converteu-se em local de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de sua dignidade.¹²⁵ Para lidar com tais mudanças, não basta a simples interpretação literal do texto constitucional, é preciso buscar no âmbito normativo - constituído por

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 274.

¹²² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) §7º. Fundados nos princípios da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 13 de maio de 2020.

¹²³ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 46.

¹²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 117.

¹²⁵ LOBÔ, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

elementos empíricos de todas as áreas da ciência, como da sociologia, da psicologia e da psicanálise¹²⁶ - os conteúdos complementares e indispensáveis à compreensão e concretização da dignidade da pessoa humana no caso concreto.

Não adianta assegurar respeito à dignidade da pessoa humana, enquanto houver segmentos-alvo de exclusão social; tratamento desigual entre homens e mulheres; e a homossexualidade for vista “como crime, castigo ou pecado”. A sexualidade compõe a condição humana e ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver garantido o respeito ao exercício da sexualidade, que compreende “a liberdade sexual e a liberdade de livre orientação sexual”.¹²⁷

A sexualidade integra a própria natureza humana e engloba a sua dignidade. Por isso, todo ser humano possui o direito de “exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outro direito fundamental”.¹²⁸ A orientação sexual praticada no campo da privacidade não comporta restrições, o que configura ofensa à liberdade fundamental a que tem direito todo ser humano, no que tange à sua condição de vida. Para José Carlos Giorgis, citado por Maria Berenice Dias:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.¹²⁹

Destarte, a expressão constitucional, que é superior a resistência pontual em dadas parcelas da sociedade, é no sentido principiológico da reverência à dignidade

¹²⁶ É a partir da psicanálise que se resgata o sujeito com todas as suas singularidades e subjetivismo, este último ligado ao inconsciente, a dar a ele um lugar de sujeito único. A psicanálise traz de volta a valorização do sujeito. No Direito de Família tem especial contribuição, pois, ao revelar o sujeito inconsciente, trará “à consciência a verdadeira razão do litígio”. Daí, porque, ao desnudar uma realidade psíquica, torna-se possível entender “alguns processos patológicos irracionais” comuns no cotidiano da prática jurídica das relações de família. Em relação a igualdade entre homens e mulheres, a psicanálise teve o mérito de apontar para o “desconhecido mundo feminino”, já que todas as referências de identidades sociais foram feitas a partir do patriarcalismo. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65 a 71.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Família homoafetiva**. Disponível em: < <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2282>> Acesso em: 10 set. 2019.

¹²⁸ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. In DIAS, Maria Berenice. **Família homoafetiva**. Disponível em: < <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2282>> Acesso em: 10 set. 2019. *Ibidem*, p. 44.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 44.

da pessoa humana e a edificação de uma sociedade fraterna, pluralista e livre de preconceitos e discriminações, que contém à maternidade, à criança, à mulher e à família, em todas as suas configurações, como um dos seus fundamentos. Mais do que buscar o sentido de uma situação real da vida em sociedade é questionar a verdadeira estrutura do âmbito normativo investigada pelo campo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana.¹³⁰

Portanto, incentiva-se à liberdade, à vida e o cuidado com o seu mais tenro desenvolvimento, e, desse modo, fomenta-se a convivência humana saudável, promovendo o crescimento do ser em todos os seus sentidos, sob o primado da dignidade da pessoa humana e do “direito a felicidade”, consoante preceituou o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 898.060/SC,¹³¹ ao defender a possibilidade de manutenção, simultânea, entre paternidade biológica e socioafetiva:

Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. [...] Direito de Família [...]. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). [...]. Multiplicidade de vínculos parentais [...] concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade.

Em seu voto, o Min. Luiz Fux destacou que, no campo constitucional, a família atual exige a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da busca da felicidade. O reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, como entidade familiar, “[...] conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil”.¹³²

¹³⁰ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 275.

¹³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21 set. 2016, processo eletrônico repercussão geral - mérito dje-187, divulg. 23 ago. 2017, pub. 24 ago. 2017.

¹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21 set. 2016, processo eletrônico repercussão geral - mérito dje-187 divulg. 23 ago. 2017, pub. 24 ago. 2017.

A compreensão das famílias contemporâneas obriga o reconhecimento da tutela normativa a “todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar”, dentre as quais, a parentalidade pela afetividade. Os núcleos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade. Por conseguinte, são merecedoras de tutela jurídica coexistente para todos os fins de direito “os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, com o objetivo de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º)”.¹³³

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal apregoam o culto à dignidade humana, à liberdade, à autodeterminação, à igualdade, ao pluralismo, à intimidade, à não-discriminação e, em essência, ao direito à felicidade. Percebe-se que os direitos e garantias fundamentais constituem concretizações específicas do princípio da dignidade da pessoa humana, com dupla função: “constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo que asseguram limites/restrições à atuação do Estado”.¹³⁴ Portanto, o princípio está no núcleo essencial do programa constitucional do Direito de Família, seja no campo dos direitos à integridade física, que contém o direito à vida e ao próprio corpo, seja nos direitos à integridade moral, abrigo dos direitos à honra, à imagem, à privacidade.¹³⁵

2.1.2. Princípio da igualdade e respeito às diferenças

A igualdade e respeito às diferenças constitui um princípio fundamental da Constituição para o sistema normativo brasileiro, especialmente, para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito, logo, não há justiça.¹³⁶

¹³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21 set. 2016, processo eletrônico repercussão geral - mérito dje-187 divulg. 23 ago. 2017, pub. 24 ago. 2017.

¹³⁴ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 442.

¹³⁵ No plano da integridade física colocam-se questões contemporâneas de grande complexidade e implicações éticas, como as que envolvem transplantes de órgãos, transexualidade, gestação de útero alheio, reprodução assistida. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276.

¹³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 166.

O discurso da igualdade está intimamente vinculado à cidadania e pressupõe também o respeito às diferenças.¹³⁷ Por isso que alguns autores defendem a existência de um outro tipo de igualdade: a igualdade como reconhecimento, que expressa o “respeito devido às minorias, sua identidade e diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais que o respeito à diferença”. Se todos são iguais perante a lei, todos devem estar incluídos no laço social.¹³⁸

O necessário discurso da igualdade traz consigo um paradoxo: quanto mais se declara a universalidade da igualdade de direitos mais abstrata se torna a categoria desses direitos. E quanto maior a abstração, mais se ocultam as diferenças geradas pela ordem social. Para produzir um discurso ético, respeitar a dignidade da pessoa humana e atribuir cidadania, é preciso ir além da igualdade genérica.¹³⁹ Aspira-se à igualdade material, precisamente porque existem desigualdades. A igualdade, por exemplo, não apaga as diferenças entre homens e mulheres, que não podem ser ignoradas pelo direito e nem pelo Estado, sob pena de ocorrer “a eliminação das características femininas”.¹⁴⁰

De fato, a construção da verdadeira cidadania somente é possível na diversidade. A “formação e construção da identidade se faz a partir da existência de um outro, de um diferente”.¹⁴¹ Para que isso ocorra, devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças, incluindo todos os cidadãos sob a mesma tutela jurídica, de modo a assegurar proteção ao indivíduo e suas estruturas de convívio, independentemente de orientação sexual.¹⁴²

¹³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 166.

¹³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

¹³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 166.

¹⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

¹⁴¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 p. 167.

¹⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 272. Por orientação sexual compreende-se a orientação homo, hetero ou bissexual do desejo do indivíduo, que conta com os seus modos de expressar e de ser, logo, de uma singularidade. Esses modos podem representar ou não às expectativas socialmente concebidas em torno do masculino e feminino. WASEDA, Daniela; *et al.* Casais homoafetivos femininos: demandas do ciclo vital familiar e aceitação social. **Pensando fam.**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 115-131, dez. 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2016000200009&lng=pt&nrm=iso>. acesso em: 25 ago. 2020.

O princípio da isonomia pressupõe a igualdade baseada em três dimensões: a) formal; b) material ou substancial; e c) prospectiva. Para a igualdade formal,¹⁴³ todos são iguais perante a lei (artigo 5º, *caput*, da CF),¹⁴⁴ tanto na concepção como na concretização da norma, obstando, destarte, privilégios em razão da origem, do sexo, do sangue e do estamento social; no sentido de conceder e garantir aos indivíduos de uma mesma categoria igual tratamento.

A igualdade material acolhe a normatividade vinculante dos princípios constitucionais, onde a principal consequência é a eficácia dos direitos fundamentais e o reconhecimento da força normativa do princípio da igualdade para todo ordenamento jurídico na efetiva redistribuição de poder social. A igualdade material só adquire importância na medida em que se agrega uma finalidade específica, para que as pessoas possam a ser iguais ou diferentes segundo um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve.¹⁴⁵

Finalmente, a igualdade prospectiva significa a construção dos institutos e das instituições jurídicas a partir dos fatos sociais e culturais, seja pela força constitutiva dos fatos, seja por imposição da realidade humana e social,¹⁴⁶ tendo como exemplo, o respeito e tolerância a criação de redes de proteção a minorias vulneráveis, favorecendo, com isso, a existência de um mundo potencialmente aberto a diferença. Neste sentido, Paulo Lobo destaca que:

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar **as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades**. Homem e mulher são diferentes; pais e filhos são diferentes; criança e adulto ou idoso são diferentes; a família matrimonial, a união estável, a família monoparental e demais entidades familiares são diferentes.¹⁴⁷ (grifo nosso).

¹⁴³ O princípio da igualdade formal dirige-se ao legislador, “vedando-lhe que edite normas que contrariem, à administração pública, para que implemente políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros”. LOBÔ, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

¹⁴⁴ 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 (...). BRASIL Constituição Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 19 out. de 2019.

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 193.

¹⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Entrevista**: Constitucionalização do direito privado. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/entrevistas/constitucionalizacao-do-direito-privado/15740>. Acesso em: 19 out. 2019.

¹⁴⁷ LOBÔ, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

À vista disso, concretizar o princípio da igualdade implica dar tratamento diferenciado em determinadas situações fáticas para que o princípio possa se fazer valer, que serão demarcadas segundo seu âmbito material.¹⁴⁸ Mais que isso, como considerar as saudáveis e naturais diferenças dos gêneros dentro do princípio da igualdade? Sem essa reflexão não aplicamos acertadamente o princípio da igualdade e, então, fere-se a dignidade da pessoa humana ao retirar da *cena* jurídica as particularidades psíquicas e culturais de cada gênero.¹⁴⁹

É da análise do programa normativo que delimita o alcance do âmbito normativo - composto por elementos da normatividade jurídica concreta - que se buscará à igualdade, em todas as suas dimensões, a fim de englobar nela o respeito as diferenças, à luz do princípio da dignidade humana. Só no processo de compreensão e concretização da norma em norma-decisão, que o juiz decidirá se os elementos “iguais” ou “diferentes”, são essenciais e satisfatórios.¹⁵⁰

As diferenças fáticas do âmbito da vida humana, regulamentado e avaliado segundo os aspectos da justiça material e do enunciado normativo em particular, não são tratadas apenas como ponto de referência conceituais de argumentação metódico-verbal, “mas com a peculiaridade e importância de sua faticidade empiricamente constatada como fatores integrais da decisão judicial, como pressuposto da norma decisão”.¹⁵¹

Em nome do princípio da igualdade e respeito às diferenças é necessário garantir direitos “a quem a lei ignora”, mediante critérios pré-estabelecidos pela metódica estruturante proposta, pois a norma jurídica não está nem pronta e nem passível de ser aplicada, dependendo das diferenças fáticas do âmbito empírico normativamente avaliadas e incorporadas à decisão.¹⁵²

¹⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 174.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 173.

¹⁵⁰ A norma decisão é o estado de agregação mais individualizado da norma jurídica. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 156.

¹⁵¹ *Idem*, 2009, p. 148.

¹⁵² MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 148.

É no processo de concretização da norma em face da situação concreta que se deve extrair a normatividade decorrente do princípio da igualdade, de modo a reconhecer o déficit de liberdade o qual estão sujeitos as pessoas que compõe uma relação homoafetiva, seja esta relação masculina ou feminina, onde pode ocorrer indevidos juízos de exclusão destes indivíduos do campo das liberdades juridicamente protegidas. A esse respeito, cita-se lição de Carlos Ruzyk:

A ausência de apreensão jurídica e de proteção da autodeterminação dessas famílias **restringe a liberdade, importando em atípica intervenção por meio de uma determinada forma de “silêncio legal”**. A relação intersubjetiva que tinha uma face definida pela vivência das liberdades das partes deixa de ser reconhecida como tal. Aquilo que deflui da autodeterminação deixa de reger os rumos da vida desses indivíduos, **pois esse Direito, ao silenciar, [...] acaba por direcionar comportamentos para os rumos atinentes aos modelos expressamente chancelados pela norma.**¹⁵³ (grifo nosso).

De outro lado, a democracia pressupõe também a igualdade de poder político. Numa democracia o poder está na mão do povo, todavia, nenhuma democracia assegura a igualdade genuína de poder político. É verdade que membros de minorias organizadas possuem, como indivíduos, menos poder que indivíduos de grupos que são majorias e mais poderosos. Tais minorias têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico em relação aos seus direitos, que pressupõem direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado. Se seus direitos forem reconhecidos por um Tribunal, esses direitos serão exercidos, “a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-lo”.¹⁵⁴

Nesse aspecto, membros de minorias organizadas encontram na jurisdição constitucional a proteção e garantia de que seus direitos fundamentais serão reconhecidos, compreendidos e concretizados, pois o viés majoritário do legislativo funciona com maior severidade contra eles, e, conseqüentemente, “há maior probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum”. Se o Poder Judiciário toma a proteção de direitos individuais e coletivos como sua responsabilidade, então “as minorias ganharão em poder político”, à medida que o

¹⁵³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade (s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 134-135.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p.31.

acesso ao Judiciário é efetivamente possível e que as decisões dos tribunais acerca dos seus direitos são efetivamente fundamentadas.¹⁵⁵

Portanto, os preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam arbitrariamente silenciosos os legisladores, não podem levar o magistrado a se calar. Não se trata de voluntarismo ou ativismo, mas de reconhecer a força normativa dos princípios e a importância da teoria dos direitos fundamentais. É imperioso que, em nome da igualdade e respeito às diferenças, assegure direitos a todas as situações merecedoras de tutela, à exemplo do reconhecimento e proteção às uniões homoafetivas do sexo feminino,¹⁵⁶ cujas especificidades devem integrar a norma decisão quando da análise do programa e do âmbito normativo da licença-maternidade endereçada a estas entidades familiares.

2.1.3. Princípio da pluralidade de formas de família

O princípio da pluralidade das formas de família teve o seu marco histórico na Constituição Federal de 1988, que rompeu com o modelo familiar fundando apenas no casamento, ao dispor sobre a união estável e a família monoparental, reconhecendo a existência de várias possibilidades de núcleos familiares.¹⁵⁷

Ao trazer o conceito de entidade familiar, a Constituição reconheceu a existência de relações afetivas fora do casamento, não sendo possível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade.¹⁵⁸ Em face disso, a enumeração contida no artigo 226 da Carta da República é apenas exemplificativa. Logo, ampliar o rol de entidades familiares

¹⁵⁵ É ofensivo ao princípio da igualdade e incompatíveis com uma teoria da representatividade pautada na igualdade de atenção e de respeito, restrições à liberdade impostas pelo Estado, justificadas pela alegação de que a maioria julga repugnante a homossexualidade, ou desaprova a cultura que ela gera. DWORNIK, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p.32 e 99.

¹⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 51.

¹⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 199.

¹⁵⁸ [...] afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; e ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente. LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 200.

passíveis de apreensão jurídica é aceitar possibilidades de eficácia e, por consequência, o reconhecimento de direitos e deveres.¹⁵⁹

A família é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição vislumbra a sua importante contribuição na promoção da dignidade da pessoa humana. Destarte, a análise da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: “merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado, a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes”.¹⁶⁰

A família passou então a ser aquela que se compõe a partir de um elo de afetividade, de comunhão do amor, onde toda e qualquer forma de discriminação e preconceito afronta o princípio basilar do Direito de Família. Com a personalização dos membros da família, eles passaram a ser respeitados em sua esfera mais íntima, na medida em que disso depende a própria sobrevivência da família, que é um instrumento para realização pessoal de seus membros.¹⁶¹ Para Ruzyk:

Se a proteção jurídica é destinada à pessoa de cada componente da família, não é relevante saber qual é o modelo em que essa pessoa está inserida para efeitos de admitir ou não a proteção. [...] **O respeito a diferença integra a proteção da pessoa no âmbito da família.**¹⁶² (grifo nosso)

A Constituição tem como fundamento o respeito à dignidade da pessoa humana, que orienta todo o sistema jurídico e implica “dotar o princípio da igualdade de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas”.¹⁶³ O artigo 5º, *caput*, por sua vez, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, declara que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”,

¹⁵⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 331.

¹⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio.** In: Temas de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 328-329.

¹⁶¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 200.

¹⁶² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 333.

¹⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Família homoafetiva.** Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2282>> Acesso em: 10 set. 2019.

garantindo, de modo expresso, o direito à liberdade e igualdade, que, com isso, veda todo tipo de discriminação e preconceitos.

As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, proíbem discriminar a conduta afetiva no que tange à inclinação sexual, exigindo do Estado um dever de proteção aos direitos das minorias, com base no artigo 5º, inc. XLI, da CF.¹⁶⁴ Nessa perspectiva, os direitos fundamentais exercem função contramajoritária, com objetivo de assegurar “a existência de posição juridicamente garantida contra decisões políticas de eventuais majorias políticas”, sendo a jurisdição constitucional o instrumento de caráter jurisdicional capaz de limitar o poder da maioria em relação à minoria.¹⁶⁵

Negar vigência a tutela jurídica de direitos fundamentais às uniões homoafetivas é afastar um dos fundamentos da República do Brasil, expresso no artigo 3º, inc. IV da Constituição de 1988: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Com efeito, a função contramajoritária dos direitos fundamentais garante, ao fim e ao cabo, a força normativa da Constituição e a preservação e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁶

A homossexualidade existe e é um fato social que se impõe, estando a merecer a tutela judicial.¹⁶⁷ O estigma do preconceito não pode justificar que um fato social relevante não disponha de efeitos jurídicos concretos, ou seja, que seja simplesmente excluído do âmbito do programa da Constituição Federal de 1988. Como todo segmento-alvo do preconceito e da discriminação social, “as relações

¹⁶⁴ Art. 5º. (...) XLI. A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais. BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 06 mai. 2020.

¹⁶⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 442.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 445.

¹⁶⁷ Segundo dados do Censo 2010 divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui 60.002 casais homossexuais convivendo juntos. O número pouco expressivo não reflete a realidade, notadamente em razão da discriminação, da falta de um modelo institucional e de autoproteção destas pessoas. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv49230.pdf> Acesso em: 06 mai. 2020.

homoafetivas sujeitam-se à deficiência de normatização jurídica, sendo deixadas à margem da sociedade e à míngua do Direito”.¹⁶⁸

Esses preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado legislador, executor e julgador. No caso de haver omissão do legislador em regular situações dignas de tutela - que deveria estar atento às estruturas básicas do conteúdo social e histórico relativo ao âmbito da norma das relações homoafetivas masculinas e femininas - a plenitude do reconhecimento de direitos deve ser implementada pelo magistrado, que não pode negar proteção jurídica ou permitir a violação de direitos sob a alegação de “ausência de lei”,¹⁶⁹ notadamente quando existe um catálogo de direitos e garantias fundamentais no texto constitucional, bem como de direitos fundamentais implícitos, passíveis de concretização no momento em que a problematização é trazida a linguagem.

Em decisão histórica e ilustrativa, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 132/2008, em conjunto com a ADI 4.277/2009 do DF,¹⁷⁰ reconheceu a pluralidade dos tipos de família, a isonomia entre os casais heteroafetivos e homoafetivos, e proibiu a discriminação ou preconceito em virtude do gênero ou orientação sexual, assegurando a preservação dos direitos fundamentais e das minorias. Destaca-se trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto acerca da diversidade da expressão linguística “entidade familiar”:

[...] terminologia entidade familiar não significa algo diferente de família, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão entidade familiar não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma casamento civil. Não foi e não é isso, **pois inexistente essa figura da subfamília, família de segunda classe ou família mais ou menos**. (grifo nosso).

Em conclusão, o Supremo Tribunal Federal conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002¹⁷¹ interpretação conforme a Constituição, ao excluir do referido texto

¹⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Família homoafetiva**. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2282>> Acesso em: 10 set 2019.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 45.

¹⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 132/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 mai. 2011, dje-198 div. 13 out. 2011, pub. 14 out. 2011, ementa vol. 02607-01, p. 00001.

¹⁷¹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da

normativo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Isto significa que casais homoafetivos do sexo feminino são merecedores do reconhecimento das diferenças oriundas da configuração familiar escolhida, para que ambas as mulheres que compõe esta união, possam receber os respectivos direitos sociais prestacionais, entre eles, o benefício da licença-maternidade, meio de concretização do direito fundamental à maternidade (art. 6º da CF).

Portanto, o intérprete do direito deve assegurar proteção a todas as variedades e singularidades das famílias homoafetivas, em decorrência do princípio da pluralidade das formas de família e da dignidade da pessoa humana.¹⁷² Nesse descortino, possui importância, como elemento dogmático e ilustrativo do programa normativo, a decisão proferida pela Juíza da 13ª Vara do Trabalho de Brasília, autos nº 0000038-81.2014.5.10.0013, que reconheceu a licença-maternidade para a mãe não gestante, destacando que:

As novas famílias **têm constituição diversa e não podem ficar à margem do reconhecimento, merecendo tutela jurídica.** [...] **A família é a base da sociedade e deve-se estar atento para as suas evoluções, dentre elas a possibilidade de haver a figura de duas mães dentro do núcleo familiar existente.** [...]. No caso dos autos, a Reclamante e sua companheira têm sua união formalmente registrada e constituíram entidade familiar, gerando três bebês, registrados em nome do casal. **Não se pode crer, então, que a filiação materna seja única e precise advir exclusivamente do parto. Se existem novos modelos familiares, estes devem ser dignos de proteção do Estado, garantindo-lhe os direitos comuns a todos.** (grifo nosso).

De acordo com a Teoria Estruturante do Direito, a decisão justifica-se a partir da análise do âmbito normativo do caso concreto e de suas particularidades, constituídas e marcadas, primordialmente, pelo programa normativo dos direitos fundamentais, que converge a realidade histórica e cultural do nosso tempo ao princípio da pluralidade das formas de família, de modo a concretizar à dignidade da pessoa humana, e, especificamente, os direitos à igualdade, à liberdade, à maternidade e do melhor interesse dos recém-nascidos.

República Federativa do Brasil. 10 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em: 13 abr. 2020.

¹⁷² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 114.

O reconhecimento desses direitos fundamentais, que se conjugam e orientam, realiza o “ideal de justiça”, dado que ela não existe fora do mundo da vida, “sem levarmos em conta a complexidade das estruturas sociais contemporâneas.”¹⁷³ A decisão reformula, também, o tratamento jurídico dispensado à entidade familiar, para afastar do programa normativo da “licença-maternidade”, interpretações que não acolham as variedades e singularidades das famílias homoafetivas do sexo feminino, ao reconhecer que “existem novos modelos familiares, e estes devem ser dignos de proteção do Estado, garantindo-lhe os direitos comuns a todos”.

Portanto, a responsabilidade pela tutela jurídica dos direitos fundamentais e pela preservação normativa do texto constitucional dependem de todos, sobretudo, do Judiciário, mediante atuação contramajoritária da jurisdição constitucional de proteção das minorias perante o legislador e a vontade da maioria. Ao Estado cabe impedir a violação e a redução discriminatória de direitos e princípios fundamentais da Constituição, no sentido de aceitar a existência da família homoafetiva e assegurar as liberdades juridicamente protegidas de seus membros, cujo conteúdo é fundamentado pelo “caráter especial de seus âmbitos normativos e do valor intrínseco das estruturas materiais que lhe são subjacentes”.¹⁷⁴

2.1.4. Princípio do melhor interesse da criança e adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está consagrado no artigo 227 da Constituição da República de 1988, concedendo-lhes o *status* de sujeitos de direito e, como pessoas em desenvolvimento, começaram a ocupar um lugar de destaque na ordem jurídica brasileira. Diz o texto de norma:

Ar. 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**.¹⁷⁵ (grifo nosso).

¹⁷³ ABOUD, Georges, *et al.* **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p.308.

¹⁷⁴ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 278.

¹⁷⁵ BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 05 mai. 2020.

Destarte, é dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança, com prioridade absoluta, todos os direitos cabíveis ao seu desenvolvimento adequado, protegendo-o, sobretudo, de todo e qualquer tipo de violência e discriminação, concretizando os princípios da proteção integral e da prioridade dos direitos das crianças e adolescentes.¹⁷⁶ O termo “prioridade” significa que as crianças e adolescentes sujeitam-se a um regime especial de proteção, de modo que possam se estruturar como pessoas e exercer a sua autonomia.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990¹⁷⁷ - Estatuto da Criança e Adolescente - consolidou o princípio do melhor interesse e a doutrina da proteção integral, mediante as disposições protetivas contidas nos seus artigos 3º e 4º:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, **assegurando-se-lhes**, por lei ou **por outros meios**, todas as **oportunidades e facilidades**, a fim de lhes **facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social**, em condições de liberdade e de dignidade. (grifo nosso)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do **poder público assegurar**, com absoluta prioridade, **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. (grifo nosso)

De acordo com os dispositivos normativos, o princípio do melhor interesse significa que a criança, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade, deve ter seus interesses tratados com prioridade, tanto na elaboração como na “aplicação” das normas jurídicas, especialmente, àquelas afetas as relações

¹⁷⁶ Esta garantia encontra-se mencionada em Tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, como a Convenção sobre Direitos da Criança, ratificada em 24.09.1990. Dispõe o art. 24 que: Artigo 24 - 1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados-partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários. 2. Os Estados-partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a: (...) e) assegurar que todos os setores da sociedade e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para aplicação desses conhecimentos;(...). BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 28 set. 2019.

¹⁷⁷ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e Adolescente**. Brasília, DF, 13 de jul. de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 05 mai. 2020.

familiares.¹⁷⁸ O que interessa na concretização da norma é que as crianças sejam vistas e tratadas como sujeitos de direito e titulados de uma identidade própria e também social. Só no caso concreto, ao analisar os elementos do âmbito normativo em questão, pode-se “verificar o seu verdadeiro interesse e sair da generalidades e abstração da efetivação do princípio do melhor interesse”.¹⁷⁹

De lado outro, o princípio da prioridade absoluta, que decorre do princípio do melhor interesse, busca a proteção integral da criança e do adolescente, assegurando-lhes prioridade de receber proteção, em quaisquer circunstâncias, nas esferas administrativa e/ou judicial. A proteção integral encontra perfeita consonância com o princípio fundante da dignidade da pessoa humana, e justifica-se pela maior vulnerabilidade e fragilidade das crianças, sobretudo, do neonato, autorizando, com efeito, atribuir-lhes um tratamento especial de proteção, para que consigam se estruturar como pessoa humana e se autogovernar.¹⁸⁰

Ressalta-se que o Brasil, ao se tornar signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, reconheceu, a despeito do disposto no artigo 2º do Código Civil,¹⁸¹ o direito do nascituro à vida a partir da concepção, conforme dispõe o seu art. 4º:

Art. 3º Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite a vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Seguindo o mesmo caminho, o Estatuto da Criança e Adolescente reconhece que os princípios e direitos fundamentais a ele aplicados devem ser concretizados mesmo antes do nascimento. Não bastaria assegurar a saúde e vida a crianças e adolescentes destinatários da norma estatutária sem reconhecer a importância da boa formação do feto, como garantia da vida saudável após o nascimento.¹⁸²

¹⁷⁸ LOBÔ, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

¹⁷⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 151.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 154.

¹⁸¹ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. 10 de jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em 04 abr. 2020.

¹⁸² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

Cuidar da boa formação moral, social, relacional e psíquica das crianças é preservar a sua saúde mental, estrutura emocional e convívio social.¹⁸³ Isto posto, a norma-decisão somente pode ser construída em cada caso concreto, após a análise do âmbito normativo empiricamente investigado, com os contornos predefinidos pelo programa da norma, o que é melhor para o menor. Isto porque, a norma não é algo palpável, fora do caso concreto em que se proferiu, ela não pode ser levada para outro caso concreto e manter a sua qualidade de norma.¹⁸⁴

É inadmissível que qualquer decisão envolvendo os interesses das crianças pudesse mitigar o princípio do melhor interesse e a doutrina da proteção integral, ao excluir do respectivo programa normativo o seu real alcance, reputando-se inconstitucional a concretização circunstancial de qualquer texto de norma, mediante decisão judicial ou administrativa, que desrespeite os interesses prevalentes das crianças recepcionadas pela Constituição da República.¹⁸⁵

Os princípios, por serem normas, devem ter seu conteúdo concretizado em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem o caso particular. Desse modo, eles passam a ser “normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade”, possibilitando, destarte, um fechamento interpretativo e obstáculo à discricionariedade judicial. As regras procuram antecipar as ocorrências fáticas num plano ideal que carece de historicidade. Ao serem interpretadas à luz dos princípios “há um reingresso da faticidade e de uma dimensão justificativa”,¹⁸⁶ ao ponto de evidenciar uma ligação integrativa e coerente entre o princípio do melhor interesse da criança e os direitos e garantias fundamentais contidos no catálogo do texto constitucional.

Portanto, os direitos fundamentais das crianças são partes relevantes do programa normativo da licença-maternidade, que, a depender do respectivo campo normativo, contém mandamentos tão decisivos que o fato de fazerem parte da

¹⁸³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 153.

¹⁸⁴ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 229.

¹⁸⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 96.

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 241 a 244.

concretização das respectivas normas, e podem, por si só, respaldar a decisão que reconhece a licença-maternidade para casais homoafetivos do sexo feminino, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e, especificamente, dos princípios da proteção integral e do melhor interesse das crianças, para proteger e priorizar estes sujeitos de direito, desde a concepção até a vida adulta.

2.2. A licença-maternidade como um direito fundamental para a concretização do direito à maternidade

Conforme exposto na primeira parte do capítulo, o programa normativo necessário para a concretização do direito à maternidade, por meio da licença-maternidade para mulheres que compõem um casal homoafetivo do sexo feminino, é composto, essencialmente, pelos princípios constitucionais voltados às relações jurídicas de Direito de Família e pelos direitos fundamentais, individuais e sociais, a eles aplicados, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana encontra-se no artigo 1º, inc. III, da Constituição de 1988, que, em conjunto, com os direitos fundamentais, possuem, como se verá adiante, aplicação direta e imediata a todas as relações jurídicas de Direito de Família – capazes, assim, de gerar efeitos jurídicos - visto que toda e qualquer concretização normativa deve atender preponderantemente a pessoa humana e “a mediação legislativa não pode ser pressuposto da aplicabilidade das disposições principiológicas consagradoras de direitos e liberdades”.¹⁸⁷

Nesse cenário, a dignidade da pessoa humana passa a ser o paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos de proteção à pessoa. Qualquer concretização do programa normativo constitucional, ou de texto infraconstitucional, deve estar, em alguma medida, em conformidade com o mencionado princípio, e no Direito de Família não é diferente, pois encontra-se ligado a ele de forma molecular, seja em face do artigo 227, *caput* da CF, seja em relação a sua enunciação expressa no art. 226, §7º da CF:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal,

¹⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.12.

competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.¹⁸⁸ (grifo nosso).

Deve-se observar, também, os princípios que norteiam às relações familiares, estudados no anterior, que possuem como pressuposto a dignidade da pessoa humana e versam sobre direitos fundamentais, individuais e sociais, previstos, sobretudo, nos artigos 1º ao 4º e 5º ao 11, da Constituição – como da igualdade, da liberdade e da maternidade - bem como aqueles dispostos no Capítulo VII, do Título VIII (da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso), que devem integrar o programa normativo das relações jurídicas de Direito de Família.

A Constituição Federal de 1988 elencou os direitos individuais, cotejados a uma visão e normatização que não perdem a relevância do nível social e coletivo em que grande parte das questões individuais deve ser proposta. Nesse sentido, ganhou destaque os direitos fundamentais sociais que englobam as prestações sociais por parte do Estado contidas no artigo 6º da Constituição, entre elas o direito à maternidade e a proteção da infância, além do painel diversificado de direitos socio-trabalhistas, relacionados no artigo 7º da CF, ampliando as garantias já existentes na ordem jurídica, a par de criar novas no espectro normativo dominante.¹⁸⁹

É com base no princípio fundamental e estruturante da dignidade da pessoa humana que devem ser concretizados os direitos fundamentais sociais, que “constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade”, especialmente, de oportunidade, “inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito” de conteúdo não apenas formal, mas voltado à Justiça substancial.¹⁹⁰ Nesse sentido, o direito fundamental à maternidade deve ser concretizado, mediante à licença-maternidade, de modo a atender os direitos das mulheres, das crianças e das famílias, isto é, dos sujeitos que compõem o vínculo maternal, dando-lhes proteção e dignidade. Deve-se levar em consideração, ainda, os

¹⁸⁸ BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 06 mai. 2020.

¹⁸⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 124.

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 63.

efeitos de tais normas nos “novos” arranjos familiares, com destaque às relações homoafetivas do sexo feminino.

2.3. O necessário diálogo entre metódica jurídica, direitos fundamentais e licença-maternidade

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou o Direito Constitucional do Estado Social, que exprime com toda a sua força a tensão entre norma e realidade, havendo a necessidade de releitura dos textos constitucionais mediante a constante compreensão, interpretação e aplicação material de seus conteúdos, porquanto “direito e realidade” não subsistem autonomamente por si, ao contrário, se interagem e integram o processo de concretização da norma jurídica diante da problemática da situação particular.¹⁹¹

Não é possível compreender o constitucionalismo do Estado Social se fecharmos os olhos à Teoria dos Direitos Fundamentais e aos princípios constitucionais anteriormente vistos, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e respeito às diferenças, da pluralidade das formas de família e do melhor interesse da criança e adolescente, que compõem parte essencial do programa normativo e medula axiológica da família na Constituição.¹⁹²

O artigo 6º da Constituição enuncia os direitos sociais, abrangendo a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a assistência aos desempregados e, especialmente, **a proteção à maternidade e à infância**, na “forma desta constituição”, o que possibilita incluir na lista dos direitos socio-trabalhistas outros dispositivos dispersos no texto constitucional. São direitos fundamentais sociais básicos, sobretudo, prestacionais, que buscam garantir, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece por si mesma, devendo ser devidamente implementada diante de cada caso concreto.¹⁹³ Para José Eduardo Faria:

¹⁹¹ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, p. 382.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 310.

os direitos sociais não configuram um direito da igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são isto sim, **um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios**.¹⁹⁴ (grifo nosso)

Com efeito, caso o Estado tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações, com esteio em norma fundamental definidora de direitos fundamentais, não poderá excluir outros do benefício, de maneira que, com base no princípio da igualdade e respeito às diferenças, se encontram proibidas desigualdades tanto a benefícios quanto a encargos. No Estado Social de Direito, o princípio da igualdade serve a concretização da liberdade e igualdade, compreendida como igualdade de oportunidades, ou seja, como possibilidade de exercício efetivo da liberdade, e não como dever. Objetiva, igualmente, restringir a margem de arbítrio numa exclusão de determinado benefício, para evitar cortes que podem vir a impedir o particular, ou mesmo um grupo específico, “de exercer a sua oportunidade de acesso ao sistema prestacional existente”.¹⁹⁵

Diante disso, é inegável que o direito à maternidade apresenta simultaneamente uma dimensão negativa (contra intervenções do Estado às liberdades individuais e a igualdade como vedação a discriminação) e uma dimensão positiva, como direito a prestações, à exemplo do exercício da licença-maternidade por todas as mulheres, a despeito da sua condição biológica. Na verdade, é possível assentar que tanto os direitos negativos possuem uma repercussão prestacional, como os direitos a prestações possuem uma dimensão negativa.¹⁹⁶ Tais aspectos possuem singular importância no campo da exigibilidade e proteção dos direitos e garantias fundamentais das mulheres, das crianças e das famílias homoafetivas femininas, como será objeto de análise em vários pontos da presente dissertação.

Com base no que foi exposto, o direito social à maternidade é concedido e concretizado através da licença-maternidade, em proveito dos direitos das mulheres e do neonato, cabendo ao Estado instituir políticas públicas protetivas para o seu pleno exercício. Como forma de concretizar à proteção à maternidade e à infância (art. 6º,

¹⁹⁴ FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. *apud*. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 291.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 310.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 181.

da CF), a Constituição de Federal de 1988, em seu artigo 7º, *caput* e inciso XVIII, dispôs sobre o direito prestacional social à licença-maternidade para as mulheres trabalhadoras, rurais e urbanas:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social**: (grifo nosso)

[...] XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias.

Destaca-se que os direitos elencados no *caput* do citado artigo são de natureza exemplificativa, diante da expressão “[...] além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, o que permite afirmar que existem outros direitos trabalhistas que não estão nele relacionados. Ao lado disso, a possibilidade de uma mudança normativa de sentido da disposição legal é aceita pela Teoria Estruturante do Direito, “[...] se em seu âmbito surgirem novos fatos não previstos ou se por meio de uma classificação dentro de um padrão global de desenvolvimento, fatos conhecidos aparecerem em uma nova relação ou sentido”.¹⁹⁷

Com efeito, outros direitos podem e devem ser conferidos as mulheres trabalhadoras, ao considerarmos que toda norma incorpora em seu conteúdo a realidade do âmbito normativo. No caso específico da licença-maternidade, a existência de novos núcleos familiares antes desconsiderados, como as famílias homoafetivas do sexo feminino; os direitos das mulheres à maternidade; ao planejamento familiar - que foram substancialmente afetados pelos avanços da medicina e pelos métodos conceptivos e contraceptivos - e o melhor interesse das crianças e dos adolescentes; possuem grande importância em uma nova interpretação do texto constitucional, em razão do “[...] prestígio que a igualdade substancial começou a desfrutar no ordenamento jurídico brasileiro onde a força social imprime ao Direito os seus rumos”.¹⁹⁸

Ao inserir a licença-maternidade no elenco dos direitos sociais das trabalhadoras, o Estado brasileiro não só cumpriu o programa constitucional de

¹⁹⁷ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 171.

¹⁹⁸ Substancial é a manifestação da força normativa da principiologia constitucional e inserida no conceito de norma. FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.12.

reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, mas reafirmou o compromisso com as recomendações dadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) que, na Convenção Relativa ao Amparo a Maternidade (Convenção nº 103 de 1952),¹⁹⁹ destacou a importância dos Estados membros de adotarem meios de proteção à gestante, um dos sujeitos afetados pela concretização do direito à maternidade diante da problemática do caso concreto.

No mesmo sentido, em 13 de setembro de 2002, promulgou a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, que determina aos Estados membros adotarem medidas destinadas a proteger a maternidade, com o propósito de assegurar a igualdade entre homens e mulheres, bem como possibilitar o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher e sua participação, em idênticas condições, na vida política, social, econômica e cultural do país.²⁰⁰ Merece destaque a observação de Friedrich Müller sobre a necessária diferenciação entre os gêneros masculino e feminino no momento da concretização do princípio da igualdade diante do caso concreto:

[...] o mesmo princípio de direito de família poderia permitir, ou até mesmo exigir, **uma regulamentação legal específica para homem e mulher**, se a natureza da correspondente situação real, ou seja, **a estrutura material do âmbito normativo, investigada de acordo com as diretrizes normativas, exigir-se que se vá além das diferenças biológico-fáticas, estendendo-se tal âmbito até às diferenças sócio fáticas.**²⁰¹ (grifo nosso)

Nesse contexto, a interpretação do *caput* do artigo 7º, pela sua qualificação como cláusula geral de abertura, deverá ser feita de maneira sistêmica, integrativa e coerente, e ao mesmo tempo histórica²⁰² e sociocultural, considerando as normas fundamentais que orientam as relações de família, a fim de permitir a inclusão de outras beneficiárias no âmbito da licença-maternidade, tendo em vista que a condição biológica da mãe não é um fator determinante para a concessão do benefício, posição

¹⁹⁹ BRASIL. Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1996. **Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm> Acesso em: 01 out. 2019.

²⁰⁰ UNICEF. **Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contra-mulheres>. Acesso em: 27 abr. 2020.

²⁰¹ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 153.

²⁰² Na realidade, a atividade interpretativa é sempre histórica, porque o texto só é abordável a partir da historicidade do intérprete. ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 778.889 de Pernambuco, ao concretizar o direito à licença-maternidade para mães adotivas, conferindo Repercussão Geral a seguinte “tese jurídica”:²⁰³

PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE. SERVIDORAS PÚBLICAS. **EQUIPARAÇÃO ENTRE GESTANTES E ADOTANTES.** PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se a lei pode ou não instituir prazos diferenciados para a licença-maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes, especialmente à luz do art. 227, § 6º, da CF/88. 2. Repercussão geral reconhecida.²⁰⁴

Em seu voto, o relator, Min. Luís Roberto Barroso, ressalta, ao examinar os elementos do programa e âmbito normativo da licença-maternidade para mães adotivas, a função essencial do benefício previdenciário para a proteção do interesse da criança que, tanto nos casos de filiação biológica como adotiva, “precisa adaptar-se a família e estabelecer laços de afeto que são fundamentais para o seu desenvolvimento saudável”, considerando, destarte, as licenças, gestante e adotante, **espécies do gênero licença-maternidade.**

A Corte Suprema do Brasil entendeu trata-se de caso típico de mutação constitucional, onde “determinadas alterações da realidade constitucional podem modificar o significado de certos preceitos da Constituição”.²⁰⁵ Assim, o artigo 7º, inc. XVII, da CF, deve ser interpretado em consonância com os direitos fundamentais, individuais e sociais, e toda a principiologia constitucional, que engloba à dignidade da pessoa humana, à autonomia e à igualdade das mulheres, tendo em vista “o respeito à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente”,²⁰⁶

²⁰³ É importante esclarecer que a Teria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, é contrária a ideia de fixar uma interpretação antes do caso ou “fazer uma tese” com pretensão generalizante, como bem disse o autor a Lenio Streck: “Fixar de antemão uma interpretação [enunciado] é incompatível com a moderna metodologia. A norma jurídica só será produzida por intermédio do caso e é o produto dessa concretização metodicamente refletida e comunicada”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 284.

²⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 778.889/PE**, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em: 10 mar. 2016, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dj-159, divulg. 29 jul. 2016, pub. 01 ago. 2016.

²⁰⁵ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

²⁰⁶ No âmbito dos direitos sociais, a tutela da proporcionalidade com vedação à proteção deficiente é empregada na definição da extensão das obrigações positivas que podem ser exigidas do Estado, quando este se abstém, total ou parcialmente, de adotar a promoção de direitos tutelados constitucionalmente. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Rio de Janeiro: Fórum, 2013, p. 480-483.

reconhecendo que, na verdade, o texto da norma buscou alcançar **toda e qualquer licença-maternidade**.²⁰⁷

Com efeito, a licença-maternidade, direito prestacional voltado a concretização da maternidade, deve ser conciliada e compreendida, do mesmo modo, sob a ótica do direito das famílias homoafetivas femininas, quanto ao seu reconhecimento como “entidade familiar”, cujo conceito e conteúdo foi ampliado pela Suprema Corte na ADI n° 4277 do DF, julgada em conjunto com a ADPF n° 132. Em seu voto condutor, o Min. Carlos Ayres Britto reforça a vedação ao “tratamento discriminatório ou preconceituoso”, sem justa causa, em razão do sexo humano, que “se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de prover o bem de todos”.²⁰⁸

A consequência prática dos julgados da Suprema Corte, fundamentados com precisão metódica, é de que as famílias homoafetivas e seus membros estão respaldadas por todos os direitos e garantias constitucionais, entre elas a proteção aos direitos das mulheres e das crianças, que não podem ser concretizados sem os pontos de vistas materiais dos respectivos âmbitos normativos. Isto porque, a estrutura da norma a ser teoricamente diferenciada de acordo com o âmbito e o programa normativo, bem como em relação a sua normatividade, “são fundamentalmente aplicáveis a todas as normas jurídicas, como conceito geral do direito constitucional que engloba tudo o que de acordo com os dados reais”.²⁰⁹

A licença-maternidade, como se poderá ver com maior profundidade no capítulo seguinte, tem como objetivo dar concretude ao direito à maternidade, de modo a reconhecer os direitos das mães que compõem uma união do sexo feminino – pois ambas podem exercer os atributos da maternidade - dar o suporte e prover os cuidados primários, afetivos, psicológicos e físicos do recém-nascido. Por ter como enfoque a mulher e o bebê, é certo que o âmbito normativo da licença-maternidade

²⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 778.889/PE**, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10 mar. 2016, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dje-159 divulg 29 jul. 2016, pub. 01 ago. 2016.

²⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4277/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 mai. 2011, dje-198 divulg 13 out. 2011, pub. 14 out. 2011, ementa vol. 02607-03, p. 00341 rtj vol. 00219-01, p. 00212.

²⁰⁹ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 160.

não está condicionado e limitado ao estado biológico da mãe, tanto é verdade que a Suprema Corte do Brasil estendeu o benefício à mãe adotante, a despeito de parto ou idade da criança. Tal igualdade substancial de direitos entre mães biológicas e adotivas derivam expressamente da concretização de princípios e direitos fundamentais, que são, em alguma medida, concretizações do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

É com essa visão que o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do RE 898.060/SC, manifestou-se no sentido de que a dignidade da pessoa humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, apto a determinar-se e desenvolver-se em liberdade, para que “a eleição individual dos próprios objetivos de vida tenha preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador”.²¹⁰ A ausência de proibição não significa que essa liberdade seja juridicamente protegida, basta observar que, em certas decisões, administrativas e judiciais - que versam sobre a licença-maternidade para casais homoafetivos femininos - o benefício é concedido só à gestante, enquanto a sua companheira, mãe não gestante, é equiparada a condição biológica de pai, ao receber a licença-paternidade de 5 dias.

O entendimento da Suprema Corte simboliza, igualmente, o reconhecimento pelo Estado à maternidade como uma função social, verdadeira cláusula pétrea, conforme dispõe o art. 60, §4º, inc. IV, CF,²¹¹ devendo ser entendida a partir da ótica de um direito justo e necessário à proteção da mulher e da infância, sobretudo, quando o Estado recomenda, como política pública fundamental, o aleitamento materno até dois anos, e exclusivo até o 6º mês de vida do bebê, e o exercício da licença-maternidade contribuiria, seguramente, para o alcance desta importante meta.²¹²

Ao dedicarem-se aos cuidados dos filhos nos seus primeiros meses de vida, as mães estão exercendo o direito à licença-maternidade e cumprindo com uma

²¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**, Rel. Min. Luiz Fux, tribunal pleno, julgado em 21 set. 2016, processo eletrônico repercussão geral - mérito dje-187, divulg 23 ago. 2017, pub. 24 ago. 2017.

²¹¹ Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

²¹² PINHEIRO, Luana. *et al.* **Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões.** Disponível em: https://www.jstor.org/stable/24327898?seq=1#page_scan_tab_contents . Acesso em: 01 out. 2019.

função social que beneficia a mulher, a criança, a família e toda a sociedade. Com efeito, é de responsabilidade do Estado assegurar esse direito a todas as mulheres trabalhadoras,²¹³ a despeito da condição biológica ou da configuração do núcleo familiar, com uma ou duas mulheres usufruindo do benefício, além das garantias do contrato de trabalho, dentre elas, a estabilidade de emprego prevista no art. 10, inc. II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CF.²¹⁴

Mais que isso, a licença-maternidade deriva dos princípios de proteção à maternidade, da criança e da família, e está fundada no princípio estruturante da dignidade da pessoa humana em sua vertente sobre a igualdade, liberdade e solidariedade. O princípio da igualdade, na sua dimensão formal, prevê que homens e mulheres serão tratados igualmente, contudo, adverte que as pessoas colocadas em situações diferentes serão tratadas desigualmente, nos moldes do inc. I, do artigo 5º da Constituição, condição que apenas será verificada quando da análise do âmbito normativo correspondente, diante do caso a ser decidido.

A igualdade, nesse cenário, implica dar tratamento diferenciado em determinadas situações concretas para que o princípio possa se fazer valer.²¹⁵ Deve-se considerar, dentro do princípio da igualdade, as saudáveis e naturais diferenças dos gêneros, bem como as diferenças entre as entidades familiares.²¹⁶ Sem essa consideração não aplicamos corretamente o princípio da igualdade e, com isso, “fere-se a dignidade da pessoa humana ao retirar da cena jurídica as peculiaridades e singularidades psíquicas e culturais de cada gênero”.²¹⁷

Nesse contexto, o tratamento diferenciado é cabível e até mesmo exigível quando o respeito à liberdade coexistencial demandar, tendo em vista que “formas

²¹³ PINHEIRO, Luana. *et al.* **Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões.** Disponível em: https://www.jstor.org/stable/24327898?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 01 out. 2019.

²¹⁴ Art. 10. Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I da Constituição: [...]. II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 23 jun. 2020.

²¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 174.

²¹⁶ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I.** Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 156.

²¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 173.

diferentes de autoconstituição podem exigir do Estado diferentes formas de proteção”, que não se encaixam, obrigatoriamente, em modelos legislativos prévios. Todas as entidades familiares têm a mesma dignidade jurídica, sendo igual a exigibilidade de proteção e de incremento da dimensão existencial centrada na liberdade, de modo que não é coerente com a Constituição “uma interpretação restritiva que exclua entidades familiares do âmbito da proteção a ser oferecida pelo direito”.²¹⁸

Em respeito ao direito da personalidade e a dignidade da mulher, mostra-se inaceitável a concessão da licença-paternidade (art. 7º, inc. XIX, da CF) para a mãe não gestante - que não é do sexo masculino – desconsiderando as particularidades psíquicas e culturais próprias do gênero, sobretudo, nos casos em que duas mães, que compõem um casal homoafetivo do sexo feminino, pretendem exercer, conjuntamente, o direito à maternidade, sendo concedida a licença-maternidade só para a gestante. O princípio da igualdade, em todas as suas dimensões, veda discriminações entre pessoas que merecem idêntico tratamento, isto é, entre duas mulheres, impedindo que o Judiciário, ao concretizar a norma constitucional, dê tratamento distinto a quem a lei, e também a natureza, definiu como iguais.²¹⁹

Quando da concretização das normas constitucionais e infraconstitucionais que garantem a prestação à licença-maternidade - que concretiza o direito à maternidade e fortalece o vínculo entre mães e bebês - deve-se priorizar aquela que potencializa os direitos fundamentais da pessoa humana, sem reduzi-los a simples e inócua interpretação da letra fria da lei, método menos adequado quando se discute direitos fundamentais. Isto porque, no processo de concretização do texto da norma em norma jurídica acabada, deve-se dar especial atenção aos elementos do âmbito normativo, que, no caso em tela, possuem alto grau de densidade e extensão. Nesse aspecto, um dos pressupostos da força normativa da Constituição é:

Que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual

²¹⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade (s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 334.

²¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *et al.* **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157.

(geistige Situation) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.²²⁰

Em função disso, o artigo 7º, inc. XVII, da CF, não pode e nem deve ser examinado de forma isolada e distante da historicidade, da facticidade e do atual estágio constitucional, mas de modo sistêmico, integrativo e coerente, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade e respeito às diferenças, na sua vertente substancial, pois a tempos se reconhece a mãe adotiva os mesmos direitos da mãe biológica, não havendo justificativa plausível para que, atualmente, não seja também concedida a mãe lactante, seja apenas uma ou ambas, a depender do caso concreto.²²¹

No âmbito das normas infraconstitucionais, a prestação à licença-maternidade, garantida as trabalhadoras celetistas, foi estendida as servidoras públicas ocupantes de cargos públicos, por força do art. 39, §3º da Constituição de 1988.²²² A Lei nº 8.112 de 1990²²³ - que regula o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas - dispôs sobre a licença-maternidade no artigo 207: “Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração”.

O dispositivo normativo repete a expressão “gestante” contida no inc. XVIII, do art. 7º da CF, cujo comando foi, inadvertidamente, subinclusivo, devendo ser dado a ele interpretação integrativa e coerente com os demais enunciados constitucionais invocados e classificados por meio dos elementos do âmbito e programa normativo dos direitos fundamentais, com a finalidade de ampliar o seu âmbito de proteção para alcançar todas as mulheres. Com base nisso, o texto de norma infraconstitucional

²²⁰ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134.

²²¹ O termo “mãe lactante” é posto aqui em razão da possibilidade de mães não gestantes poderem produzir leite-materno e amamentar seus filhos, após realizarem tratamento farmacológico com hormônios e/ou indução a lactação, mediante manipulação mamária.

²²² Art. 39. [...] § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 6 mai. 2020.

²²³ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Regime Jurídico do servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**, Brasília, DF, 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm Acesso em: 14 dez. 2019.

deve ser avaliado e corrigido a partir do programa da norma e do âmbito da norma dos direitos fundamentais, pois a eles pertence.²²⁴

Não obstante essa inevitável conclusão, a própria lei ordinária também concedeu as mães servidoras públicas denominadas “lactantes” a licença-maternidade pretendida ao estipular um período de descanso durante a jornada de trabalho com vista à amamentação do bebê, nos termos do artigo 209:

Art. 209. Para amamentar o próprio filho, até a idade de seis meses, a **servidora lactante** terá direito, durante a jornada de trabalho, a uma hora de descanso, que poderá ser parcelada em dois períodos de meia hora. (grifo nosso)

O enunciado encontra-se em conformidade com a Constituição e a interpretação dada pela Suprema Corte ao programa da norma da licença-maternidade para mães adotantes, porquanto não está restrito ou mesmo condicionado a literalidade do dispositivo 207 da Lei nº 8.112/90. Ao interpretar o artigo 209 - de acordo com as diretrizes e limites estabelecidos pelo programa da norma ao campo normativo dos direitos e princípios fundamentais - é possível assegurar que o benefício poderá ser concedido também a mãe “lactante”, companheira da gestante, pois representa a explicitação, por meio de uma norma infraconstitucional, do direito fundamental à maternidade. Desse modo, ambas as mães teriam direito ao exercício da licença-maternidade pretendida.

O argumento possui relevância ao analisarmos os elementos e dados do âmbito normativo que circundam situações fáticas de mães não gestantes que buscam, no âmbito judicial e/ou administrativo, o benefício à licença-maternidade, onde casais homoafetivos do sexo feminino utilizam do método de reprodução medicamente assistida, modalidade “gestação compartilhada”, para concretizar o direito à maternidade, enquanto a mãe, companheira da gestante, consegue, através de procedimentos médicos específicos e substâncias farmacológicas, iniciar a produção de leite-materno, lhe possibilitando amamentar o (s) recém-nascido (s).

Diante desse cenário, é possível assentir que o ordenamento jurídico brasileiro deu especial atenção e proteção aos novos núcleos familiares, ao direito à

²²⁴ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 247.

maternidade para todas as mães, gestantes ou não, bem como ao aleitamento materno do recém-nascido, mediante políticas públicas de Estado, que conferem as mães os direitos sociais trabalhistas à licença-maternidade e ao salário-maternidade, inclusos no extenso rol do artigo 7º da Constituição.²²⁵

Portanto, a interpretação dispositivo legal como norma jurídica acabada, nos moldes antes defendidos pelos positivistas, sem observar os direitos fundamentais concretizados por ela e nem seus elementos estruturantes - programa e âmbito normativo - levam a uma interpretação apenas gramatical do enunciado - que fixa o texto da norma como limite intransponível da interpretação - despido, então, de qualquer elemento da realidade sociocultural e histórica concreta. Tal compreensão e interpretação leva alguns intérpretes e aplicadores da lei concluírem que a condição de “gestante” seria o único e indispensável requisito a concessão do benefício à licença-maternidade.

Nessa linha de pensamento, decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, acórdão 855780/DF,²²⁶ que indeferiu a licença-maternidade à companheira da gestante sob o fundamento de que:

É forçoso dizer que **o simples fato de ela ser mulher**, e conseqüentemente **ser intitulada como mãe, não gera o direito ao benefício de 180 dias**, talvez tivesse o acesso a outro tipo de período, justamente porque **na prática ela exerce uma função análoga à figura do pai tradicionalmente conhecida**. (grifo nosso).

A interpretação adotada pela Corte de Justiça Distrito Federal no caso específico prescinde de normatividade ao não considerar os elementos do âmbito normativo como parte integrante do programa da norma da licença-maternidade para casais homoafetivos do sexo feminino, constituído, como visto, pelas normas de direitos fundamentais, individuais e sociais, constitucionais.²²⁷ Desta forma, entendeu

²²⁵ Trata-se da renda mensal igual à remuneração integral da obreira gestante a ela paga por ocasião do período de afastamento previdenciário para o parto e subseqüente período de aleitamento materno ou em face da adoção de criança ou obtenção de guarda judicial para sua adoção. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 713.

²²⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Acórdão 855780**, 20130110227074APC, Rel. Mario-Zam Belmiro, Revisor: João Egmont, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04 mar. 2015, pub. no DJE: 20 mar. 2015. p. 156.

²²⁷ A normatividade é a qualidade dinâmica da ordem jurídica de influenciar a realidade - normatividade concreta - e de ser influenciada e estruturada pela própria realidade -normatividade determinada pela coisa. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. 2. ed. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

que o teor da validade da disposição legal estaria suficientemente presente na expressão linguística “gestante”. De acordo com a Teoria Estruturante do Direito: “o âmbito normativo é parte integrante da norma, então a norma não pode ser colocada no mesmo patamar do texto normativo”.²²⁸

As diferenças fáticas do âmbito da norma e de acordo com o dispositivo normativo não devem ser tratadas apenas como pontos de referência conceituais da argumentação metódico-verbal, mas com a “particularidade e importância de sua facticidade empiricamente constatada como fatores integrais da decisão (judicial), como pressuposto da norma decisão”.²²⁹ Nesse sentido, já alertava Konrad Hesse quanto a força normativa da Constituição que: “Se o Direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura que a interpretação faça deles tábula rasa”.²³⁰

A conclusão de que a mãe não gestante, na prática, “[...] exerce uma função análoga à figura do pai tradicionalmente conhecida”, não só parece corresponder a uma opinião pessoal e discricionária do julgador – tendo em vista a ausência de estudos criteriosos que impossibilita indicar o acerto do enunciado adotado - como viola o princípio da igualdade, ao tratar de maneira desigual duas mães que buscam exercer, lado a lado, à maternidade, equiparando a mãe não gestante ao sexo masculino do pai. E o não desenvolvimento de um discurso feminino sobre a questão é sinal da naturalização da desigualdade e do estigma. Para Amartya Sen:

[...] os preconceitos usualmente cavalgam em algum tipo de argumento racional, por mais fraca e arbitrária que ela possa ser. A desrazão em geral não consiste na prática de dispensar completamente a razão, mas de contar com uma argumentação racional bastante primitiva e falha. Resta, porém, esperança nela porque uma má argumentação pode ser defrontada por uma argumentação melhor.²³¹

Há decisões que negam o direito à licença-maternidade sob o fundamento, impreciso e genérico, de que homens e mulheres devem ser tratados igualmente perante a lei, então, conceder o benefício a quem não é gestante, só pelo fato de ser

²²⁸ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 192.

²²⁹ Ibidem, p. 148.

²³⁰ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134.

²³¹ SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2011.

mulher, violaria o princípio da isonomia.²³² É o que decidiu a 22ª Vara Federal de Brasília, autos nº 1009743-41.2017.4.01.3400, ao negar a licença-maternidade a mãe não gestante, afirmando que a companhia integral da mãe biológica ao neonato é suficiente para suprir as suas necessidades, de modo que “a concessão de licença para a companheira acabaria por lhe conferir direitos que os demais casais não possuem, qual seja: ambos os genitores beneficiados pela licença-maternidade”.

Num primeiro momento, destaca-se que os casais homoafetivos do sexo feminino, por muitos motivos e em variados graus, não estão na mesma condição de igualdade substancial dos “demais casais”, seja por uma questão biológica e existencial – ambas são mulheres – ou porque estão sujeitos a preconceitos e discriminações de parte da sociedade, logo, excluídos de alguma forma da esfera de proteção social. Destarte, deve a igualdade material englobar, em sua essência, o respeito às diferenças, para incluir todas as mães sob uma única tutela jurídica do vínculo maternal, com o propósito de assegurar proteção às mulheres, à maternidade e suas estruturas de convívio, garantido a todas os direitos e garantias constitucionais, a despeito da orientação sexual e de sua condição biológica.

Num segundo momento, é necessário analisar os elementos empíricos do âmbito normativo do caso. Na situação específica, a gestante foi submetida a tratamento de câncer de mama, comprometendo o aleitamento materno do neonato, enquanto sua parceira, após realizar procedimento voltado a estimulação à lactação, conseguiu produzir o leite-materno e começou a amamentar o recém-nascido, suprimindo a insuficiência de leite da mãe gestante. Considerado apenas este fato, é possível afirmar que o magistrado não só negou a mãe não gestante a concretização do direito à maternidade (art. 6º, da CF), como também negou ao neonato o direito à amamentação adequada, ao impedir que recebesse o leite materno de que tanto necessitava, colocando em risco o seu desenvolvimento saudável. Nesse último aspecto, violou o princípio do melhor interesse e a doutrina da proteção integral da criança, consagrados nos artigos 3º e 4º do ECA e no art. 227 da CF.

²³² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Acórdão 855780**, 20130110227074APC, Rel. Mario-Zam Belmiro, Revisor: João Egmont, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04 mar. 2015, publicado no DJE: 20 mar. 2015, p. 156.

A discriminação operada com base no dispositivo do art. 7º, inc. XVIII, da Constituição e de normativas federais não pode ser considerada como legítima, visto que incorre em grave prejuízo ao recém-nascido. Ao mesmo tempo, viola o princípio da igualdade entre as mães dos bebês, ao dar tratamento diferenciado a mãe gestante e, de lado outro, discriminatório, sem causa justificável, a mãe não gestante, incorrendo em dupla ofensa a referida norma, pois tem que haver uma razão constitucional suficiente para essa desigualação. A prestação à licença-maternidade pretende proteger mães e filhos através da tutela do vínculo maternal, verdadeira dimensão na qual os valores constitucionais se concretizam por meio da garantia do direito ao gozo do benefício previdenciário. Reitera-se, novamente, que os direitos sociais básicos e dos trabalhadores são, em certa medida, concretizações do direito da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

A mencionada decisão foi reformada em grau de recurso pela Des. Gilda Sigmaringa Seixas, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no âmbito do AGI nº 1006167-55.2017.4.01.0000, que, após analisar os elementos do programa da norma da licença-maternidade e seu respectivo campo empírico, reconheceu o direito ao benefício para a mãe não gestante, sob o fundamento de que:

Há, pois, duplos direitos que se conjugam e se aninham, agrupando e catalisando cuidado e proteção: o direito de as mães amamentarem e o direito de a criança ser nutrida por ambas, e com elas conviver neste estágio. (...), tenho por possível a antecipação de tutela recursal, **haja vista as dificuldades de amamentação da consorte e o fato de ela/autora se encontrar hábil para tanto** (há afirmação médica cabal em tal direção) e pela dupla maternidade biológica, que se alinhavam com as já ditas dificuldades sociais e psicológicas de aceitação/acomodação da natureza da relação e, ainda, ao ponto fulcral de que há óbvio risco de perecimento do direito, sem que se possa, adiante, repará-lo (a ampulheta do tempo vai célere). (grifo nosso)

Destacou a magistrada que, o argumento de que seria um “privilégio” à casais do sexo feminino, pois, no dia a dia, muitas mulheres solteiras, viúvas ou em relação heterossexuais tiveram dificuldades na fase de pós-nascimento dos filhos e na amamentação e nem por isso usufruíram de flexibilizações, não convence. Para ela, apelar a própria dor para “negar que outro não a tenha não é direito é, antes, sentimento outro (que beira a revanche); se direito fosse, deveria ter gerado o direcionamento de tal energia à via administrativa, judicial ou à pressão legislativa para melhor ajuste do instituto”. Esta última afirmação, destoa das demais fundamentações da decisão, pois pauta-se na convicção e valores da própria

julgadora, o que, igualmente, deve ser evitado no processo de concretização de normas de direitos fundamentais.

No mesmo sentido, decisão da 2ª Turma Recursal da Corte de Justiça do Distrito Federal, de relatoria do magistrado Arnaldo Corrêa Silva, AGI. n° 0700790-73.2019.8.07.9000²³³, que, após negativa do juiz de primeiro grau - com base na “ausência de previsão legal” para a concessão do benefício – reconheceu o direito à licença-maternidade para a mãe não gestante, tendo como fundamento maior a proteção integral e o superior interesse do neonato:

Em análise aos autos, **entendo que o princípio do melhor interesse da criança deve ser observado**, ainda mais quando esta é privada do convívio com sua mãe logo após seu nascimento. Além disso, sabe-se da importância do leite materno para o recém-nascido. A probabilidade do direito restou bem demonstrada com os comprovantes de amamentação da mãe agravante. Já o perigo de dano, mais que evidente, **tendo em vista que, a cada dia que passar, será um dia a menos de convívio do filho com sua mãe e fornecedora de alimentos.** (grifo nosso)

Destaca-se, finalmente, como elemento dogmático auxiliar e ilustrativo, a decisão da 3ª Vara Federal de Brasília, processo eletrônico n° 1012954-51.2018.4.01.3400, que reconheceu a licença-maternidade à companheira da gestante, com o intuito de concretizar o direito fundamental à maternidade e à amamentação, assegurando aos gêmeos recém-nascidos à proteção integral e o princípio do superior interesse, contidos no programa constitucional, consoante se extrai do seguinte trecho da decisão:

[...] tratando-se de duas crianças recém-nascidas, é evidente a exigência de maior oferta do aleitamento materno, **notadamente na espécie onde a autora seguiu tratamento prévio para poder amamentar suas filhas.** Há, ainda, a dúvida se, a esposa perturbante licenciada, já tendo atingido uma idade onde não supra individualmente tal necessidade, entretanto, forçoso reconhecer que havendo disponibilidade de ambas as mães para tanto, conforme laudo de fl. 50, **confere-se maiores chances de uma saúde plena e de um melhor desenvolvimento às gêmeas recém-nascidas quando alimentadas exclusivamente por leite materno na fase inicial da vida.** (grifo nosso)

Como se pode perceber, as decisões das Cortes de Justiça, Estaduais e Federais, do DF, favoráveis à concessão do benefício, buscaram no programa da norma da licença-maternidade para casais femininos, que concretiza normas de

²³³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Acórdão 1205163**, 07007907320198079000, Rel.: Arnaldo Corrêa Silva, Segunda Turma Recursal, data de julgamento: 2 out. 2019, pub. no PJe: 7 out. 2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.

direitos fundamentais, a resposta correta e os limites interpretativos possíveis dos textos literais.²³⁴ Elas, igualmente, analisaram e incluíram os dados empíricos dos respectivos âmbitos normativos na normatividade estruturalmente diferenciada, para dar racionalidade e concretude ao direito das mães à maternidade e os direitos dos recém-nascidos à vida, à saúde, à alimentação e à dignidade. É por tais motivos que a norma decisão só pode ser construída com base no caso concreto, com os contornos delineados pela Teoria Estruturante do Direito de F. Müller, o que é melhor para a mãe, neonato e família homoafetiva do sexo feminino.²³⁵

O programa normativo da licença-maternidade contém, igualmente, normas processuais, como a contida no artigo 8º do Código de Processo Civil: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo à dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Ao interpretar a norma, Nelson Rosenvald destaca que:

O processo civil contemporâneo se desliga da concepção redutora de ferramenta estatal de validação de fórmulas concebidas em laboratório, transformando-se em uma técnica a serviço de uma ética de direito material, ou seja, **instrumento capaz de verter direitos fundamentais** e cláusulas gerais em prol **da efetivação de uma tutela justa, orientada em última instância aos fins da pessoa humana.**²³⁶(grifo nosso)

Para a Teoria Estruturante do Direito de Müller, as disposições de direito processual e organizacional são igualmente “exigidas e limitadas pelos dados materiais da realidade, pelas estruturas reais e pelo conteúdo dos princípios jurídicos, voltando-se a eles”. Desse modo, o campo normativo produzido pelos direitos fundamentais e princípios constitucionais viabilizam conteúdos materiais para as disposições processuais e organizacionais concretizantes.²³⁷

O tema tem avanço significativo no Direito Administrativo. O princípio da legalidade administrativa – bastante utilizado como fundamento nas decisões

²³⁴ A função limite do texto literal decorre antes de seus mencionados efeitos para a segurança jurídica, para clareza da norma, a publicidade a inviolabilidade do ordenamento constitucional no Estado Democrático de Direito. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 209.

²³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 153.

²³⁶ ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 60.

²³⁷ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 276.

administrativas que negam a concessão da licença-maternidade e deixam de reconhecer o direito à maternidade para mães não gestantes - deve observar as normas e os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF), tal qual “os demais fundamentos e princípios da norma constitucional”,²³⁸ que, como enfatizado, compõem parte da estrutura do programa normativo da licença-maternidade para casais femininos.

É verdade que a Constituição se concretiza para o cidadão pela via da Administração Pública. As concretizações que ela faz do texto normativo constitucional passam a ser essenciais para o próprio Direito Constitucional. À vista disso, a cada dia menos se aceitam “motivações parciais ou inespecíficas fundadas em fórmulas genéricas” como supremacia do interesse público ou a vinculação ao princípio da legalidade específica, sem que estejam concretamente apontados e contrapostos com os demais direitos que com eles conflitem.²³⁹

No Estado Constitucional o princípio da legalidade sofre releitura, à medida que a atividade da Administração Pública passa a estar vinculada ao texto constitucional. A Constituição passa a ser o fundamento direto do agir administrativo, com reflexo em duas áreas de incidência: “a) A Constituição torna-se norma direta e imediatamente habilitadora da competência administrativa; b) a Constituição passa a ser critério imediato da decisão administrativa”. Portanto, a vinculação da atividade administrativa à legalidade deve ser vista como “vinculação ao próprio direito, e, por conseguinte, ao texto constitucional”.²⁴⁰

Não há como deixar de analisar os princípios da administração pública sem compatibilizá-los com os direitos e princípios fundamentais. A Constituição de 1988 tem como fundamento maior à dignidade da pessoa humana. Com efeito, a Administração e, por consequência, o Direito Administrativo, tem obrigação constitucional de, captando a ideologia subjacente à Constituição, dar concretude a

²³⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 116.

²³⁹ BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. **Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa**: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461>>. Acesso em: 02 out. 2019.

²⁴⁰ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 1.259 e 1.261.

ideia de que o ser humano ocupa papel fundamental na pauta de preocupações do Estado, conforme ressalta Tarcísio Vieira Carvalho Netto:

Como consectário lógico e natural, o administrador, enquanto destinatário maior das ações administrativas, não pode ser prejudicado por (tortuosas) interpretações que ensejem a redução do alcance da esfera jurídica protetora da dignidade humana de que é titular. **Devem ser prontamente rechaçadas, assim, trilhas e exercícios exegéticos que coloquem a dignidade humana do administrado no plano secundário.** Trata-se de considerar o administrado **em sua condição humana**, como começo e fim das preocupações e ações do Estado-Administrador que, relembre-se, nada mais é que o produto das aspirações da Constituição dirigido à preservação dos direitos e garantias fundamentais do ser humano.²⁴¹ (grifo nosso).

Na árdua tarefa de buscar uma interpretação do Direito Administrativo de acordo com o Estado Democrático de Direito, a administração deve tomar decisões racionais e verificáveis, mediante o uso de uma metódica jurídica estruturante, que considera todos os aspectos da normatividade concreta em si, como também do programa e âmbito normativo, tornando possível a concretização dos direitos fundamentais à luz da dignidade da pessoa humana e da própria Constituição.

Nesse cenário, o Conselho Nacional de Justiça tem atuado e contribuído com importantes medidas para o reconhecimento e concretização dos direitos das famílias homoafetivas femininas. Uma delas foi a edição da resolução nº 175, de 14 de maio de 2013,²⁴² que tornou obrigatório aos cartórios de registros civis a celebração, habilitação e conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, implicando, em caso de descumprimento, comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

A resolução tem grande importância prática, dado que a edição de 2018 das Estatísticas do Registro Civil, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostrou que os registros de casamentos civis de pessoas do mesmo sexo cresceram 61,7% entre 2017 e 2018, passando de 5.887 para 9.520

²⁴¹ CARVALHO NETO. Tarcísio Vieira de. O princípio da *non reformatio in pejus* e o controle de legalidade no processo administrativo. In: ALMEIDA, Fernando Dias Meneses de. *et al.* **Direito Público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 391

²⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 175 de 14/05/2013. **Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754> Acesso em: 08 mai. 2020.

registros; e que os casamentos entre casais femininos cresceram 64,2% e representam 58,4% dos casamentos civis com essa composição conjugal.²⁴³

Outra medida relevante do CNJ, foi a edição do provimento n° 63, de 14 de novembro de 2017,²⁴⁴ que instituiu regras para o registro de nascimento em todo território brasileiro, dentre elas, a possibilidade de casais homoafetivos, que optaram pela técnica médica de fertilização *in vitro*, registrarem os seus bebês, sem a necessidade de ação judicial, conforme dispõe o texto do artigo 8º:

O oficial do registro civil das pessoas naturais **não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento da criança gerada mediante técnica de reprodução assistida.** (grifo nosso).

Esses provimentos são importantes pois reconhecem e concretizam, na esfera administrativa, direitos e princípios fundamentais referentes às famílias homoafetivas, ao buscar soluções para problemas concretos, no intuito de ressignificar qualquer dispositivo normativo que não acolha as variedades e as peculiaridades destes núcleos familiares, uma decorrência lógica da aplicação dos princípios da igualdade substancial e da pluralidade dos tipos de família.

É sabido que a emancipação dos sujeitos, a redescoberta das questões de gênero²⁴⁵ e os direitos sexuais e reprodutivos – que se fundamentam no reconhecimento de todo casal e de cada indivíduo de “decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos”; de ter informação adequada e o direito de “gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva”. Deve incluir, também, o direito de “tomar decisões sobre a

²⁴³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de registro civil 2018.** Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2018_v45_informativo.pdf Acesso em: 08 mai. 2020.

²⁴⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n° 63 de 14/11/2017. **Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525> Acesso em: 15 mai. 2020.

²⁴⁵ O “gênero” é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre sexos e também uma forma primária de dar significado as relações de poder, que deve ser redefinido e reestruturado em conjunto com uma visão de igualdade política e social que inclua não somente o sexo, mas a classe e a raça. SCOTT, Joan. **Gênero:** uma categoria útil de análise histórica. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/viewFile/71721/40667>. Acesso em: 10 jul. 2020.

reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência”,²⁴⁶ o que faz surgir novas demandas democráticas e republicanas, “que projetaram a necessidade de responder não só à igualdade na diferença, mas sobretudo a diferença da própria diversidade”.²⁴⁷

Há mudanças sociais que não foram previstas quando da elaboração dos textos normativos pelo legislador, como o direito a dupla licença-maternidade para mulheres que compõe um casal feminino, cuja concretização da maternidade exige uma integração e coesão entre os programas constitucionais e infraconstitucionais, a dar prevalência aos valores existenciais e concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tais direitos devem ser reconhecidos e, como direitos humanos, serem concretizados ao máximo. Nesse sentido, Amartya Sen esclarece que:

O equívoco de rejeitar as pretensões de direitos humanos com base de não serem plenamente exequíveis é que um direito não realizado por inteiro **ainda continua a ser um direito**, demandando uma ação que remedie o problema. **A não realização, por si só, não transforma um direito reivindicado num não direito. Pelo contrário, ela motiva um ação social maior.**²⁴⁸ (grifo nosso).

Atento às mudanças históricas e culturais, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do RE 1.211.446 de São Paulo,²⁴⁹ reconheceu a existência de repercussão geral,²⁵⁰ em relação a possibilidade de concessão da licença-maternidade para a mãe não gestante, cuja parceira engravidou após procedimento de inseminação artificial. Em sua decisão, o Min. Luiz Fux destacou que:

[...] A titularidade da licença-maternidade ostenta uma dimensão plural, recaindo sobre mãe e filho(a), de modo que o alcance do benefício não mais

²⁴⁶ CORREA, Sônia; ÁVILA, Maria Betânia. Direito sexuais e reprodutivos: pauta global e percursos brasileiros. *apud*. MEYER, Dagmar E. Estermann. **A politização contemporânea da maternidade: construindo um argumento.** Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Dagmar_Meyer/publication/237619825_A_POLITIZACAO_CONTEMPORANEA_DA_MATERNIDADE_CONSTRUINDO_UM_ARGUMENTO1/links/0046353a02a0e9fd3c000000.pdf Acesso em: 22 ago. 2020.

²⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentido, transformações e fim.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 32.

²⁴⁸ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça.** Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 419-420.

²⁴⁹ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.211.446/SP.** Dj. n. 251, 19 nov. 2019.

²⁵⁰ O uso de precedentes é criticado por Lenio Streck, pois ao invés de interpretação de leis e casos, tudo se resumiria à aplicação de teses feitas por órgãos de cúpula. A equivocidade dos textos seria superada por uma espécie de normas prontas adiantadas por esses órgão, já conjugando elementos fáticos e jurídicos, o que não encontra diálogo com a Teoria Estruturante do Direito, onde a norma somente é construída no caso concreto e não *ante casum*. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 284.

comporta uma exegese individualista, fundada exclusivamente na recuperação da mulher após o parto. Certamente, **a licença também se destina à proteção de mães não gestantes que, apesar de não vivenciarem as alterações típicas da gravidez, arcam com todos os demais papéis e tarefas que lhe incumbem após a formação do novo vínculo familiar.** Considerando que a Constituição alçou a proteção da maternidade a direito social (CF, art. 6º c/c art. 201), estabelecendo como objetivos da assistência social **a proteção “à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”** (CF, art. 203, inc. I), revela-se dever do Estado **assegurar especial proteção ao vínculo maternal, independentemente da origem da filiação ou da configuração familiar que lhe subjaz.** (grifo nosso).

A concretização do direito da mãe à maternidade, que, por conseguinte, autoriza o exercício da licença-maternidade, deve estar em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade - compreendida como igualdade de oportunidades - da liberdade reprodutiva e do superior interesse da criança, de modo a tutelar o vínculo formado entre mãe e filho, a despeito da sua origem biológica ou adotiva, baseado, sobretudo, no afeto e na proteção ao vínculo materno entre mães não gestantes e seus recém-nascidos.

O reconhecimento da mãe não gestante, partícipe de uma relação homoafetiva do sexo feminino, no âmbito de concessão do direito prestacional à licença-maternidade, tem a capacidade de fortalecer o direito à maternidade, à dignidade humana, à liberdade e à igualdade substancial e, simbolicamente, de “exteriorizar o respeito estatal às diversas escolhas de vida e configuração familiares existentes”,²⁵¹ ampliando o seu âmbito de proteção. Em Ronald Dworkin, o governo apenas é legítimo quando se esforça para “demonstrar igual consideração pelos destinos de todos os governados e pleno respeito pela responsabilidade pessoal que eles têm pelas próprias vidas”.²⁵²

É por esse motivo que o Supremo Tribunal Federal, após analisar os elementos do âmbito normativo afetado pelo programa normativo da licença-maternidade para mães adotantes, cuja base também envolve os direitos das mulheres, das crianças e da família, referendou o entendimento de que a única maneira de conciliar o disposto no art. 7º, inc. XVIII, da CF, com a concretização dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade, à autonomia, à igualdade e à

²⁵¹ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral no RE 1.211.446/SP**. Dj. n. 251, 19 nov. 2019.

²⁵² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p.539.

maternidade, “é aquele que reconhece que o seu comando, em verdade, pretendeu alcançar toda e qualquer licença maternidade”.²⁵³

Portanto, como conclusão do parcial capítulo, a concretização do direito à maternidade começa com a compreensão e análise linguística dos textos que compõem o programa normativo da licença-maternidade das uniões homoafetivas femininas, compostos pelos princípios e direitos fundamentais da Carta de 88, cujas bases foram descritas, com auxílio da doutrina de Direito de Família e de Direito Constitucional e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das Cortes de Justiça do DF sobre o tema. Destarte, delimitado o programa normativo, o capítulo seguinte pretende identificar quais elementos do âmbito da norma - materialmente complexo, singular e denso – são relevantes à normatividade, para, finalmente, concluir pela possibilidade, ou não, da concessão do benefício para as mães que compõe um casal do sexo feminino, a partir da concretização da norma de acordo com a Teoria Estruturante do Direito de F. Müller.

2.4. A “aplicação” dos direitos e garantias fundamentais da Constituição às relações de Direito de Família

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, §1º, dispõe que: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A expressão literal “direitos e garantias fundamentais” garante a aplicação do dispositivo a todas as normas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição e não apenas aos direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º. Aplica-se, igualmente, aos tratados internacionais, por força do §2º do art. 5º, da CF.²⁵⁴

Questiona-se, todavia, se o texto da norma contido no §1º, artigo 5º da Constituição, teria, *per se*, força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas de aplicação imediata e dotadas de plena eficácia,²⁵⁵ ainda

²⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 778.889/PE**, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10 mar. 2016, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dje-159, divulg 29 jul. 2016, pub. 01 set. 2016.

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 272-273.

²⁵⁵ Uma norma só é aplicável na medida que é eficaz. Dessa forma, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos: a primeira com potencialidade, e a segunda com praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para a sua aplicação na situação de fato,

que se cuide de preceitos que não receberam do Constituinte a suficiente normatividade, reclamando uma intervenção do legislador.

É consenso na doutrina que todo e qualquer preceito da Constituição é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade; e que a eficácia de certas normas não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos, enquanto não se emitir uma norma ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida. Com efeito, é possível afirmar que as normas se diferenciam tão somente quanto ao grau de seus efeitos jurídicos.²⁵⁶

Em relação a eficácia e aplicabilidade das normas, Ingo Wolfgang Sarlet advoga a distinção das normas de direitos fundamentais em dois grupos: as normas que não se encontram em condições de gerar a plenitude de seus efeitos, em face de sua insuficiente normatividade; e “aquelas normas que, dotadas de suficiente normatividade, não reclamam ato de natureza concretizadora para que possam ser imediatamente aplicáveis aos casos concretos e alcançar, desde logo, sua plena eficácia”.²⁵⁷ Por sua vez, José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade em: a) normas de eficácia plena;²⁵⁸ b) normas de eficácia contida;²⁵⁹ e c) normas de eficácia limitada.²⁶⁰

A despeito das classificações mencionadas, o alcance das normas de direitos fundamentais dependerá do exame do caso concreto, ou seja, da norma de direito fundamental em questão, em decorrência da sua dimensão subjetiva,

falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se mostra, desse modo, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, “a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Disponível em: <https://arquivos.integrawebsites.com.br/66582/bc2c06fb00ef651400fb18045b1797b3.pdf>. Acesso em: 15 abr.2020.

²⁵⁶ Ibidem, p. 4.

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 278.

²⁵⁸ São todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui o objeto. Ibidem, p. 5

²⁵⁹ São aquelas que tem natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do Poder Público, isto é, consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Disponível em: <https://arquivos.integrawebsites.com.br/66582/bc2c06fb00ef651400fb18045b1797b3.pdf>. Acesso em 15 abr.2020.

²⁶⁰ São todas que não produzem, com a entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, deixando a cargo do legislador ordinário ou outro órgão do estado, mediante normatividade ulterior. Ibidem, p. 5.

multifuncionalidade e classificação.²⁶¹ Se é assim, o artigo 5º, §1º, da Constituição da República possui o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de modo que a recusa de sua aplicação deverá ser justificada e fundamentada. Isto significa que, no que tange aos direitos e garantias fundamentais:

[...] a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática.

Virgílio Afonso da Silva entende que só pelo dispositivo em exame não é possível declarar que a aplicação dos direitos fundamentais seja, em todos os casos, direta e imediata, considerando que a problemática não tem relação com a questão da eficácia das normas constitucionais pura e simples, mas com a extensão e o âmbito de aplicação destas aos sujeitos passivos.²⁶² Na mesma trilha, Gilmar Ferreira Mendes defende que, não obstante os direitos fundamentais possam e devem ser aplicados diretamente as relações jurídicas, não significa que, sempre, de forma automática, geram direitos subjetivos, concretos e definitivos, havendo normas, portanto, que não são auto-aplicáveis, necessitando da atuação do legislador para que produza todos os seus efeitos.²⁶³

Para além disso, a noção da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas tem respaldo na ideia de que eles são aplicáveis a toda ordem constitucional, em face dos princípios da unidade da constituição e de sua força normativa e, conseqüentemente, seriam invocados por seu titular como direitos subjetivos, onde o limite de exercício seria encontrado na dignidade da pessoa humana.²⁶⁴ Com efeito, à luz do §1º, do artigo 5º, da CF, cabem aos poderes públicos

²⁶¹ Um direito fundamental engloba um complexo diferenciado de posições jurídicas e assume uma dupla dimensão, positiva e negativa, o que implica uma eficácia diferenciada, porquanto o fato de aplicar uma norma de direito fundamental, não leva obrigatoriamente às mesmas conseqüências jurídicas, sobretudo no que tange a uma maior ou menor consideração de uma atuação, ou não, do legislador constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 279.

²⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 57-58.

²⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; *et al.* **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.251.

²⁶⁴ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 137.

a tarefa e o dever de extrair dos direitos fundamentais a maior eficácia possível, outorgando-lhes efeito reforçados em relação as demais normas constitucionais, tendo em vista que “a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição”.²⁶⁵

No Direito de Família, especialmente, é de substancial relevância a efetividade dos direitos e garantias fundamentais que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que as famílias atuais são construídas e valorizadas pelo respeito à plena liberdade e felicidade de seus membros, não podendo haver restrições, sem justa causa, a este espaço constitucional da realização do homem em sua relação sociofamiliar.²⁶⁶

Diante dessa matriz constitucional, que personaliza as relações surgidas do ambiente familiar, deve-se garantir, o máximo possível, a direta e imediata eficácia das normas de direitos fundamentais, como a sua efetividade social, questionando se os efeitos da norma restaram produzidos no mundo dos fatos.²⁶⁷ Para dar maior efetividade e eficácia as normas constitucionais voltadas às relações familiares, sugere Paulo Lobo que:

Se dois forem os sentidos que possam ser extraídos dos preceitos do artigo 226 da Constituição brasileira, deve ser preferido o que lhes atribui o alcance de inclusão de todas as entidades familiares, **pois confere maior eficácia aos princípios de “especial proteção do Estado”** (*caput*) e de realização da dignidade pessoal “de cada de um dos que a integram” [...] a discriminação é apenas admitida quando expressamente prevista na Constituição. Se ela não discrimina, o intérprete ou o legislador infraconstitucional não o podem fazer.²⁶⁸ (grifo nosso)

Essa plena eficácia dos direitos fundamentais deve ser examinada, também, sob a ótica dos direitos de defesa,²⁶⁹ que garantem a esfera dos direitos à liberdade,

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 280.

²⁶⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 45.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 45.

²⁶⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79.

²⁶⁹ De acordo com Alexy, citado por Ingo Salert, os direitos fundamentais de defesa agrupam-se em três categorias: direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; direitos à não afetação de propriedade e situações do titular do direito; direitos à não eliminação de posições jurídicas. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. *apud*. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 288.

direitos-garantia, direitos políticos, igualdade e posições fundamentais em geral, contra abusos e agressões ilegítimas dos poderes estatais e dos particulares, outorgando ao indivíduo o direito subjetivo combatê-las, de modo a garantir a livre manifestação da personalidade e a autodeterminação do indivíduo.²⁷⁰

O texto normativo do art. 5º, §1º, da CF justifica a aplicabilidade imediata dos direitos de defesa, garantindo a plena justiciabilidade deste direitos, no sentido de sua exigibilidade em Juízo. O direito de defesa aplica-se, por força do art. 5º, §2º da CF, aos direitos e garantias de institutos jurídicos como à família, à maternidade, à licença-maternidade, entre outros direitos sociais, difundindo a sua eficácia sobre todo o ordenamento positivo, de modo a orientar o exercício das funções administrativa, legislativa e judiciária. Para Ingo Sarlet:

[...] considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que ensejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.²⁷¹

Em conclusão ao presente tópico, a interpretação do §1º do artigo 5º da Constituição aponta que os direitos e garantias fundamentais devem ser aplicados até onde elas possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento, seja aqueles voltados aos direitos de defesa ou aos direitos a prestação positiva, à exemplo dos direitos sociais. Caso o Poder Judiciário venha a ser provocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplica-las, conferindo ao interessado o direito reclamado segundo as instituições existentes.²⁷² E o Supremo Tribunal Federal vem dando sinais claros nesse sentido, consoante se extrai do voto do relator, Min. Carlos Ayres Britto, na ADI nº 4.277/DF, julgada conjuntamente com a ADPF nº 132:

Com o aporte da regra da **auto-aplicabilidade** possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata”. [...]. Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de ser inscrever no âmbito

²⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-OsDireitosFundamentaisESeusMultiplosSignificadosNa-1983624%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-OsDireitosFundamentaisESeusMultiplosSignificadosNa-1983624%20(2).pdf) Acesso em: 28 abr. 2020.

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109.

²⁷² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** Disponível em: <https://arquivos.integrawebsites.com.br/66582/bc2c06fb00ef651400fb18045b1797b3.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), **se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso.**²⁷³ (grifo nosso).

É com esses contornos, então, que a aplicação dos direitos fundamentais descrita do artigo 5º, §1º da Constituição possui convergência com o método de trabalho proposto pela Teria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, onde o conteúdo normativo só se completa no ato de concretização da norma diante da realidade social e histórica contemporânea, o que permite inferir que tais direitos constitucionais, em razão da sua eficácia, podem e devem ser concretizados diretamente às relações jurídicas de Direito de Família, de modo a buscar racionalidade e verificabilidade às decisões estatais, consoante, portanto, com as exigências de um Estado Democrático de Direito.

²⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4277/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 mai. 2011, DJe.198, divulg. 13 out. 2011, pub. 14 out. 2011, ementa vol. 02607-03, p. 00341 rtj vol. 00219-01, p. 00212.

3. O ÂMBITO NORMATIVO DA LICENÇA-MATERNIDADE PARA CASAIS HOMOAFETIVOS FEMININOS E SUA CONCRETIZAÇÃO

No primeiro capítulo verificou-se que a Teoria Estruturante do Direito é uma teoria da norma que busca dar racionalidade ao Direito, dado que converte a pergunta por “norma e fato” na pergunta pela normatividade e estrutura da norma, constituída pelo programa e âmbito da norma, elementos indispensáveis no processo de concretização das normas de Direito de Família.

O programa da norma é o resultado provisório e intermediário de todos os dados iniciais de linguagem - texto da norma, jurisprudência, doutrina - que serve de orientação e limite para as variantes interpretativas que levarão a produção da norma. O âmbito da norma, por sua vez, são os elementos estruturais extraídos da realidade social desde a perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo, reconhecidos como parte integrante da norma. Desta forma, a norma jurídica é o resultado de um complexo processo de concretização, onde estão envolvidos o programa da norma e o âmbito da norma, e que não existe antes do caso, mas se constrói diante da problematização do caso concreto.²⁷⁴

No segundo capítulo, verificou-se que o programa normativo, que seleciona as abordagens da análise do âmbito normativo e autoriza potencialmente o reconhecimento da dupla licença-maternidade para casais homoafetivos do sexo feminino, é composto, especialmente, pelos direitos e princípios fundamentais constitucionais do Direito de Família – princípios da igualdade e respeito às diferenças, da liberdade, da pluralidade das formas de família e do melhor interesse da criança e do adolescente - tendo como fundamento e norma-guia o princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser concretizados diretamente às relações concretas das famílias brasileiras, a despeito de intermediação legislativa, o que é compatível com a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, conforme observado no tópico 2.4 do capítulo anterior.

Nesse terceiro e último capítulo, pretende-se investigar os elementos do âmbito normativo endereçado pelo programa da norma da licença-maternidade para

²⁷⁴ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 275 e 305.

casais homoafetivos do sexo feminino, com o propósito de indicar quais estruturas materiais podem ser consideradas essenciais ao tema proposto, tornando-se fundamentos para a concretização dos direitos das mães, dos bebês, e das famílias homoafetivas envolvidas.²⁷⁵ Tais elementos da “vida como ela é” possuem grande complexidade, densidade e singularidade, sendo componentes indispensáveis à normatividade, além de fatores de concretização dos direitos fundamentais, individuais e sociais, no âmbito das relações familiares homoafetivas.

Pode-se dizer, desde logo, que quanto mais as normas estejam vinculadas aos dados reais (empíricos), mais a concretização necessitará dos elementos de ligação para dar passos seguros e específicos; e mais “ela precisará, ao mesmo tempo, dos resultados de análises do âmbito normativo, para preencher esses dados com conteúdo jurídico, em vez de utilizá-los apenas como formulação linguística para operações metódicas não esclarecidas sob o ponto de vista racional”.²⁷⁶

Para tanto, F. Müller propõe expor os fatos a uma dupla análise a partir do programa normativo: primeiro, esses fatos continuam sendo relevantes para o programa normativo elaborado? Segundo, são compatíveis com o conteúdo do programa normativo? Somente então podem ser “justificadamente” incluídos na decisão e passíveis de controle no Estado Democrático de Direito, graças a sua apresentação clara e precisa de argumentos.²⁷⁷

Por uma questão de clareza e estrutura da dissertação, alguns textos de normas, sobretudo de normas infraconstitucionais, que integram o programa normativo da licença-maternidade das uniões homoafetivas femininas e não foram incorporados e analisados no capítulo segundo, serão aqui abordados para melhor delinear o círculo real de fatos e problemas do âmbito normativo correspondente, como parte integrante da concretização jurídica.

Nesse sentido, o âmbito da norma que afeta a licença-maternidade para casais homoafetivos do sexo feminino - como fatores da normatividade obrigatória e elementos essenciais da estrutura do respectivo programa normativo - pode ser

²⁷⁵ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 211.

²⁷⁶ Ibidem, p. 254.

²⁷⁷ Ibidem, p. 305.

elaborado segundo três bases empíricas: **a) o direito à maternidade para as mães que compõe uma relação homoafetiva do sexo feminino; b) a maternidade e os avanços médicos e científicos; e c) o aleitamento materno como um direito fundamental em benefício da criança, da mulher e da família homoafetiva.**

3.1. O direito à maternidade para mães que compõem uma relação homoafetiva do sexo feminino

O conceito de cidadania carrega a ideia relacionada aos direitos à igualdade e à liberdade. Os direitos de cidadania não estão necessariamente vinculados a valores universais, mas a decisões políticas. Em muitos casos, os direitos do cidadão coincidem com os direitos humanos, que dizem respeito à dignidade da pessoa humana e prescindem de qualquer norma para serem exigidos.²⁷⁸

Isto porque os direitos humanos são “pretensões éticas constitutivamente associadas à importância da liberdade humana” e servem de fundamento para a elaboração e implementação de leis, assim como para a mobilização de outras pessoas e ao debate público, que, em conjunto ou separado, contribuem para fomentar a concretização de importantes liberdades humanas.²⁷⁹

É nessa base que muitas sociedades introduziram os direitos humanos nas constituições, leis nacionais e por tratados internacionais, e buscam proteger os indivíduos e grupos contra ações e interesses que interferem em suas liberdades fundamentais e na dignidade humana, embora se reconheça “a diversidade de entendimento, implementação e nível de acesso a estes direitos, nas diferentes sociedades e, dentro da mesma sociedade, entre os diferentes grupos sociais”.²⁸⁰

Historicamente, os direitos fundamentais, onde se incluem os direitos humanos, passaram por três momentos. Em um primeiro momento, afirmaram-se como direitos a liberdade individuais, limitando o poder do Estado e criando obrigações de não fazer e de não intervir na vida pessoal de cada pessoa. Num

²⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.32

²⁷⁹ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 401.

²⁸⁰ DA COSTA REIS, Lenice Gnocchi; *et al.* **Maternidade segura no Brasil: o longo percurso para a efetivação de um direito**. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4008/400838234020.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.

segundo momento, impõe-se ao Estado o papel ativo na realização da justiça social, obrigando-o a prestações positivas, como instrumentos voltados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades. Finalmente, os direitos concebidos para a proteção da coletividade, de terceira dimensão, como o direito à paz, ao desenvolvimento e à qualidade do meio ambiente.

Estes direitos não se excluem, mas se complementam e se conjugam à realidade contemporânea brasileira, como o direito à vida a partir dos avanços da ciência e da técnica.²⁸¹ Os direitos humanos e fundamentais, sejam eles civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais, são sempre direitos referidos, primacialmente, à pessoa individualmente considerada, sendo ela o seu titular por excelência.²⁸²

Apesar de alguns autores entenderem que o Direito de Família possa ser objeto de intervenção direta e ostensiva dos Estados, que compete apenas a tutelá-los, é correto afirmar que esta tutela não pode servir como um meio para restringir a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos indivíduos,²⁸³ sobretudo, das mulheres, vítimas ainda dos resquícios de uma sociedade patriarcal, patrimonialista, autoritária e preconceituosa.

Esses direitos e garantias não representam uma liberdade vazia, mas liberdades vinculadas aos dados reais, “reconhecidas em função desses dados e de sua livre possibilidade de existência no que tange à comunidade democrática, liberdades protegidas e, então, respaldadas por meio de outras disposições e institutos do ordenamento jurídico”. Para Friedrich Müller:

Se vincular **a liberdade jurídica aos dados reais** é algo que geralmente faz **parte das possibilidades da abordagem sociológico-jurídica, a inclusão do âmbito normativo na concretização dos direitos fundamentais aumenta a chance de efetivar também um grau crescente de liberdade real por meio de maior racionalidade e clareza metódica do modo de trabalho jurídico.** (grifo nosso).²⁸⁴

²⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira, *et al.* **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233-234.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 223.

²⁸³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 182-183.

²⁸⁴ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 273-274.

Tais direitos devem considerar o conceito de gênero e a forma como a sociedade forma não só a personalidade e o comportamento, mas, igualmente, as maneiras como o corpo, logo, também o sexo, aparece. Destarte, “o conceito problematiza tanto noções essencialistas que remetem a modos de ser, de sentir e de viver a feminilidade e a maternidade”, quanto “noções biologistas do corpo, sexo e sexualidade”.²⁸⁵ Dagmar Meyer pressupõe o conceito de gênero no sentido de:

a) **assumir que diferenças e desigualdades entre homens e mulheres são, social, cultural e discursivamente construídas e não biologicamente determinadas**; b) deslocar o foco da atenção da “mulher dominada, em si” **para relação de poder em que as diferenças e desigualdades são produzidas, vividas e legitimadas**; c) explorar o caráter relacional do conceito e considerar que as análises e intervenções empreendidas neste campo de estudos devem tomar como referência, **as relações e as muitas formas sociais e culturais que, de forma independente e inter-relacionada, educam homens e mulheres como “sujeitos do gênero”**; d) “rachar” a homogeneidade, a essencialização e a universalidade contidas nos termos mulher, para tornar visíveis os mecanismos e estratégias de poder que instituem e legitimam essas noções; e) explorar a pluralidade, a confiabilidade e a provisoriidade dos processos que delimitam possibilidades **de se definir e viver o gênero em cada sociedade e nos diferentes segmentos culturais e sociais**.²⁸⁶(grifo nosso).

É a partir do conceito de gênero que se discute a maternidade, como um direito das mulheres, e a necessidade de reafirmação da centralidade da dualidade “mulher-mãe”, mesmo quando esta vem abreviada no termo “família”, que segue sendo sustentado pelo pressuposto essencialista de que “a reprodução e a sexualidade causam diferenças de gênero de modo simples e inevitável”.²⁸⁷ Nesse sentido, o presente tópico do âmbito normativo pretende demonstrar a relação entre mulheres e maternidade, que começa pela escolha livre, desimpedida e consciente de ser mãe; e o modo como elas planejam, sentem e vivem a maternidade em todas as suas etapas, a despeito da configuração familiar que pertence, com base em aspectos sociais, culturais, psicológicos e biológicos, que devem ser considerados pelo interprete e aplicador da lei quando da norma-decisão que reconhecerá, ou não, a licença-maternidade para mães não gestantes.

²⁸⁵ MEYER, Dagmar E. Estermann. **A politização contemporânea da maternidade**: construindo um argumento. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Dagmar_Meyer/publication/237619825_A_POLITIZACAO_CONTEMPORANEA_DA_MATERNIDADE_CONSTRUINDO_UM_ARGUMENTO1/links/0046353a02a0e9fd3c000000.pdf Acesso em: 19 abr. 2020.

²⁸⁶ Ibidem, p.86.

²⁸⁷ Ibidem, p.98.

O direito à maternidade encontra-se expresso no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 e vem em benefício da concretização do princípio da dignidade das mulheres e também do neonato, cabendo ao Estado estabelecer políticas públicas para o seu pleno exercício, sem, contudo, limitá-lo ou excluí-lo do campo das liberdades constitucionais. A partir dessa premissa, a liberdade garantida pelo direito fundamental à maternidade, e todos os demais direitos que com ele dialogam, não aparece como teor a ser plenamente interpretado, “mas como uma justaposição de específicas garantias materiais de liberdade”.²⁸⁸

A maternidade significa “**condição de mãe**”.²⁸⁹ Como ato social é compreendida como o processo que envolve planejamento familiar, gestação, parto, puerpério e criação dos filhos (as).²⁹⁰ Pela definição percebe-se que o conceito de maternidade não está restrito a fatores apenas biológicos, à exemplo da gestação. Se é assim, o direito à maternidade pode ser postulado, e, portanto, exercido, através da licença-maternidade, por qualquer mulher, gestante ou não, que seja mãe e exerça a maternidade. É um direito da mulher que pretende ser mãe.

É sabido que o processo de constituição da maternidade nas mulheres começa antes mesmo da concepção, desde as primeiras relações e identificações da mulher, passando pela atividade lúdica infantil, a adolescência, o desejo de ter um filho e, para muitas, a gestação propriamente dita, onde são relevados aspectos transgeracionais e culturais, relacionados ao que se espera de uma menina e de uma mulher dentro da família ou em determinada sociedade.²⁹¹ Os motivos da escolha podem estar ligados a várias causas que, isoladas ou conjuntas, se explicariam no ponto de interseção do biológico, do subjetivo e do social, como:

o desejo atávico pela reprodução da espécie, ou pela continuidade da própria existência; **a busca de um sentido para a vida; a necessidade de uma valorização e reconhecimento social [...]; o amor pelas crianças; a**

²⁸⁸ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 273.

²⁸⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 493.

²⁹⁰ GRISCI, Carmem Lígia Lochins. Mulher - mãe. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 15, n. 1-3, p. 12-17, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931995000100003&lng=en&nrm=iso>. acesso em: 20 ago. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98931995000100003>.

²⁹¹ PICCININI, Cesar Augusto *et alii*. **Gestação e a constituição da maternidade**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722008000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 abr. 2020.

reprodução tradicional do modelo familiar de origem, entre outros.²⁹² (grifo nosso)

Esse aspecto social e histórico que compõe o caminho de construção da mulher-mãe é perene em termos de duração, porquanto, querendo ou não, as mulheres são “construídas” para serem mães, a despeito de outras atividades que casualmente possam desempenhar. Em face disso, as suas vidas são regidas pela maternidade; num primeiro momento, “com os ensaios e a probabilidade de virem a ser mães, depois com o ser mãe propriamente dito e ser avó, enquanto reedição da maternidade”. Mesmo para mulheres que exercem as mais diversas atividades, a maternidade se caracteriza como a atividade laboral mais sublime de suas vidas, referindo-se a ela como “mãe tempo integral” e “dedicação exclusiva”. Para a maioria delas o ideal, em regra, seria compatibilizar a maternidade com a realização profissional, o que nem sempre é possível.²⁹³

Para a maioria das mulheres, a maternidade é vista como essência da condição feminina, “ser mulher” e igual a “ser mãe”, e a mãe é considerada como imprescindível para o bom e saudável desenvolvimento dos seus filhos.²⁹⁴ Como consequência, a maternidade continua sendo afirmada por muitas delas como um elemento bastante forte na cultura e identidade feminina pela sua ligação com o corpo e também com a natureza. A maternidade, indiscutivelmente, provoca nas mães transformações corporais, psicológicas, na conjugalidade e no “tornar-se mãe”, que impõe uma série de mudanças em suas vidas.

Nesse contexto, estudo realizado com 39 primíparas, entre 19 e 37 anos, no terceiro trimestre de gestação, buscou investigar os sentimentos das gestantes sobre a maternidade. Um dos pontos analisados foi em relação ao “tornar-se mãe”. As

²⁹² Em relação aos aspectos sociais da escolha da maternidade estão as condições econômicas e culturais das famílias; os projetos e possibilidades profissionais das mulheres, o apoio ou proximidade da família extensiva; as redes de solidariedade femininas. SCAVONE, Lucila. **Maternidade: transformação na família e nas relações de gênero**. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/icse/2001.v5n8/47-59/pt/#ModalArticles> Acesso em: 19 abr. 2020.

²⁹³ GRISCI, Carmem Lígia Lochins. Mulher - mãe. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 15, n. 1-3, p. 12-17, 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931995000100003&lng=en&nrm=iso. acesso em 20 ago. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98931995000100003>.

²⁹⁴ COUTINHO, Maria Lúcia Rocha. Variações sobre um antigo tema: a maternidade para mulheres. In: **Família e casal: efeitos da contemporaneidade**. Organização: Terezinha Feres-Carneiro. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2005, p. 127-128. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/799/79943294010.pdf> Acesso em: 06 set. 2019.

gestantes disseram sentir a gravidez como uma conquista, isto é, como expressão de seus desejos e “obrigações”, embora com certo sentimento de perda, decorrente das mudanças impostas por um (a) filho (a). Elas mostraram preocupação e insegurança em relação ao exercício da maternidade e com os cuidados do bebê em si, o seu futuro e com sua educação. Em que pese tais preocupações, as mães verbalizaram um sentimento de tranquilidade e a percepção de que a maternidade proporciona um crescimento emocional (psicológico). As análises revelaram que “as gestantes vivenciam intensos sentimentos em relação ao tornar-se mãe e que o processo de constituição da maternidade está em franco desenvolvimento, assim o próprio exercício ativo do papel materno”.²⁹⁵ O estudo destaca ainda que:

Os sentimentos que as gestantes apresentam em relação às transformações físicas e emocionais refletem sua percepção de que já **não são as mesmas, de que agora seu corpo e sua função no mundo mudaram**. Pode-se entender este momento com **um dos principais da maternidade** – sem esquecer que antes disso, obviamente, ela nasceu mulher, foi filha e brincou de ser mãe – o que foi contribuindo para a constituição da maternidade, que também é influenciada por determinantes biológicos, psíquicos e culturais. **Mas agora ela é mãe, atento para o seu mundo interno e se reorganiza, uma vez que não se vê como única, e sim, com um bebê**”. (grifo nosso).

A escolha reflexiva para aceitação, ou não, da maternidade, constitui um elemento que possibilita as mulheres que a decisão pela reprodução seja feita com base na experiência adquirida, sem medo, culpa, ou outro sentimento que não a realização individual e/ou social. Essa escolha será mais reflexiva e segura quando maior for a possibilidade de acesso à informação, à cultura e ao conhecimento especializado.²⁹⁶ Não se olvida que a maternidade, tanto pelas exigências de condições afetivas, financeiras e sociais; como pelo número de filhos e de uma “certa” idade para ser mãe, tenha um custo significativo para muitas mulheres.²⁹⁷ Quando grávidas, por exemplo, as mães precisam se preservar de algumas atividades e

²⁹⁵ PICCININI, Cesar Augusto. *et al.* **Gestação e a constituição da maternidade**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722008000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 abr. 2020.

²⁹⁶ SCAVONE, Lucila. **Maternidade: transformação na família e nas relações de gênero**. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/icse/2001.v5n8/47-59/pt/#ModalArticles> Acesso em: 19 abr. 2020.

²⁹⁷ MOREIRA, Lisandra Espíndola; NARDI, Henrique Caetano. Mãe é tudo igual? Enunciados produzindo maternidade(s) contemporânea(s). **Rev. Estud. Fem.** Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 569-594, ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2009000200015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 ago. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2009000200015>.

situações para proteger o bebê, ficando mais presas à maternidade do que o homem à paternidade, que mantém liberdade e independência em relação ao filho.²⁹⁸

Não cabe indagar os motivos pelos quais muitas mulheres optam pela não-maternidade,²⁹⁹ e muito menos apontar os reflexos da desigualdades econômicas, sociais e culturais sobre esta decisão, notadamente em relação as mulheres pertencentes a grupos sociais mais vulneráveis. Também não se ignora que a maternidade pode dificultar as oportunidades de ascensão das mulheres na carreira e na ocupação de espaços de poder e decisão dentro da sociedade, assim como não se despreza a necessária, quiçá indispensável, busca de uma maior equidade na responsabilidade parental entre homens e mulheres. Há quem defenda, nesse sentido, que uma legislação protetiva à maternidade “não foi capaz de gerar benefício às mulheres no campo do empoderamento, demonstrando ser insuficiente e ineficaz em produzir o efeito de igualdade entre os sexos”.³⁰⁰

Não é isso que se pretende debater. O objetivo é garantir as mulheres o exercício pleno das liberdades individuais, a liberdade de manter, conduzir e potencializar o seu bem-estar, como sujeitos autônomos que são, capazes de se autogovernar, de fazer escolhas e se responsabilizar por elas, como a escolha de ter filho (a) e dedicar-se a maternidade. A ideia de liberdade defendida diz respeito a

²⁹⁸ PICCININI, Cesar Augusto. *et al.* **Gestação e a constituição da maternidade**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722008000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 abr. 2020.

²⁹⁹ O desejo de ter ou não filhos é, sem dúvida, complexo, inspira sentimentos contraditórios e é difícil precisar e isolar de toda rede de fatores, tanto psicológicos como sociais. A escolha pode ser vista como uma opção de vida que envolve diferentes questões, como achar o parceiro (a) certo, investir numa carreira profissional, conquistar estabilidade financeira e afetiva, manter a liberdade, dentre tantos outros. BARBOSA, Patrícia Zulato; ROCHA-COUTINHO, Maria Lúcia. Maternidade: novas possibilidades, antigas visões. **Psicol. clin.**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, pág. 163-185, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652007000100012&lng=en&nrm=iso>. acesso em: 21 ago. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0103-56652007000100012>.

³⁰⁰ SAPUCAIA, Mônica; RODRIGUES, Cintia. Proteção à maternidade: uma reflexão sobre o apaziguamento e sedimentação das desigualdades entre homens e mulheres. **Revista da ABET**, v. 15, n° 1, janeiro a junho de 2016, p. 22-32. Em determinado período histórico os estudos feministas privilegiaram a maternidade para explicar a situação de desigualdades das mulheres em relação aos homens. Por parte das correntes mais radicais, considerava-se a maternidade como eixo central da “opressão das mulheres”, já que sua realização determinava lugar das mulheres na família e na sociedade. Portanto, “a recusa consciente da maternidade foi o caminho proposto por esse feminismo para alcançar a liberdade. Esta recusa consistia em uma tentativa de negar o fatalismo biológico feminino da maternidade, romper com o determinismo dado pela natureza, já que era um argumento forte para justificar a desigualdade entre os sexos. SCAVONE, Lucila. **Maternidade**: transformação na família e nas relações de gênero. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/icse/2001.v5n8/47-59/pt/#ModalArticles> Acesso em: 19 abr. 2020.

sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em último estágio, o que decidimos escolher.³⁰¹ Essa liberdade se mostra como uma liberdade positiva. Uma liberdade “vivida na coexistência, na definição dos rumos de vida da pessoa em relação a vida, como espaço de efetiva autoconstituição”.³⁰²

O valor atribuído a essa liberdade pelas mulheres e os caminhos a que ela pode levar não são direcionados pelo jurídico, mormente quando a livre escolha da maternidade é influenciada, em grande medida, por determinantes biológicos, psíquicos e culturais. Ao jurídico cabe, contudo, “oferecer meios para que o exercício da liberdade não seja aniquilado da liberdade e dignidade do outro”.³⁰³ Na verdade, a liberdade para definir a natureza de nossas vidas é um dos aspectos valiosos da experiência de viver que temos razão para estimar.³⁰⁴

Nesse complexo cenário, a família contemporânea, como espaço para a autoconstituição da pessoa no exercício da liberdade de coexistir, não admite mais a interferência do Estado, mormente no que tange à intimidade dos seus membros. Essa ingerência deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, como aquelas direcionadas à inclusão social, a proteção da mulher e da criança, de modo a admitir manifestação de vontade, ampla e consciente, para que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.³⁰⁵ Aliás, é o que dispõe o §7º do art. 226, da Constituição de 1988:

[...] Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar **é livre decisão do casal**, competindo ao Estado **propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito**, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas. (grifo nosso)

³⁰¹ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 266.

³⁰² A proteção da liberdade vivida como autodeterminação, como decisão da própria pessoa sobre os rumos do seu agir e do trajeto de sua história pessoal é corolário do reconhecimento da pessoa em sua dignidade, sem que, para tanto, seja necessário recorrer a abstrações que desloquem o lugar do “eu mesmo” para uma senda alheia à pessoa. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade (s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 323.

³⁰³ Ibidem, p. 27.

³⁰⁴ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 261.

³⁰⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 188.

A Constituição Federal pretendeu, com a obrigação positiva imposta ao Estado, reconhecer o direito constitucional à concepção. Um direito de ser mãe e pai, pelo critério natural ou artificial – mediante a utilização de métodos de reprodução medicamente assistida - aos quais as famílias poderão se valer.³⁰⁶ Esse direito, vinculado as liberdades individuais, como espaço de autodeterminação dos membros da família e da capacidade e oportunidade de fazer escolhas, deve ser considerado como parte indispensável e integrante do âmbito empírico do programa normativo da licença-maternidade para casais homoafetivos do sexo feminino.

A Lei nº 9.263/96, com o intuito de cumprir e orientar o disposto no art. 226, §7º, da CF, prevê que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão, e não apenas do casal, que engloba métodos e técnicas de concepção e contracepção. Para os fins da Lei, o planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 2º),³⁰⁷ e orienta-se através de “ações preventivas e educativas e pelo acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade” (art. 4º). Trata-se, novamente, da possibilidade de os indivíduos fazerem escolhas livres que serão mais amplas quanto menor for a coerção do Estado, sem ignorar “a incidência concreta dos discursos que difusamente constituem redes de poder que sujeitam os indivíduos nas relações sociais, entre os quais estão as relações familiares”.³⁰⁸

A maior agressão que pode acontecer é obstar uma mãe de exercer à plena maternidade simplesmente porque não está grávida, de modo a restringir a sua liberdade de escolha e a igualdade jurídica e social entre duas mulheres que formam um casal do sexo feminino, eliminando da mãe não gestante suas características femininas. Com isso, “limitações que não estão na lei acabam sendo impostas às mulheres com acentuada conotação discriminatória”.³⁰⁹ Destarte, deve-se reconhecer

³⁰⁶ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 584.

³⁰⁷ BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm Acesso em: 01 mai. 2020.

³⁰⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 321.

³⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

a liberdade vivida, cancelar a normatividade por ela engendrada, e oferecer respostas jurídicas coerentes com essa convivência homoafetiva.

À medida que o Estado, através do programa constitucional, assegura o direito fundamental social à maternidade para todas as mulheres, a despeito da configuração familiar que pertença, a concretização desse direito não representa apenas uma obrigação positiva, mas uma obrigação negativa do Estado de não se abster de atuar de forma a garantir a sua satisfação. O intérprete e aplicador da lei precisar ser fiel ao tratamento igualitário garantido pelo texto constitucional, não podendo “estabelecer diferenciações ou revelar preferências” onde não existem,³¹⁰ especialmente quando se trata de duas mães, que constituem um casal de mulheres, e buscam exercer, conjuntamente, a maternidade na sua plenitude.

É preciso assegurar as mulheres à liberdade, à igualdade e o bem-estar, mediante a concretização de direitos fundamentais, que lhes conferiu autonomia, dignidade e respeito dentro da família e da sociedade.³¹¹ Entender diferente é obstar a concretização do direito constitucional à maternidade (art. 6º, CF); e contrariar a proteção dada ao direito das mulheres à dignidade, à igualdade e a liberdade vivida (art. 5º, *caput* e inc. I, CF) e o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição à proteção deficiente (art. 5º, LV, CF). Portanto, negar as mulheres o direito à licença-maternidade é violar, acima de tudo, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante do Estado Democrático de Direito.

3.2. A maternidade e os avanços médicos, tecnológicos e científicos e seus reflexos nas relações homoafetivas femininas

Entendida a importância do direito à maternidade para as mulheres na construção do sujeito mulher-mãe; da capacidade delas planejarem, livremente, o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos; bem como de escolherem o seu par, seja do sexo que for, com o objetivo de constituir uma família, passa-se a analisar em que medida os avanços da ciência médica, da biomedicina e da

³¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 54.

³¹¹ A igualdade de tratamento que se impõe a todas as pessoas no âmbito de suas famílias, sejam quais forem, pode ser pensada como uma igualdade no respeito à liberdade. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade (s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 333.

biotecnologia na área da reprodução humana influenciam as estruturas familiares homoafetivas do sexo feminino, sobretudo, no reconhecimento, constituição e concretização do direito à maternidade, mediante a licença-maternidade.

As transformações na sociedade e a descoberta de técnicas de reprodução medicamente assistida, implicam em uma nova visão de família, com a reformulação dos seus conceitos, onde definições de paternidade e maternidade com fundamento biológico foram superadas.³¹² Nesse sentido, dispõe o artigo 1.593 do Código Civil que: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou de outra origem”. A expressão linguística “outra origem” inclui o parentesco socioafetivo e aquele proveniente da utilização de técnicas de reprodução assistida. O Enunciado 108 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal reconheceu que “no fato jurídico do nascimento, mencionado no artigo 1.603, compreende-se, à luz do disposto no artigo 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.³¹³

O conceito de maternidade, “qualidade de ser mãe”, vai além do vínculo biológico ou da condição de gestante, adotante ou lactante. Mãe será aquela pessoa que desempenha todas as funções que lhe cabe na vida do filho, chamada de maternagem.³¹⁴ É aquela que dá amor, carinho, abrigo e educação...ao filho. Surge, então, a socioafetividade como vínculo de parentalidade, ao lado do biológico, e, em alguns casos, sobrepondo a ele. É o que se chama de “desbiologização” dos laços familiares, fazendo com que o vínculo materno-filial não esteja aprisionado apenas na transmissão de gens, mas onde a realidade afetiva prevalece sobre a biológica.

De acordo com o tópico antecedente, os casais são livres para planejarem a sua filiação, quando, como e na quantidade que desejarem, não cabendo ao Estado, ou a sociedade, impor limites ou condições, nos moldes do art. 226, §7º, da CF. O acesso aos métodos de reprodução assistida é também assegurado pelo programa

³¹² SOUZA, Marise Cunha de. **Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16041216.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019

³¹³ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 08 maio 2020.

³¹⁴ E o processo de criação que gira em torno da mãe. São os cuidados próprios de mãe, materno, afetuoso, dedicado, carinhoso e maternal. EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO. **O que é maternagem?** Disponível em: <https://www.ebc.com.br/infantil/para-pais/2013/07/o-que-e-maternagem>. Acesso em: 27 abr. 2020.

constitucional, porquanto planejamento familiar igualmente significa concretização do sonho de filiação. Destarte, casais homoafetivos do sexo feminino podem ter filhos por meio da socioafetividade, seja pela adoção ou outra forma de reprodução assistida, de sorte que “o afeto como valor jurídico atua como uma ruptura de paradigma da parentalidade biológica, fortalecendo os direitos de famílias formadas por uniões homoafetivas”.³¹⁵

O Código Civil, no art. 1.597, ao tratar das presunções legais de concepção dos filhos, dispôs sobre a reprodução assistida, gênero, onde brotam duas espécies: a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.³¹⁶ Ambas as modalidades podem se realizar de maneira homóloga ou heteróloga. Aquela utiliza-se o material genético do próprio casal, com expressa anuência de ambos; esta, utiliza o material genético de um terceiro doador, a título gratuito, para a fecundação do óvulo da mulher. O Enunciado 129 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal propõe uma nova redação para o referido artigo do Código Civil:

1597-A: A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, **a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.**³¹⁷ (grifo nosso).

O enunciado do CJF pretende garantir a mulher que produz os seus óvulos regularmente, mas não pode levar a gestação a termo, o direito à maternidade, tendo em vista que apenas a gestação caberá a mãe sub-rogada.³¹⁸ Merece menção o

³¹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; *et al.* O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. *in* MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 506. A análise do âmbito normativo precisa também se ater aos valores, no sentido da concepção axiológicas socialmente eficazes, bem como as suas estruturas. A estrutura do âmbito normativo transcreve, igualmente, o “valor” a ser concretizado, que pode ser racionalizado, ao invés de ser executado de modo especulativo. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 248.

³¹⁶ A inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a concepção *in vivo*, no próprio corpo da mulher. A inseminação *in vitro* é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, somente ocorrendo a implantação de embriões já fecundados. ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 584.

³¹⁷ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2020.

³¹⁸ Destaca-se, ainda, o Enunciado 39 do CNJ: “o estado de filiação não decorre do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca da vontade da parte. CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica->

Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) - que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, independentemente de prévia autorização judicial - como medida administrativa importante para concretizar este Direito.³¹⁹

O Conselho Federal de Medicina (CFM), ao disciplinar a questão na Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015,³²⁰ adotou as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, e inovou ao inserir no texto de norma o item II, 3, a possibilidade da “gestação compartilhada” nos casos de união homoafetiva de casais femininos, em que não exista infertilidade, com base tão somente na orientação sexual do casal.³²¹ Com isso, “[...] pode o casal de mulheres utilizar óvulos de ambas para serem inseminados com a escolha de uma delas para gerar o filho, mantendo a maternidade com as duas”.³²²

Emerge, então, uma “terceira modalidade” de reprodução medicamente assistida: aquela em que a fonte do gameta masculino é de doador anônimo, a fonte do feminino é de uma das mulheres da relação estabelecida, o local da fecundação é o laboratório e o local da gravidez é o útero da outra mulher da relação homoafetiva,

federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em: 08 mai. 2020.

³¹⁹ Entre os documentos exigidos para o registro, conta no art. 17: II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários. [...] §3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida. CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525> Acesso em: 11 mai. 2020. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Enunciado nº 12 do IBDFAM estipula que é possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos por reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil.

³²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução do CFM nº 2.121 de 24 de setembro de 2015.** Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

³²¹ [...]. III. [...] 3 – É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva em que não exista infertilidade. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015.** Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

³²² PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As técnicas de reprodução assistida na Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina – principais aspectos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 11, p. 57-71, jan./mar. 2017.

de sorte que o neonato possuirá duas mães biológicas.³²³ Ao fim, “todas tornam-se mães, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa”.³²⁴

Nesse contexto, casais homoafetivos femininos buscam, em clínicas médicas e hospitais especializados na reprodução medicamente assistida, o sonho de conceberem filhos (as) e concretizarem, em conjunto, o projeto de parentalidade: uma cedendo o material genético e a outra, o útero, enquanto aquela que doou o óvulo pode optar por fazer tratamento específico com o propósito de prover o leite-materno ao recém-nascido. Negar ao casal homoafetivo feminino este direito é “reduzir o princípio da pluralidade de entidades familiares, afrontando a dignidade humana, a igualdade substancial e a liberdade”.³²⁵

Os mencionados procedimentos médicos são realizados a partir da utilização de duas técnicas médicas bastante conhecidas: a) a fertilização *in vitro*, modalidade gestação compartilhada; e b) o tratamento farmacológico com hormônios, realizado, conjuntamente ou em separado, com técnicas de manipulação mamária para estimular a produção de leite-materno.

A fertilização *in vitro*, espécie gestação compartilhada, é quando o óvulo de uma da doadora³²⁶ é fecundado em um tubo de ensaio ou outra mídia de cultivo – através da utilização de sêmens de doador anônimo adquiridos em bancos, nacionais

³²³ PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. As técnicas de reprodução assistida na Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina – principais aspectos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 11, p. 57-71, jan./mar. 2017.

³²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 386.

³²⁵ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 584. Mais que isso, é possível que a negativa da licença-maternidade para mulheres não gestantes impeça, na prática, a realização de contratos entre particulares voltados aos métodos de indução a lactação, que viabilizam a estas mães amamentarem os neonatos, de modo a obstaculizar, portanto, o que se define, objetivamente, como autonomia privada, vista como “o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico ao particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam [...]”. MARTINS-CONSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social. apud: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p.123

³²⁶A paciente doadora é submetida a hiperestímulo ovariano, monitorização do crescimento dos folículos via ultrassom e aspiração folicular para a captação de oócitos. Além disso, as doadoras de oócitos devem ter entre 18 e 35 anos, possuir bom estado psicofísico, histórico negativo para doenças de transmissão genética, estudo negativo para sífilis, toxoplasma, rubéola, gonorréia, clamídia, hepatite B e C e HIV, determinados antes da estimulação. FONSECA, Larissa Lupião, *et al*, **Doação compartilhada de óvulos: opinião de pacientes em tratamento para infertilidade**. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/235-240.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2020.

e internacionais, especializados na reprodução humana³²⁷ - gerando embriões que, doravante, serão transferidos para o útero materno da companheira receptora,³²⁸ que levará a gestação a termo.³²⁹ Para Maria Berenice Dias, o método de gestação compartilhada corresponde a uma dupla maternidade.³³⁰

De modo a ampliar as possibilidades de gestação, podem ser usados os óvulos da parceira mais jovem ou daquela que tenha a melhor reserva ovariana, possibilitando a formação de maior número de embriões saudáveis. Outros fatores devem ser levados em consideração no processo fertilização *in vitro*, como:

as condições maternas para gestar, ou seja, a idade e a presença de doenças crônicas como diabetes, hipertensão arterial, nefropatias ou obesidade. Tais situações poderiam levar a uma alteração na escolha de quem iria engravidar. Em torno de 30% dos casos, a avaliação criteriosa pode causar mudanças no planejamento.³³¹

A fertilização *in vitro* possui alta probabilidade de sucesso, o que justifica a procura por casais homoafetivos femininos. Pesquisa realizada em 2015, pela Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida, aponta que 41,25% das fertilizações *in vitro* tiveram sucesso, a partir da transferência de dois embriões, em pacientes com idade entre 35 a 39 anos; e 28,35% em mulheres com idade superior a 40 anos. Dos

³²⁷ Em 2017, a Anvisa divulgou relatório de amostras seminais para uso de reprodução assistida, demonstrando que, entre 2011 a 2016, houve um aumento de 2.625,0% no número de anuências de importação de amostras seminais, passando de 16 anuências em 2011 para 436 em 2016, todas procedentes de três bancos de sêmens norte-americanos: Fairfax Cryobank, Seattle Sperm Bank e Califórnia Cryobank, todos de natureza privada, licenciados em nível local e registrados pelo FDA (Food and Drug Administration). Do total 19% foram das importações foram feitas por casais homoafetivos femininos. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **1º Relatório de Amostras Seminais para uso em Reprodução Humana Assistida.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/4048533/4993603/1%C2%B0+Relat%C3%B3rio+de+Importa%C3%A7%C3%A3o+de+Amostras+Seminais.pdf/0fa75253-6c73-4b7b-be0c-898f03ccace6> Acesso em: 08 abr. 2020.

³²⁸ A paciente receptora terá o endométrio “preparado” para a transferência do(s) embrião(s) formado (s) e selecionado (s), com auxílio de medicação específica. FONSECA, Larissa Lupião, *et alii*, **Doação compartilhada de óvulos: opinião de pacientes em tratamento para infertilidade.** Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/235-240.pdf> Acesso em: 22 abr. 2020.

³²⁹ A inseminação artificial, técnica pela qual o sêmen é introduzido no aparelho genital feminino, é uma solução bem razoável para o casal homoafetivo feminino que almeja ter um filho com a utilização de material fecundante de uma delas: será utilizado sêmen de doador para fecundar o óvulo de uma das parceiras. Fica claro que apenas uma delas vai desenvolver o projeto familiar de ambas. SOUZA, Marise Cunha de. **Possibilidade de procriação com utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida.** Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16041216.pdf> Acesso em: 31 ago. 2019.

³³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 400.

³³¹ LOPES, Vinícius Medina. *et al.* **Tratamento reprodutivo para casais homoafetivos.** Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/publisher.gn1.com.br/rbm.org.br/pdf/v52n3-4a10.pdf> Acesso em: 22 abr. 2020.

18.391 bebês nascidos, 63,22% eram filhos únicos; 34,4% eram gêmeos e 2,8% trigêmeos ou mais.³³²

A segunda técnica utilizada pelos casais homoafetivos femininos é o tratamento hormonal, feito a partir do composto fármaco ativo galactogogos³³³ - substâncias que auxiliam o começo e a continuação da produção adequada de leite - e busca estimular o início e manutenção da lactação em mulheres que não estão grávidas, promovendo, com isso, a produção do leite materno.³³⁴

A aplicação de hormônios começa antes do nascimento da criança, sendo complementado pela estimulação manual do complexo aréolo-mamilar e pela sucção mecânica ou manual dos mamilos, cujos estímulos são interpretados pelo corpo como sinal para começar a produção do leite-materno. Tais estímulos promovem a secreção de prolactina³³⁵ pela hipófise anterior e de ocitocina³³⁶ pela hipófise posterior.³³⁷ Após o nascimento do neonato, a estimulação deve continuar, só que, agora, pela sucção do lactente, de modo a garantir a manutenção da lactação.

³³² SCHWARZE, Juan Enrique. *et al.* **Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American registry, 2016.** Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1472648318304693>. Acesso em: 22 abr. 2020.

³³³ As drogas usadas como galactogogos, devidos à sua segurança, são a metoclopramida e a domperidona. Não há evidências de que esses agentes estimulem a produção de leite em mulheres com níveis elevados de prolactina ou com tecido mamário inadequado à lactação. CHAVES, Roberto G.; LAMOUNIER, Joel A. **Uso de medicamentos durante a lactação.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572004000700011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 abr. 2020.

³³⁴ A Sociedade Brasileira de Pediatria adverte que, diante das evidências existentes até o momento, o profissional de saúde deve ser cauteloso ao prescrever qualquer galactogogo, pesando os riscos e os benefícios potenciais, e sempre informando a mulher sobre as dúvidas existentes quanto à eficácia desses medicamentos e os seus potenciais paraefeitos, recomendando, prioritariamente, os estímulos do complexo aréolo-mamilar, de modo à indução e manutenção da lactação. SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **Uso de Medicamentos e outras substâncias pela mulher durante a amamentação.** Disponível em: https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/Aleitamento_-_Uso_Medicam_durante_Amament.pdf, Acesso em: 11 abr. 2020.

³³⁵ A prolactina é secretada pela pituitária anterior em resposta à estimulação mamilar, tendo sua secreção inibida por estímulo hipotalâmico mediada parcialmente pela dopamina. A concentração sérica de prolactina aumenta durante a gravidez, variando de 10µg/L nas não grávidas até 200 µg/L após 37 semanas. CHAVES, Roberto Gomes. *et al.* **Uso de galactogogos na prática clínica para o manejo do aleitamento materno.** Disponível em: <http://www.rmmg.org/artigo/detalhes/1413> Acesso em: 07 set. 2019.

³³⁶ **Ocitocina.** A sucção do complexo aréolo-mamilar pelo lactente promove estímulo de neurônios sensoriais locais que emitem impulsos nervosos aferentes ao hipotálamo, levando a secreção de ocitocina pela pituitária posterior. A ocitocina secretada é levada, através do sangue, até as glândulas mamárias, onde se liga a receptores específicos nas células mioepiteliais promovendo sua contração e conseqüente expulsão do leite dos alvéolos para os ductos e seios subareolares. Este processo é chamado reflexo de ejeção do leite. *Ibidem*, p.147.

³³⁷ *Ibidem*, p.147.

Evidências anedóticas sugerem que, com assistência nas técnicas de lactação, muitas mães conseguem amamentar os seus filhos com sucesso.³³⁸ A preparação psicológica³³⁹ e o forte desejo de amamentar, são fatores importantes para o êxito do tratamento.³⁴⁰ Entretanto, algumas drogas devem ser evitadas durante o período de tratamento, pois reduzem a produção de leite materno, são elas: os estrogênios, o álcool³⁴¹ e a nicotina,³⁴² esta última provoca a redução da quantidade de leite-materno e o desmame precoce.

Na medida em que, ao optarem pelo procedimento de reprodução por fertilização *in vitro*, casais femininos poderão conceber mais de um filho (a) – isto acontece em quase 40% dos casos, conforme estudo mencionado - o procedimento de indução a lactação para mães não gestantes torna-se de fundamental importância, seja sob o olhar das mães - que amamentarão seus bebês e concretizarão o direito à maternidade - seja pela necessidade dos bebês, que terão leite-materno suficiente para se nutrirem e desenvolverem com saúde e segurança, além dos notórios benefícios de terem a companhia de duas mães, cuidando, dando carinho e amor durante todo o período da licença-maternidade, conferindo ao neonato, portanto, prioridade ao direito à plena convivência familiar, de forma a dar concretude ao princípio da proteção e melhor interesse da criança (art. 227, CF).

Em relação aos aspectos psicológicos das famílias homoafetivas após o sucesso do procedimento de reprodução assistida, destaca-se estudo realizado na

³³⁸ CHAVES, Roberto Gomes; *et al.* **Uso de galactagogos na prática clínica para o manejo do aleitamento materno.** Disponível em: < <http://www.rmmg.org/artigo/detalhes/1413>> Acesso em: 07 set. 2019.

³³⁹ Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva recomenda uma avaliação psicológica antes do início de todo o processo. A consulta também aborda o entendimento do casal sobre os procedimentos, o apoio familiar e a capacidade de lidar com o estresse e inclusive com possíveis resultados negativos. LOPES, Vinícius Medina. *et al.* **Tratamento reprodutivo para casais homoafetivos.** Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/publisher.qn1.com.br/rbm.org.br/pdf/v52n3-4a10.pdf> Acesso: 22 abr. 2020.

³⁴⁰ CHAVES, Roberto Gomes; *et al.* **Uso de galactagogos na prática clínica para o manejo do aleitamento materno.** Disponível em: < <http://www.rmmg.org/artigo/detalhes/1413>> Acesso em: 07 set 2019.

³⁴¹ A ingestão de etanol (1,5 a 1,9 g/kg de peso corporal) pode reduzir significativamente o reflexo de ejeção do leite e reduzir (na dose de 0,3 g de etanol por kg) em até 20% a ingestão de leite pelo lactente. Apesar de a AAP considerar o álcool compatível com a amamentação, deve-se ressaltar que apenas doses baixas (não mais que 0,5g de álcool por quilo de peso da mãe por dia) devem ser utilizadas, devido à baixa atividade das enzimas álcool desidrogenase no lactente e ao relato de efeito supressor da produção de leite. *Ibidem*, p. 7.

³⁴² A AAP considera o tabagismo compatível com a amamentação, devido a estudos que demonstraram que filhos de mulheres tabagistas amamentados ao seio apresentavam menor risco de doenças respiratórias do que filhos de tabagistas que não eram amamentados. *Ibidem*, p. 7.

Inglaterra, Holanda e França, publicado em 14 de novembro de 2017, com a seguinte pergunta: Existem diferenças nos níveis do bem-estar dos pais entre famílias de pais gays com bebês nascidos através de barriga de aluguel, famílias de mães lésbicas com bebês nascidos através de doadores por fertilização *in vitro* e famílias de pais heterossexuais com bebês nascidos através da inseminação artificial?

As famílias foram avaliadas quando os seus filhos estavam entre 3,5 a 4,5 meses de idade. Os casais relataram baixos níveis de estresse, ansiedade e depressão, a despeito da configuração do tipo de família, e consideraram satisfeitos com o relacionamento familiar, após viverem momentos de ansiedade e angústia durante o tratamento.³⁴³ Nesse ponto, o estresse e a insegurança causada às mães não gestantes quanto do reconhecimento do direito à licença-maternidade, pode desencadear, caso o benefício seja negado pelo Estado, um quadro de depressão e um sentimento de incapacidade e frustração da mãe.

Não se pode olvidar que casais homoafetivos femininos, nessa etapa inicial, precisam mais de se apoiarem no cotidiano social. Eles serão obrigados a aprender a lidar com o preconceito, a discriminação, a rejeição e a perplexidade, e resistir a eles, pelos quais passarão, em consultas, nos parques, na vida da maternidade, em contexto de estresse que merece olhar mais tolerante do Estado. Sem paz aos responsáveis pelo lar, não há criança estável que surja. O sucesso desta adaptação depende também da disponibilidade emocional das mães, mormente quando mulheres com opção homoafetiva são vistas de maneira negativa por parcela da sociedade, sendo “questionadas em relação a sua capacidade de encontrar amor, retribuir este amor, criar filhos e se relacionar satisfatoriamente”.³⁴⁴

Em outro estudo de revisão de 252 artigos, publicados entre maio de 2004 a maio de 2014, sobre a parentalidade em casais homoafetivos, concluiu que: a sexualidade dos pais e das mães não é fator determinante no bem-estar e ajustamento

³⁴³ GELDEREN, Van Rijn-van; *et al.* (2018). Bem-estar de pais gays com filhos nascidos de barriga de aluguel: uma comparação com famílias de mães lésbicas e famílias de pais heterossexuais de fertilização *in vitro*. **Reprodução humana** (Oxford, Inglaterra), 33 (1), 101-108. <https://doi.org/10.1093/humrep/dex339>.

³⁴⁴ WASEDA, Daniela; *et al.* Casais homoafetivos femininos: demandas do ciclo vital familiar e aceitação social. **Pensando família**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 115-131, dez. 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2016000200009&lng=pt&nrm=iso>. acesso em: 25 ago. 2020.

psicológico dos filhos, ao contrário, nos casais homoafetivos a relação parental tende a ser próxima, privilegiando a aceitação das diferenças. O risco de problemas emocionais e de comportamento com os filhos são semelhantes aos demais núcleos familiares, sendo que todas estas estruturas são capazes de promover o desenvolvimento positivo da criança, “desde que o ambiente seja afetivo, estimulante e livre de conflitos e estresse”. No estudo, a maternagem foi, na maioria do tempo, exercida pela companheira e não pela mãe biológica.³⁴⁵

Os procedimentos apontados são utilizados, com frequência, por casais homoafetivos do sexo feminino. É possível inferir que o avanço da medicina, das tecnologias em reprodução assistida e da farmacologia, esta última como meio de indução a lactação, permite concluir pela existência de duas mães, afetivas e biológicas - que atuam diretamente no processo do vínculo maternal – de modo a contribuir para que elas realizem o sonho de participarem, conjuntamente, da concepção, do aleitamento e do desenvolvimento saudável do recém-nascido, ou seja, de todas as etapas da maternidade. Tais elementos e dados empíricos³⁴⁶ são indispensáveis para o âmbito normativo e, desse modo, um ponto de vista importante na construção da norma jurídica ao caso concreto, que decidirá pelo reconhecimento, ou não, da dupla licença-maternidade para o casal de mulheres-mães.

Diante dessa realidade densa e complexa, que pertence inseparavelmente a norma e a ela é normativamente incorporada como um dos seus componentes, que se mostra acertada a decisão da Des. Gilda Maria Seixas, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AGI nº 1006167-55.2017.4.01.0000, ao reconhecer a dupla maternidade do casal de mães, de modo a conferir a mãe não gestante à licença-maternidade pretendida, sob o fundamento de que:

[...] tenho por possível a antecipação de tutela recursal, haja vista as dificuldades de amamentação da consorte e o fato de ela/autora se encontrar hábil para tanto (há afirmação médica cabal em tal direção) **e pela dupla maternidade biológica, que se alinham com as já ditas dificuldades sociais e psicológicas de aceitação/acomodação da natureza da relação**

³⁴⁵ ARALDI, Marina Ortolan; SERRALTA, Fernanda Barcellos. **Parentalidade em casais homossexuais:** Uma revisão sistemática. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.24879/201600100020057>. Acesso em: 09 mai. 2020.

³⁴⁶ Dados e estatísticas podem contribuir para um boa decisão judicial desde que inseridos a um modelo decisório estruturante e democrático, no qual a autonomia do Direito receba o prestígio necessário e a literalidade do texto legislativo não seja ignorada ou distorcida. ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 371.

e, ainda, ao ponto fulcral de que há óbvio risco de perecimento do direito, sem que se possa, adiante, repará-lo (a ampulheta do tempo vai célere). (grifo nosso).

Portanto, não deve haver distinção entre mãe biológica e mãe afetiva com vistas ao reconhecimento e concretização dos direitos ao planejamento familiar e a dupla maternidade, por conseguinte, ao direito à licença-maternidade para as mulheres que compõem uma união homoafetiva. As modernas tecnologias de reprodução assistida, aliadas a procedimentos que contribuem para indução da lactação em não gestantes, constituem duplos direitos, que se conjugam e aninham, agrupando e catalisando cuidado e proteção: **o direito de as mães conceberem e amamentarem e o direito de a criança ser nutrida pelas duas, e com elas conviver integralmente neste estágio inicial.**

3.3. O aleitamento materno como direito fundamental da criança, da mulher e da família homoafetiva

Os dois primeiros tópicos do capítulo versaram sobre as bases do âmbito normativo que possuem como sujeitos de direito às mulheres e às uniões homoafetivas femininas - entidade familiar que merece tutela jurídica do Estado. Também se fez menção que após optarem pelo procedimento de gestação compartilhada, muitas mães não gestantes optam pela técnica de indução à lactação com vistas a amamentarem seus filhos (as), usufruindo, conjuntamente com a mãe gestante, dos benefícios decorrentes do ato. Nesse derradeiro tópico, o principal sujeito de direito é a criança, embora a amamentação traga inegáveis benefícios para as mães, a família homoafetiva, a sociedade e o Estado.

Na medida em que a criança é o principal foco de proteção do Estado, o Ministério da Saúde (MS), através da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Criança, tem como finalidade orientar e qualificar as ações de serviços de saúde da criança, tendo como um de seus pilares, a proteção e apoio ao aleitamento materno, desde a “gestação”, seja ela natural ou artificial, considerando-se as vantagens da amamentação para bebês, mães, família e sociedade.³⁴⁷

³⁴⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Criança (PNAISC)**. Disponível em: <https://saude.gov.br/saude-de-a-z/crianca>. Acesso em: 22 abr. 2020.

O Ministério da Saúde (MS) recomenda a amamentação até os dois anos de idade ou mais, e que, nos primeiros seis meses de vida, o recém-nascido receba exclusivamente o leite-materno. Isto porque, quanto mais tempo o bebê mamar no peito da mãe, melhor será para ele e para mãe, especialmente sob o ponto de vista nutricional, imunológico e psicossocial:

Amamentar é muito mais do que nutrir a criança, **envolve uma interação profunda entre mãe e filho, com repercussões no estado nutricional da criança, em sua habilidade de se defender de infecções, em sua fisiologia e no seu desenvolvimento cognitivo e emocional.**³⁴⁸

A Sociedade Brasileira de Pediatria destaca outros benefícios com relação a amamentação exclusiva, como a proteção da criança contra alergias e infecções, ao ser fortalecida pelos anticorpos da mãe, além de favorecer o desenvolvimento dos ossos e fortalecer os músculos da face, facilitando o desenvolvimento da fala, regulando a respiração e prevenindo problemas na dentição.³⁴⁹

O ato de amamentar propicia o contato físico entre mãe e filho (a), estimulando pele e sentidos. Ao estabelecer este importante vínculo maternal, com amor, carinho e sem pressa, o recém-nascido sente o conforto de ver as suas necessidades satisfeitas “e o prazer de ser segurado pelos braços de sua mãe, de ouvir a sua voz, sentir o seu cheiro e perceber seus embalos e carícias”.³⁵⁰

O aleitamento materno possui um aspecto psicológico importante no desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Crianças que mamam no peito tendem a ser mais tranquilas e fáceis de socializar-se durante a infância. As experiências vivenciadas nesse período são extremamente importantes para determinar o caráter do indivíduo quando adulto.³⁵¹ Nessa perspectiva, mamar não supre apenas a necessidade de alimentação, ela satisfaz duas “fomes”:

a fome de se nutrir, de se sentir alimentado, como também a “fome” de sucção, **que envolve componentes emocionais, psicológicos e orgânicos.** Essas duas “fomes” devem estar em equilíbrio, caso contrário, a

³⁴⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Aleitamento materno.** Disponível em: <https://saude.gov.br/saude-de-a-z/crianca>. Acesso em: 22 abr. 2020.

³⁴⁹ SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **A importância do aleitamento materno.** Disponível em: <https://www.sbp.com.br/especiais/pediatria-para-familias/nutricao/a-importancia-do-aleitamento-materno/> Acesso em: 30 set. 2019.

³⁵⁰ ANTUNES, Leonardo dos Santos. *et al.* **Amamentação natural como fonte de prevenção em saúde.** Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/csc/v13n1/14.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2019.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 105.

necessidade de sucção pode não ser alcançada, causando uma insatisfação emocional, e assim a criança buscará substitutos como dedo, chupeta, ou objetos, adquirindo hábitos deletérios.³⁵² (grifo nosso).

No ato de amamentar, a criança estimula um exercício físico contínuo que propicia o desenvolvimento da musculatura e ossatura bucal, proporcionando o desenvolvimento facial harmônico. Isso direciona o crescimento de estruturas importantes, como o seio maxilar para respiração e fonação, desenvolvimento do tônus muscular, crescimento do ântero-posterior dos ramos mandibulares, anulando o retrognatismo mandibular.³⁵³

Estudos mostram que a amamentação está relacionada à ganhos de desempenho em testes de inteligência na infância e na adolescência, de 3,5 pontos na média, com resultados significativos no desempenho escolar. Crianças amamentadas até 12 meses de idade, tiveram, quando adultas, renda 20% superior as demais, devido, sobretudo, à presença de cadeia longa de ácidos graxos poli-insaturados, como docosahexanóico (DHA) e araquidônico (AA) nas propriedades nutricionais do leite-materno.³⁵⁴

Estudo recente do Departamento de Medicina, Divisão de Doenças Infeciosas e Departamento de Microbiologia da Escola de Medicina Icahn em Monte Sinai, Nova York, e do Departamento de Psicologia da Universidade da Califórnia, em Merced, sugere que o leite-materno pode ser usado para a prevenção e/ou mitigação a infecção de COVID-19 em crianças de tenra idade. Isso ocorre porque o leite-materno possui a substância imunoglobulina IgA, que ao ser exposta ao vírus COVID-19 demonstrou alto grau de reatividade (80%), comparado com as amostras de IgG, IgM e Ab, servindo, de acordo com o estudo, como fator imunológico.³⁵⁵

³⁵² ANTUNES, Leonardo dos Santos. *et al.* **Amamentação natural como fonte de prevenção em saúde.** Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/csc/v13n1/14.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2019.

³⁵³ *Ibidem*, p. 105.

³⁵⁴ HORTA, Bernardo L.; *et al.* **Aleitamento materno e inteligência: uma revisão sistemática e metanálise.** Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/apa.13139> Acesso em: 11 maio 2020. OMS. Organização Mundial da Saúde. **Long-term effects of breastfeeding: a systematic review.** Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/79198/9789241505307_eng.pdf;jsessionid=E6C30DD79C07C2ACA01ABC46E77DB022?sequence=1 Acesso em: 11 mai. 2020.

³⁵⁵ No estudo, foram coletadas 15 amostras de leite obtidas de doadores previamente infectados com SARS-CoV-2 e 10 amostras de controle negativo obtidas antes de dezembro de 2019, testadas quanto à reatividade ao Domínio de Ligação ao Receptor (RBD) do SARS-CoV- 2 Proteína Spike por ELISA medindo IgA, IgG, IgM e Ab secretório. FOX, Alisa, *et al.* **Evidence of a significant secretory-IgA-**

Em 2016, a revista científica *The Lancet* publicou artigo intitulado: “Amamentação no século 21: epistemologia, mecanismos e efeitos ao longo da vida”. O estudo trouxe dados empíricos significativos sobre os benefícios do aleitamento materno no mundo e chegou à conclusão de que crianças amamentadas por mais tempo têm menor morbidade e mortalidade. Estima-se que **a ampliação da amamentação possa prevenir 823.000 mortes de criança por ano.**³⁵⁶

Os dados coletados pela pesquisa apontam para dois cenários, um a curto e outro a longo prazo, em relação aos benefícios auferidos pelas crianças quando amamentadas com leite-materno durante determinado espaço de tempo:³⁵⁷

A curto prazo os benefícios apontados foram: a) 12% a menos de risco de morte em comparação com crianças que não foram amamentadas; b) redução de 36% na ocorrência de morte súbita; c) redução de 58% na ocorrência de enterocolite necrotizante (doença de alta letalidade em todos os cenários); d) protege contra diarreia e infecções respiratórias, sendo que metade poderiam ser evitadas pela amamentação, com a redução de 72% das internações por diarreia e 57% das infecções respiratórias; e) proteção contra otite média em crianças menores de 2 anos; e f) redução de 68% na ocorrência de maloclusão dentária.

A longo prazo, verificou-se os seguintes benefícios: a) redução de 26% na chance de desenvolver excesso de peso ou obesidade; b) redução de 35% dos índices de diabetes tipo 2; c) maior nível de inteligência em relação aquelas que são amamentadas por períodos mais curtos, conforme já apontado noutro estudo; e d) redução de 19% na incidência de leucemia na infância.

Não obstante, os benefícios do aleitamento materno não se restringem apenas às crianças. A mesma pesquisa concluiu que o ato de amamentar traz benefícios igualmente para as mães. Os dados indicaram: a) redução de 7% de incidência de câncer de mama, a cada ano de duração da amamentação; b) redução

dominant SARS-CoV-2 immune response in human milk following recovery from COVID-19. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.05.04.20089995v1.full.pdf> Acesso em: 14 mai. 2020.

³⁵⁶ VICTORA, Cesar G., *et al.* **Amamentação no século 21: epidemiologia, mecanismos, e efeitos ao longo da vida.** Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/pdf/ess/v25n1/Amamentacao1.pdf> Acesso em: 22 abr. 2020.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 14-15.

de 30% de incidência de câncer de ovário; c) redução significativa no risco do desenvolvimento de diabetes, tipos 1 e 2. Estima-se, com isso, que **20.000 mortes por câncer de mama em mulheres poderiam ser evitadas somente com a ampliação do período de amamentação.**³⁵⁸

Para além da relação entre mulher e maternidade na construção do indivíduo “mulher-mãe”, desenvolvido nos tópicos 3.1 e 3.2, é fato que as mães tendem a optar pelo aleitamento materno exclusivo, onde não só fornecem o alimento ao (à) filho (a), como promovem a sua saúde, fortalecendo o contato afetivo entre eles, vínculo que começa na concepção, cresce durante a gestação e se fortalece com a amamentação.³⁵⁹ Para as mães, o processo de lactação tem um papel importante: “ao amamentar, o instinto maternal é satisfeito e supre a separação abrupta no momento do parto que pode causar até depressão, reduzida pela formação de uma ligação psíquica duradoura até o desmame progressivo”.³⁶⁰

Ao amamentar, a mãe produz o hormônio ocitocina, responsável pelo intenso laço afetivo que se forma entre a ela e seu bebê. Ele é liberado em grande quantidade na corrente sanguínea após a lactação, reduzindo o estresse e o mau humor. Sua ação é continuada e potencializada no ato da amamentação pela estimulação que a sucção causa sobre a hipófise, de modo a diminuir o tamanho do útero, liberar a placenta, causar atraso da menstruação e, como resultado, prevenir a anemia.³⁶¹

A sensação de bem-estar referida pela lactante no final do tempo da mamada deve-se igualmente à liberação endógena de beta-endorfina no organismo materno. Outros benefícios podem ser apontados em favor da mãe que amamenta, como: a forma física retorna ao peso pré-gestacional; menor risco de desenvolver artrite

³⁵⁸ VICTORA, Cesar G., *et al.* **Amamentação no século 21: epidemiologia, mecanismos, e efeitos ao longo da vida.** Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/pdf/ess/v25n1/Amamentacao1.pdf> Acesso em: 22 abr. 2020.

³⁵⁹ ANTUNES, Leonardo dos Santos. *et al.* **Amamentação natural como fonte de prevenção em saúde.** Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csc/v13n1/14.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2019.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 105.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 106.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 106.

reumatóide; risco reduzido de osteoporose aos 65 anos e menor probabilidade de desenvolver esclerose múltipla.³⁶²

Os benefícios da amamentação para o bebê, mãe, família e sociedade não podem ser desconsiderados na concretização de direitos fundamentais contidos no programa normativo da licença-maternidade para casais homoafetivos femininos, instrumento de concretização do direito à maternidade, pois representam dados poderosos e elementos integrantes do respectivo campo normativo, materialmente estruturado, complexo e denso, cujas particularidades, não apenas fundamenta, mas é formado, questionado e diferenciado normativamente.

Outro dado importante que integra o âmbito da norma é a Intenção Materna de Amamentar (IMA). Muitas mães verbalizam amplamente sobre a importância da prática da amamentação, embora nem todas saibam dizer quais os benefícios que o leite materno traz para si e para seus filhos. Estudo realizado com mães e bebês da cidade de Pelotas/RS sobre a intenção materna de amamentar (IMA) apontou as dificuldades encontradas pelas mães em prolongar o aleitamento materno para além do 6º mês de vida do bebê, como: a) insuficiência de leite (69%); b) recusa inexplicável do bebê (37,9%); c) retorno ao trabalho/escola (24,1%). Entre o período de 6 a 12 meses os motivos foram: a) o retorno ao trabalho/escola (63,6%); b) leite insuficiente (45,5%); e c) a recusa inexplicável da criança (42,4%).³⁶³

Apesar da intenção das mães fosse amamentar com exclusividade os bebês até 6 (seis) meses de idade (74%); e de aumentar a lactação pelo período de até 12 meses, conforme declararam 91% delas, metade dos recém-nascidos foram desmamados precocemente antes de 1 ano de vida, não refletindo, destarte, a intenção externada no pós-parto imediato. O estudo apontou que a Intenção Materna de Amamentar (IMA) está diretamente associada a: a) maior escolaridade; b) menor

³⁶² ANTUNES, Leonardo dos Santos. *et al.* **Amamentação natural como fonte de prevenção em saúde.** Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csc/v13n1/14.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2019.

³⁶³ A literatura existente refere esse fenômeno como bastante raro entre as nutrizes, **podendo tal alegação estar associada à insegurança materna diante das dificuldades da amamentação:** por exemplo, quando elas, erroneamente, pensam que seu leite é fraco ou insuficiente para saciar o bebê. AMARAL, Sheila Afonso do, *et al.* **Intenção de amamentar, duração do aleitamento materno e motivos para o desmame:** um estudo de coorte. Disponível em: <<https://doi.org/10.5123/s1679-49742020000100024>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

idade materna; c) não trabalhar fora do lar; e d) ter recebido informações adequada sobre amamentação durante as consultas de pré-natal.³⁶⁴

Como forma de evitar o desmame precoce, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), elencou algumas regras que garantem um conjunto de benefícios de proteção à mulher grávida, tais como: garantia de emprego, licença maternidade remunerada, creche e pausas para amamentar.³⁶⁵ A Constituição de 1988 seguiu a mesma direção, reconheceu à maternidade como um direito social básico e estabeleceu como objetivo da assistência social “a tutela à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice” (art. 203, inc. I e II, da CF).

O desafio é enorme. A crescente participação da mulher no mercado de trabalho e o curto período de licença-maternidade, 120 dias, mesmo que garantido pelo texto do artigo 7º, inc. XVIII, da Constituição, faz com que a necessidade de retorno ao trabalho esteja entre os **“principais motivos para o desmame entre o 6º e o 12º meses de vida do bebê, período coincidente com o término da licença-maternidade”**. O estudo da IMA reforça a necessidade de ampliação das políticas públicas de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno, atentas à realidade das mães trabalhadoras, tendo em vista que a volta ao trabalho corresponde o principal motivo relatado pelas mães para o desmame precoce.³⁶⁶

Os direitos fundamentais de mulheres e crianças, particularmente os relacionados à alimentação segura e nutrição adequada, são um dos aspectos essenciais para que possam gozar de elevados padrões de saúde e de vida. A garantia de alimentos seguros e nutritivos para as crianças e o direito das mulheres e da família de dispor de informações adequadas e condições que favoreçam suas

³⁶⁴ AMARAL, Sheila Afonso do, *et al.* **Intenção de amamentar, duração do aleitamento materno e motivos para o desmame: um estudo de coorte.** Disponível em: <<https://doi.org/10.5123/s1679-49742020000100024>. Acesso em: 23 abr. 2020.

³⁶⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção Relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade).** Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234869/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 abr. 2020.

³⁶⁶ AMARAL, Sheila Afonso do *et al.* **Intenção de amamentar, duração do aleitamento materno e motivos para o desmame: um estudo de coorte,** Disponível em: <https://doi.org/10.5123/s1679-49742020000100024>.. Acesso em: 23 abr. 2020.

decisões quanto à alimentação de seus filhos (as) na primeira infância são poderosos instrumentos de promoção da saúde e da qualidade de vida.³⁶⁷

As considerações tecidas levam a duas constatações. A primeira, é indiscutível que a amamentação deve ser estimulada, pois cada mamada representa uma vacina para o bebê. O aleitamento materno fornece todos os nutrientes, proteção, desenvolve estruturas ósseas, psicológicas e neurológicas para o contínuo desenvolvimento saudável dos recém-nascidos. Com efeito, é dever da família, da sociedade e do Estado garantir e proteger esses sujeitos de direito, com o propósito máximo de concretizar a doutrina da proteção integral e o princípio fundamental do melhor interesse das crianças e adolescentes, elencados nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 227 da CF.

A segunda, o direito à amamentação é um elemento importante do processo maternal, que gera benefícios futuros para as mães e seus bebês. No caso específico das uniões homoafetivas do sexo feminino, o direito à amamentação deve ser oportunizado para ambas as mães, caso possam e queiram, à vista dos avanços da farmacologia, da biomedicina e da biotecnologia. Amamentar representa às mulheres a concretização de um outro direito fundamental, o da maternidade - “qualidade de ser mãe” - e significa para muitas delas a “essência da condição feminina” e um laço perfeito entre as mães e seus filhos (as), que cumpre, na prática, a função de cordão umbilical extrauterino com efeitos positivos para o resto de suas vidas. **É um direito da mulher que pretende ser mãe.**

3.4. Da concretização do âmbito da norma: conclusão parcial

Pretendeu-se nesse capítulo da dissertação, analisar quais elementos do âmbito da norma, endereçado e estruturado pelo programa normativo da licença-maternidade para casais homoafetivos do sexo feminino, constituem estruturas materiais essenciais ao tema - sem embargo à outras que eventualmente possam existir - tornando-se fundamentos para a concretização dos direitos das mães, dos bebês e dos casais constituídos por duas mulheres, mediante três bases de dados

³⁶⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Bases para a discussão da Política Nacional de Promoção, Proteção e Apoio ao Aleitamento Materno**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017, p. 24.

empíricos: à maternidade na construção do sujeito mulher-mãe; os avanços da biomedicina e dos modernos métodos tecnológicos de reprodução assistida e seus reflexos nas uniões homoafetivas femininas; e a importância da amamentação para os recém-nascidos, mães, famílias, sociedade e Estado.

Pelas evidências sobre os inúmeros benefícios do vínculo maternal e da amamentação para crianças, mães, famílias e sociedade, é imprescindível assegurar às mulheres, mediante proteção legal: o direito à liberdade; à maternidade, mediante à licença-maternidade; o direito ao planejamento familiar no sentido de poderem participar das etapas do processo maternal, com liberdade, inclusive, de contratar e utilizar de todos os tratamentos, exames e métodos científicos disponíveis no mercado, dentre eles, a reprodução heteróloga por gestação compartilhada e das técnicas de indução a lactação para mães não gestantes. São direitos inerentes às liberdades individuais das mães, que englobam a autonomia, a dignidade e a igualdade substancial, devendo o Estado dar o suporte e atenção às suas necessidades, especialmente, aos serviços de saúde pública.

Mostra-se compreensível os motivos pelos quais casais do sexo feminino encontram na ciência médica um caminho seguro para concretizarem o sonho de conceber vida, com a participação de ambas as mães, mediante os métodos avançados de reprodução assistida, o que leva, segundo a doutrina e parte da jurisprudência, ao reconhecimento da dupla maternidade, onde aspectos biológicos e afetivos se convergem e completam. Mais que isso, as mães poderão prover, em conjunto, caso possam e queiram, o aleitamento materno aos seus filhos (as), com inequívocos benefícios para toda a família e sociedade.

Diante dessa realidade, o direito social de caráter prestacional à licença-maternidade passa a ser uma ferramenta jurídica poderosa, quiçá obrigatória, para dar concretude ao vínculo materno entre mães e filhos (as) dentro de uma família homoafetiva constituída só por mulheres, fato sociocultural e histórico que deve ser reconhecido e protegido pelo Estado, sobretudo, pela inexistência de fundamento constitucional impeditivo ao direito das mulheres à dupla maternidade, a despeito da configuração familiar escolhida; e da ordem dirigida ao Estado, a quem cabe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos e princípios

fundamentais do texto constitucional.³⁶⁸ Nesse aspecto, Ronald Dworkin, ao falar da igualdade como pressuposto da Justiça, declara que nenhum governo é legítimo a menos que endosse dois princípios soberanos:

Em primeiro lugar, ele deve demonstrar igual consideração pelo destino de toda pessoa sobre o qual pretende ter domínio. Em segundo lugar, deve respeitar plenamente a responsabilidade e o direito de toda pessoa de decidir por si mesma como fazer de sua vida algo valioso. Esses princípios orientadores definem quais são as teorias aceitáveis de justiça distributiva – teorias que estipulam os recursos e as oportunidades que o Estado deve disponibilizar ao povo que ele governa.³⁶⁹

Todas as bases empíricas do âmbito normativo - o reconhecimento da essência, individualidade e liberdade das mulheres; a liberdade delas planejarem a família e de escolherem os métodos de reprodução assistida disponíveis; e o direito de amamentarem seus filhos, e estes serem nutridas por elas - são relevantes e indispensáveis ao programa normativo da licença-maternidade para casais de mulheres e compatíveis com ele; e funcionam como pressupostos para a concretização dos direitos e princípios fundamentais da Constituição voltado à problemática do caso, real ou fictício. Assim sendo, respondem a dupla análise de pertinência exigida por F. Müller: são relevantes ao programa normativo elaborado e compatíveis com o seu conteúdo. Logo, podem e devem ser incorporados a norma-decisão, graças a apresentação clara e precisa de seus argumentos, o que atende as exigências do Estado Democrático de Direito.

Também atende o princípio constitucional da proporcionalidade, que tem aplicação quando se estabelece uma relação de causalidade entre meio e fim constitucionalmente protegido, discerníveis empiricamente diante da situação concreta analisada. O fim é um estado ambicionado de coisas, e os princípios e direitos fundamentais são normas voltadas à sua promoção. Os meios são as medidas concretas voltadas à realização dessa finalidade. A relação entre meio e fim deve ser adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito).³⁷⁰

³⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, 138.

³⁶⁹ Tratar como iguais significa que o Governo deve tratar todos como livres, como independentes ou com igual dignidade. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 4 e 5.

³⁷⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108.

A adequação pressupõe que o meio deve promover a realização do fim. A necessidade requer a escolha do meio menos restritivo de um princípio ou direito fundamental afetado para chegar-se ao mesmo fim. A proporcionalidade em sentido estrito determina que as vantagens trazidas para a promoção do fim devem guardar correspondência com as desvantagens ensejadas pela adoção do meio.³⁷¹ A licença-maternidade é o meio mais adequado e necessário para concretizar o direito fundamental à maternidade a todas as mulheres, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana. As inúmeras vantagens auferidas pelas mães, filhos (as), famílias homoafetivas do sexo feminino, sociedade e Estado, superam, em número e grau, as desvantagens da concessão da licença-maternidade, limitadas a um “ônus” econômico para o sistema de previdência social estatal, que deverá arcar com o pagamento do benefício previdenciário pelo período de 120 dias.

Na verdade, toda e qualquer justiça distributiva é resultado das leis e dos programas políticos oficiais: “não há distribuição política neutra”. O que a pessoa conseguirá em matéria de recursos e oportunidades dependerá das leis vigentes no local onde ela é governada, sendo que a pessoa não deve ser “condenada a vida em que lhe seja efetivamente negado qualquer papel ativo na vida política, econômica e cultural da comunidade”.³⁷² Nesse sentido, toda a distribuição deve ser justificada demonstrando-se de que modo a ação do governo respeita os dois princípios fundamentais elencados por Ronald Dworkin: “igual consideração pelo destino e o pleno respeito pela responsabilidade”.³⁷³

Destaca-se, igualmente, que é vedado interpretação distante da Constituição que desconsidera o teor do âmbito material dos direitos fundamentais - que são, em alguma medida, concretizações ou projeções do princípio da dignidade da pessoa humana - apenas com base na “avaliação” vaga.³⁷⁴ Ao analisar os elementos estruturais da norma - programa e âmbito da norma da licença-maternidade para casais homoafetivos do sexo feminino, é possível aproximar critérios específicos da

³⁷¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

³⁷² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Boerges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 315.

³⁷³ Idem, 2014, p. 5

³⁷⁴ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 278.

normatividade dos direitos e princípios fundamentais com as circunstâncias reais destas configurações familiares e defini-las de modo mais preciso, para que tornem passíveis de visualização e de controle pelo Estado e pela sociedade, do que a argumentação fundamentalmente linguística, baseada apenas no texto literal, que limita a licença-maternidade à expressão “gestante”.

Como consagrou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 778.889/PE, a única forma de conciliar o direito social à licença-maternidade (art. 7º, inc. XVIII, CF), com a concretização dos direitos e princípios fundamentais que integram o catálogo da Constituição de 1988 – em respeito aos postulados de interdependência, indivisibilidade e complementariedade – é “aquele que reconhece que o seu comando, em verdade, pretendeu alcançar toda e qualquer licença-maternidade”.³⁷⁵ A partir dessa inevitável constatação, redefine-se o campo de incidência do benefício previdenciário, ampliando o seu âmbito de proteção à todas as mulheres, a despeito da sua condição biológica.

Portanto, ao utilizar a metódica pós-positivista proposta pela Teoria Estruturante do Direito de F. Müller - que permite, diante da atual realidade histórica, cultural e social, conhecer, aplicar, avaliar e controlar a aplicação do Direito³⁷⁶ - é possível defender e reconhecer o direito à dupla licença-maternidade para mães que compõem uma relação homoafetiva do sexo feminino. Seja pela condição de gestante de uma delas, onde o direito encontra-se assegurado e expresso no art. 7º, inc. XVIII da Lei Maior; seja às mães não gestantes, em razão do reconhecimento e da necessidade de concretização do direito à maternidade (art. 6º); à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), da liberdade, igualdade e respeito às diferenças (art. 5º, caput e inc. I), da pluralidade das formas de família (art. 226), do melhor interesse da criança (art. 227) e do princípio da proporcionalidade na vertente de proibição à proteção deficiente (art. 5º, inc. LV).

³⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 778.889/PE**, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10 mar. 2016, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dj-159, divulg. 29 jul. 2016, pub. 01 set. 2016.

³⁷⁶ MULLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de direito constitucional. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 28.

CONCLUSÃO

O caminho desenvolvido no decorrer da dissertação buscou aferir a possibilidade de reconhecimento do direito à licença-maternidade para mães que compõem uma relação homoafetiva do sexo feminino, à luz do método pós-positivista proposto pela Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller.

O capítulo inicial foi destinado a descrever a Teoria Estruturante do Direito, destacando, de plano, que no paradigma pós-positivista o texto normativo não se confunde com norma. O texto normativo é o programa normativo, representa o enunciado legal e outros dados linguísticos, que contém informações importantes sobre as ideias normativas fundamentais do texto e serve como porta de entrada e orientação para o processo de concretização. A norma não existe antes do caso, sendo construída durante a análise da situação concreta analisada, mediante a conjugação de elementos linguísticos, programa normativo, com elementos da realidade social, extralinguísticos: o âmbito normativo. A norma, portanto, é um conceito complexo, onde estão envolvidos o programa da norma e o âmbito normativo. Só depois do processo de concretização, destinado a solucionar o caso concreto, é que surge a norma jurídica, fundamentada pelo agente ordenador como pela esfera ordenada. A sentença na qual é produzida a norma para o caso concreto ocorre de modo estruturado e contínuo, que surge em face da situação particular, passível de correção e verificabilidade.

O Teoria Estruturante do Direito é de grande relevância para o Direito de Família, onde as bases normativas encontram-se nos princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, que emanam seus efeitos para o ordenamento jurídico, influenciando a compreensão, interpretação e concretização das normas voltadas às relações familiares. O Direito de Família encontra-se em constante mutação, com isso, o positivismo de outrora tornou-se insuficiente para os conflitos do nosso tempo, à medida em que a concretização do texto normativo deve ocorrer somente diante da complexidade e densidade do caso de família, levando-se em consideração a facticidade, a historicidade e toda a pré-compreensão que o intérprete carrega, tornado o trabalho jurídico estruturado, racional, verificável e de

acordo com as exigências de um Estado Democrático de Direito. Por isso, não se pode falar de vontade da lei ou mesmo do legislador, pois a norma jurídica é resultado da compreensão e interpretação de cada situação particular, influenciado pela realidade e pelos momentos históricos.

O capítulo segundo buscou investigar quais elementos do programa normativo são relevantes ao processo de concretização do direito à licença-maternidade para casais homoafetivos do sexo feminino, tendo como propósito a proteção da mulher, da criança e da família homoafetiva. Os elementos foram divididos em duas bases normativas. A primeira principiológica, onde se encontra a melhor possibilidade para adequação da justiça às relações familiares, composta pelos princípios da dignidade da pessoa humana; da igualdade e respeito às diferenças; da pluralidade das formas de família; e do melhor interesse da criança e adolescente. A segunda é constituída pelos direitos fundamentais constitucionais, como o direito à liberdade, à autonomia, à maternidade e ao planejamento familiar. A partir desses pilares normativos, verificou-se, de plano, que o direito prestacional à licença-maternidade, instrumento de concretização do direito à maternidade, deve ser compreendido, interpretado e aplicado de modo sistêmico, integrativo e coerente com os princípios e direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, tendo como norma-guia e estruturante o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em face disso, o enunciado contido no art. 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal de 1988, que condiciona o direito à licença-maternidade ao estado biológico de gestante da mulher foi subinclusivo, pois não levou em consideração aspectos psíquicos, culturais e também as características próprias do gênero feminino, bem como os direitos das crianças e da família homoafetiva do sexo feminino. Por isso, o estado de gravidez não pode ser visto como fator limitador e determinante a concreção do direito social à maternidade, à medida que o texto normativo buscou alcançar qualquer licença-maternidade, na qual estão inseridas as licenças gestante e adotante, esta última consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 778.889/PE, a todas as mães adotantes. Ademais, ressalta-se o entendimento da Corte Suprema, na ADI nº 4277/DF, que, ao reconhecer as relações homoafetivas como entidades familiares, proibiu o tratamento discriminatório e preconceituoso, sem justa causa, em razão do sexo humano e da configuração familiar escolhida. A

consequência desses julgados do Supremo Tribunal Federal, que levaram em consideração o programa normativo constitucional e o âmbito normativo das relações familiares, é de que as famílias homoafetivas e seus membros estão respaldados por todos os direitos e garantias constitucionais, que não podem ser concretizados sem os pontos de vistas materiais dos respectivos âmbitos normativos.

Mais que isso, a licença-maternidade decorre dos princípios da proteção à maternidade, da mulher, da criança e da família, e está fundada no princípio estruturante da dignidade da pessoa humana em sua vertente sobre a igualdade, liberdade e solidariedade. Como antes defendido, a licença-maternidade deve considerar as singularidades psíquicas e culturais das mulheres, especialmente, nos casos em que duas mães, que compõem um casal homoafetivo, pretendem exercer, conjuntamente, o direito à maternidade, mediante participação em todo o processo maternal, desde a concepção até a amamentação, garantindo, com isso, o pleno desenvolvimento saudável do bebê. Nessa medida, o princípio da igualdade veda discriminações entre pessoas que merecem igual tratamento, isto é, entre duas mulheres, impedindo que o Estado, ao concretizar a norma constitucional, dê tratamento distinto a quem a lei, e também a natureza, definiu como iguais.

A discriminação operada com esteio no dispositivo do art. 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal de 1988 não pode ser considerada como legítima, visto que implica em grave prejuízo ao recém-nascido. Ao mesmo tempo, viola o princípio da igualdade entre as mães, ao dar tratamento diferenciado a mãe gestante e discriminatório, sem causa justificável, a mãe não gestante, incorrendo em dupla ofensa a norma, pois tem que haver uma razão constitucional suficiente para essa desigualação. O direito à maternidade pretende proteger mães e filhos através da tutela do vínculo maternal, onde os valores constitucionais se concretizam por meio da garantia do direito ao gozo da licença-maternidade. Sendo assim, o reconhecimento da mãe não gestante, partícipe de uma relação homoafetiva, no âmbito de concessão da licença-maternidade, tem a capacidade de fortalecer à maternidade, à liberdade e à igualdade substancial para todas as mulheres, e de exteriorizar o respeito estatal às diversas escolhas de vida e configuração familiares existentes, ampliando, portanto, o seu âmbito de proteção.

No último capítulo, foram elencados e analisados os elementos fáticos da realidade social, cultural e histórica que compõe o âmbito normativo da licença-maternidade para casais homoafetivos constituídos por mulheres, como parte integrante e indispensável para a concretude do direito à maternidade ao caso concreto, respondendo a dois questionamentos: são relevantes ao programa normativo elaborado? São compatíveis com o seu conteúdo? Para tanto, buscou-se estruturar os elementos do âmbito da norma a partir de três alicerces empíricos: a) o direito à maternidade para mães que compõem uma relação homoafetiva; b) a maternidade frente aos avanços da medicina, tecnológicos e científicos e seus reflexos nestas uniões; e c) o aleitamento materno como um direito fundamental da criança, da mulher e da família homoafetiva.

O direito à licença-maternidade para mulheres que compõem uma relação homoafetiva inicia pela livre escolha, desimpedida e consciente de ser mãe; e a garantia constitucional de poderem planejar, sentir e viver a maternidade em todas as suas etapas, a despeito da configuração familiar, fundamentado em aspectos sociais, culturais, psicológicos e biológicos. Com efeito, a liberdade assegurada pelo direito fundamental à maternidade, e todos os demais direitos que com ela dialogam, não aparece como teor a ser plenamente interpretado, mas como uma justaposição de específicas garantias materiais de liberdade. É um direito da mulher que pretende ser mãe, posto que são livres para determinar o que querem, o que valorizam e o que decidem escolher, como espaço de efetiva autoconstituição. À medida que o Estado, através do programa constitucional, assegura o direito fundamental social à maternidade para todas as mulheres, a concretização desse direito não representa apenas uma obrigação positiva, mas uma obrigação negativa do Estado de não se abster de atuar de forma a garantir a sua satisfação.

O segundo alicerce diz respeito aos avanços médicos, tecnológicos e científicos, que tiveram grandes reflexos nas relações homoafetivas, sobretudo, nas relações entre duas mulheres. As novas formas de reprodução assistida, com destaque para a gestação compartilhada via inseminação *in vitro*, permite que uma mãe ceda o material genético e a outra, o útero, enquanto aquela que doou o óvulo pode fazer tratamento específico, mediante fármacos hormonais e técnicas de manipulação mamária, com vistas à estimular e prover o leite-materno. Esses

modernos métodos de reprodução assistida dão concretude ao projeto de parentalidade buscado pelas famílias homoafetivas do sexo feminino e permite concluir pela existência de duas mães, biológicas e afetivas, que atuam diretamente no processo do vínculo maternal, a fim de contribuir para que realizem o sonho de participarem, conjuntamente, da concepção, do aleitamento e do desenvolvimento saudável do recém-nascido, isto é, de todas as etapas da maternidade. São direitos que se conjugam e aninham, agrupando e catalisando cuidado e proteção: o direito de as mães conceberem e amamentarem e o direito de a criança ser nutrida pelas duas, e com elas conviver integralmente neste estágio inicial.

Tão importante quanto os demais alicerces do âmbito normativo, está o direito à amamentação, que traz benefícios não só para a saúde dos bebês, prevenindo a morte de 800.000 de crianças por ano, como para a saúde das mães, onde apenas a ampliação do período de amamentação evitaria a morte de 20.000 mulheres decorrentes de câncer de mama, dentre tantas outras doenças. Os elementos empíricos do âmbito da norma devem ser analisados em conjunto e correspondem dados poderosos e indispensáveis no processo de concretização do direito prestacional à licença-maternidade para casais do sexo feminino. Diante dessa realidade, o benefício previdenciário, meio de concretização do direito social à maternidade, passa a ser uma ferramenta jurídica poderosa, quiçá obrigatória, para dar concretude ao vínculo materno entre mães e filhos dentro de uma família homoafetiva constituída por mulheres, fato sociocultural e histórico que deve ser compreendido, reconhecido e protegido pelo Estado. Logo, respondem afirmativamente a análise de pertinência exigida por F. Müller: são relevantes ao programa normativo elaborado e compatíveis com o seu conteúdo.

Portanto, é possível defender o reconhecimento e a concessão da dupla licença-maternidade para mães que formam uma relação homoafetiva do sexo feminino, a despeito do estado biológico de gestante, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana; da igualdade e respeito às diferenças; da pluralidade das formas de família; do melhor interesse da criança; e dos direitos fundamentais à liberdade, à maternidade, ao planejamento familiar, à solidariedade, enfim, ao direito à felicidade. Assim como Maria Berenice Dias, entendemos que: “A Justiça não é cega e nem surda. Precisa ter olhos abertos para

ver a realidade social e os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por elas esperam”.³⁷⁷

³⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **A igualdade desigual**. Disponível em: <
<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/38>. Acesso em: 11 set 2019.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; *et al.* **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito.** 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Processo constitucional brasileiro.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

ANTUNES, Leonardo dos Santos. *et al.* **Amamentação natural como fonte de prevenção em saúde.** Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csc/v13n1/14.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2019.

ALMEIDA, Fabiane Cristina de; VALADARES, Maria Goreth Macedo. Aplicação do art. 139, IV, do novo CPC em execução de alimentos: suspensão do direito de dirigir. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões.** São Paulo, n. 18, 2016.

AMARAL, Sheila Afonso do, *et al.* **Intenção de amamentar, duração do aleitamento materno e motivos para o desmame: um estudo de coorte.** Disponível em: <https://doi.org/10.5123/s1679-49742020000100024>. Acesso em: 23 abr. 2020.

ARALDI, Marina Ortolan; SERRALTA, Fernanda Barcellos. **Parentalidade em casais homossexuais: Uma revisão sistemática.** Disponível em: <http://dx.doi.org/10.24879/201600100020057>. Acesso em: 09 mai. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. **Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão.** Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461>>. Acesso em: 02 out. 2019.

BARBOSA, Patrícia Zulato; ROCHA-COUTINHO, Maria Lúcia. Maternidade: novas possibilidades, antigas visões. **Psicol. clin.**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, pág. 163-185, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652007000100012&lng=en&nrm=iso>. acesso em: 21 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Criança (PNAISC)**. Disponível em: <https://saude.gov.br/saude-de-a-z/crianca>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Aleitamento materno**. Disponível em: <https://saude.gov.br/saude-de-a-z/crianca>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Bases para a discussão da Política Nacional de Promoção, Proteção e Apoio ao Aleitamento Materno**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e Adolescente. Brasília, DF, 13 de jul. de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 05 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1996. Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm> Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Regime Jurídico do servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF, 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o §7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm Acesso em: 01 mai. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm; Acesso em: 07 nov. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **1º Relatório de Amostras Seminais para uso em Reprodução Humana Assistida**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/4048533/4993603/1%C2%B0+Relat%C3%B3rio+de+Importa%C3%A7%C3%A3o+de+Amostras+Seminais.pdf/0fa75253-6c73-4b7b-be0c-898f03ccace6>. Acesso em: 08 mai. 2020.

CARVALHO NETO. Tarcísio Vieira de. O princípio da *non reformatio in pejus* e o controle de legalidade no processo administrativo. *In*: ALMEIDA, Fernando Dias Meneses de. *et al. Direito Público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

CHAVES, Roberto G.; LAMOUNIER, Joel A. **Uso de medicamentos durante a lactação**. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0021-75572004000700011>. Acesso em: 22 abr. 2020.

CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. *In: O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 175 de 14/05/2013. **Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754> Acesso em: 08 mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 63 de 14/11/2017. **Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525> Acesso em: 15 mai. 2020.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução do CFM nº 2.121 de 24 de setembro de 2015**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

COUTINHO, Maria Lúcia Rocha. Variações sobre um antigo tema: a maternidade para mulheres. *In: Família e casal: efeitos da contemporaneidade*. Organização: Terezinha Feres-Carneiro. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2005, p. 127-128. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/799/79943294010.pdf>> Acesso em: 06 set 2019.

DA COSTA REIS, Lenice Gnocchi; EDAIS PEPE, Vera Lucia; CAETANO, Rosângela. **Maternidade segura no Brasil: o longo percurso para a efetivação de um direito**. p.

1139- 1159. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4008/400838234020.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Família homoafetiva**. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2282>> Acesso em: 10 set. 2019.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Entrevista: Constitucionalização do direito privado**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/entrevistas/constitucionalizacao-do-direito-privado/15740>. Acesso em: 19 out. 2019.

_____. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FONSECA, Larissa Lupião, *et al*, **Doação compartilhada de óvulos: opinião de pacientes em tratamento para infertilidade**. Disponível em: <http://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/71/235-240.pdf> Acesso em: 22 mai. 2020.

FOX, Alisa, *et al.* **Evidence of a significant secretory-IgA-dominant SARS-CoV-2 immune response in human milk following recovery from COVID-19.** Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.05.04.20089995v1.full.pdf> Acesso em: 14 mai. 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** 15. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis RJ: Vozes Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

GELDEREN, Van Rijn-van; *et al.* (2018). Bem-estar de pais gays com filhos nascidos de barriga de aluguel: uma comparação com famílias de mães lésbicas e famílias de pais heterossexuais de fertilização in vitro. **Reprodução humana** (Oxford, Inglaterra), 33 (1), 101-108. <https://doi.org/10.1093/humrep/dex339>.

GRISCI, Carmem Lígia lochins. Mulher - mãe. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 15, n. 1-3, p. 12-17, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931995000100003&lng=en&nrm=iso>. acesso em: 20 ago. 2020.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional.** Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; *et al.* O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. *in* MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Atlas, 2009.

HORTA, Bernardo L. *et al.* **Aleitamento materno e inteligência:** uma revisão sistemática e metanálise. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/apa.13139> Acesso em: 11 mai. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv49230.pdf> Acesso em: 06 mai. 2020.

_____. **Estatísticas de registro civil 2018.** Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2018_v45_informativo.pdf Acesso em: 08 mai. 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do *numerus clausus*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, Vinícius Medina. *et al.* **Tratamento reprodutivo para casais homoafetivos.** Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/publisher.gn1.com.br/rbm.org.br/pdf/v52n3-4a10.pdf> Acesso em: 22 abr. 2020.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *et al.* **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-OsDireitosFundamentaisESeusMultiplosSignificadosNa-1983624%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-OsDireitosFundamentaisESeusMultiplosSignificadosNa-1983624%20(2).pdf) Acesso em: 28 mai. 2020.

MEYER, Dagmar E. Estermann. **A politização contemporânea da maternidade: construindo um argumento.** Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Dagmar_Meyer/publication/237619825_A_POLI

TIZACAO_CONTEMPORANEA_DA_MATERNIDADE_CONSTRUINDO_UM_ARGUMENTO1/links/0046353a02a0e9fd3c000000.pdf Acesso em: 19 abr. 2020.

MOREIRA, Lisandra Espíndula; NARDI, Henrique Caetano. Mãe é tudo igual? Enunciados produzindo maternidade(s) contemporânea(s). **Rev. Estud. Fem.** Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 569-594, ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2009000200015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

_____. **Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção Relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade)**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 abr. 2020.

PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As técnicas de reprodução assistida na Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina – principais aspectos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 11, p. 57-71, jan./mar. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PICCININI, Cesar Augusto *et al.* **Gestação e a constituição da maternidade.** Disponível em <https://doi.org/10.1590/S1413-73722008000100008>. Acesso em: 18 abr. 2020.

PINHEIRO, Luana. *et al.* **Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões.** Disponível em: https://www.jstor.org/stable/24327898?seq=1#page_scan_tab_contents . Acesso em: 01 out. 2019.

ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento.** Salvador: JusPODIVM, 2017.

_____. **Curso de direito civil: famílias.** 9. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. Disponível em: https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/Aleitamento_-_Uso_Medicam_durante_Amament.pdf, Acesso em: 11 abr. 2020.

SCAVONE, Lucila. **Maternidade**: transformação na família e nas relações de gênero. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/icse/2001.v5n8/47-59/pt/#ModalArticles> Acesso em: 19 abr. 2020.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SCHWARZE, Juan Enrique. *et al.* **Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin american registry, 2016**. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1472648318304693>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Disponível em: <https://arquivos.integrawebsites.com.br/66582/bc2c06fb00ef651400fb18045b1797b3.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SOUZA, Marise Cunha de. **Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16041216.pdf> . Acesso em: 31 ago. 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Rio de Janeiro: Fórum, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isso: decido conforme a minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

_____. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 778.889**, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em: 10 mar. 2016, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dje-159, divulgação 29 jul. 2016 pub. 01 ago. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 898.060**, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21 set. 2016, processo eletrônico repercussão geral - mérito dje-187, div. 23 ago. 2017, pub.24 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 132/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 mai. 2011, DJe-198, pub. 14 out. 2011, v. 2607-01, p. 1.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão geral no **Recurso Extraordinário 1.211.446/SP**. Dj. 19 nov. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Novas formas de entidades familiares**: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *In*: Temas de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Acórdão n. 855780**, 20130110227074APC, Rel. Mario-Zam Belmiro, 2ª turma cível, data de julgamento: 04 mai. 2015. pub. 20 mar. 2015.

UNICEF. **Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contra-mulheres>. Acesso em: 27 abr. 2020.

VICTORA, Cesar G., *et al.* **Amamentação no século 21: epidemiologia, mecanismos, e efeitos ao longo da vida**. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/pdf/ess/v25n1/Amamentacao1.pdf> Acesso em: 22 abr. 2020.