

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Maria Letícia da Costa

A Licença Paternidade no Contexto das Novas Formações Familiares

Juiz de Fora
2013

Maria Letícia da Costa

A Licença Paternidade no Contexto das Novas Formações Familiares

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Hermenêutica de Direitos Fundamentais.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Elena de Carvalho Gomes.

Juiz de Fora

Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

2013

C837h

Costa, Maria Letícia da

A licença paternidade no contexto das novas formações familiares. / Maria Letícia da Costa – Juiz de Fora, 2013.

94f

Orientadora: Profª Elena de Carvalho Gomes

Dissertação (Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais) – Universidade Presidente Antônio Carlos, 2013.

1. Licença-maternidade 2. Licença-paternidade 3. Princípio da Igualdade 4. Novas Constituições Familiares 5. Direito do Trabalho.
I. Título II. Universidade Presidente Antônio Carlos

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Elena de Carvalho Gomes, por me guiar na elaboração deste trabalho.

Aos meus pais, por ajudarem a concretizar este sonho. A minha mãe, pelo incentivo e por acreditar na viabilidade deste projeto de vida.

Ao meu filho, fonte de força para este projeto de vida.

Ao meu marido, motivo de inspiração, que me fez visualizar todo este caminho. Foram os teus passos que me encorajaram a chegar até aqui.

Às minhas amigas Kênia Rodrigues Magalhães, pelas palavras de incentivo, e Ariana Eleutério pelo apoio incondicional.

RESUMO

Este trabalho procurou analisar a possibilidade de concessão de licença-“maternidade” aos trabalhadores do sexo masculino que se encontrem nas mesmas condições que a mulher ao usufruírem esse benefício. A Constituição Federal garante a licença-paternidade por prazo bastante inferior ao concedido à mulher, uma vez baseia-se na premissa de que é ela quem irá se responsabilizar pelos cuidados prestados à criança. No entanto, essa responsabilidade não é mais atribuída exclusivamente à mulher. Existem situações em que o homem é o único responsável por cuidar do menor. Nesse sentido, parte-se da hipótese de que a expansão dessa garantia legal efetiva o tratamento isonômico garantido no Estado Democrático de Direito. O objetivo deste trabalho é identificar como a falta da concessão, aos trabalhadores do sexo masculino, do mesmo benefício concedido às trabalhadoras do sexo feminino acarreta uma lesão não só aos direitos do pai, mas principalmente à criança. Esta é a mais prejudicada, tendo em vista que é privada do convívio com o seu genitor e de receber os cuidados que são necessários à sua sobrevivência. Além disso, o fato que está gerando a necessidade do benefício é o mesmo, não se pode negar a ampliação da licença nessa situação sob a simples alegação de que o destinatário é a mulher. O que interessa saber de quem vão partir os cuidados? Fez-se análise crítica reflexiva do conteúdo normativo e das decisões que negam o benefício simplesmente por falta de previsão expressa. Além disso, foi realizada pesquisa jurisprudencial para a análise de decisões que já enxergam a possibilidade de ampliação desse benefício para os trabalhadores do sexo masculino. A necessidade de abandono dessa concepção positivista e a carência de tratamento igual para todos aqueles que se encontram na mesma situação, conforme previsto constitucionalmente, serão os fios condutores do presente trabalho.

Palavras-chave: Licença-maternidade. Licença-paternidade. Princípio da Igualdade. Novas Constituições Familiares. Direito do Trabalho.

ABSTRACT

This work is intended to examine the possibility of granting maternity leave to males who are in the same condition as the woman enjoying this benefit. The Federal Constitution guarantees paternity leave for a much less period than that granted to women, since part of the premise is that the woman will be the one responsible for taking care of the child. However, this responsibility is no longer assigned exclusively to women. There are situations where a man is the one responsible for taking care of the child. In this sense, it is assumed that the expansion of this legal guarantee would implement the isonomic treatment guaranteed in a democratic state. The objective of this work is to identify how the lack of this benefit to male workers entails an injury; not only within the rights of the father, but especially to the children, once this is the most affected, taking into consideration that the child is deprived of contact with his father and also deprived of receiving the care that is necessary for their survival. Furthermore, the fact that is generating the need of the benefit is the same; so one cannot deny giving extension of this leave to the father in this situation under the mere allegation that the recipient is a woman. How important is to know who is going to take care of the child? There will be made a critical and reflexive analysis of the normative content and the decisions that deny the benefit simply from lack of express provision. Moreover, research of jurisprudential decisions will be realized to analyze some of them that already they see the possibility of extension for these workers. The necessity of abandoning this positivistic conception and the need for equal treatment to all those who are in the same situation as provided constitutionally, will be the main strands of this work.

Key words: Maternity leave. Paternity leave. Equality principle. New Family Constitutions. Labor Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PL	Projeto de Lei
PSC	Partido Social Cristão
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNIPAC	Universidade Presidente Antônio Carlos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 CAPÍTULO I - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA EVOLUÇÃO..	13
1.1 Conceito de igualdade.....	16
1.2 Critérios para aplicação do princípio da igualdade.....	18
1.2.1 A igualdade por Alexy.....	18
1.2.3 A igualdade por Aristóteles.....	20
1.2.4 A igualdade e a justiça, por John Rawls.....	24
1.3 Igualdade formal e igualdade material.....	30
1.4 A igualdade entre os sexos.....	33
1.4.1 Aspectos históricos da igualdade entre os sexos.....	33
1.4.2 A igualdade entre os sexos nas normas jurídicas.....	36
2 CAPÍTULO II - A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	42
2.1 O instituto familiar em Roma.....	42
2.2 A família na Grécia.....	43
2.3 A família no direito canônico.....	43
2.4 A família na concepção de Friedrich Engels.....	44
2.5 Das novas constituições familiares.....	46
2.5.1 Liberdade de constituição familiar.....	46
2.5.2 A reconstrução da família na legislação brasileira.....	48
2.5.3 Das uniões homossexuais.....	50
2.5.4 Das famílias monoparentais.....	57
2.5.4.1 Do celibato.....	58
2.5.4.2 Do rompimento do casamento.....	59
3 CAPÍTULO III - O TRABALHADOR DO SEXO MASCULINO E A LICENÇA-MATERNIDADE.....	63
3.1 Divisão sexual do trabalho.....	63
3.2 O trabalho feminino nas Revoluções Industriais.....	64

3.3 A proteção da mulher no mercado de trabalho.....	66
3.4 Do direito à licença-maternidade.....	67
3.5 Da possibilidade de concessão da licença-maternidade ao trabalhador do sexo masculino.....	69
3.6 Da licença em caso de adoção.....	71
3.7 Da concessão do benefício ao pai em caso de falecimento ou incapacidade da mãe.....	78
3.8 Da interpretação principiológica.....	82
3.9 Do princípio da dignidade da pessoa humana.....	84
3.10 Princípio do melhor interesse do menor.....	85
 CONCLUSÃO.....	 89
 REFERÊNCIAS.....	 94
 ANEXOS.....	 98

INTRODUÇÃO

Atualmente é possível encontrar famílias que são formadas por um homem e seus descendentes, por casais homossexuais (que podem realizar adoção) ou por pai viúvo. Este trabalho pretende demonstrar que existem formações familiares reconhecidas pelo direito com ausência da figura materna. E, se existem, vislumbra-se a necessidade de se ajustar o direito à licença-maternidade diante desses novos modelos de família.

A Constituição Federal assegura o direito à licença-maternidade à gestante por no mínimo 120 dias, enquanto a licença-paternidade, regulamentada pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é garantida por cinco dias. Esse tratamento desigual é justo tendo em vista que na ausência da mulher o homem se torna diretamente responsável por prestar os cuidados necessários à criança?

O tratamento isonômico é assegurado pela Constituição Federal. Assim, é possível tratar os desiguais de forma desigual, mas quando há condições igualitárias o tratamento igual deve ser aplicável como condição de justiça. Trata-se de um direito fundamental previsto na Constituição Federal. Veja-se: o pai que é diretamente responsável por cuidar da criança irá necessitar do tempo concedido pela licença para exercer os cuidados de que ela necessita. Por que o pai e a criança serão privados desse direito sob o simples argumento de que a lei prevê o benefício à mulher? O que este presente trabalho procura demonstrar é que, nessas condições, o fato pelo qual o direito é concedido é o mesmo. Não se pretende aqui ampliar o direito para todo e qualquer trabalhador do sexo masculino, mas somente àqueles que necessitam do benefício por falta da figura materna.

A lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos (BANDEIRA DE MELO, 2009, p. 10). Tratamentos diferenciados são permitidos, pois visam à igualdade. O que não é legítimo é conceder tratamento divergente por uma questão de gênero, tão somente. Ora, o homem que se torna único responsável pela criança é também digno desse direito.

A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se tal razão não existe, é obrigatório tratamento igual (ALEXY, 2011, p. 408). A princípio, a concessão de licença-maternidade à mulher tem uma razão de ser. Culturalmente e biologicamente é esta quem irá se dedicar aos cuidados ao recém-nascido, mas na sua ausência esses deveres serão atribuídos ao pai. Nesse contexto, a “razão suficiente” sustentada por Alexy já não existe, surgindo então a necessidade do tratamento igual.

Se pessoas que estão em pé de igualdade recebem direitos diferenciados, ocorrem discriminações ilegítimas. Os indivíduos possuem o direito de serem tratados de maneira igualitária, garantia atribuída pela Constituição Federal em vários dispositivos. Primeiramente, o art. 3º estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O art. 5º, I, garante o direito à igualdade, o art. 7º, XXX, estabelece a igualdade no mercado de trabalho e o art. 226 afirma que é dever da família, da sociedade e do Estado colocar a criança a salvo de qualquer discriminação.

Vários são os dispositivos constitucionais que asseguram a prevalência da igualdade. A legislação não pode ficar inerte, pois é ela que efetiva esse princípio constitucional. Na falta de previsão expressa, há outros mecanismos que garantem legitimidade às decisões judiciais. O Estado Democrático de Direito permite a reconstrução interpretativa por meio do sistema principiológico e da analogia, pois o principal objetivo é fazer justiça.

Assim, não interessa de quem vão partir os cuidados, o mais beneficiado com a licença é a criança. Não é relevante se quem o guarda é um sujeito do sexo masculino ou feminino. Há necessidade de ruptura dessa concepção positivista legalista. O juiz não pode se restringir a ser a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta maneira não podem moderar a força nem o rigor (MONTESQUIEU, 1993, p. 179), se existe princípio que ampare a decisão do magistrado, é perfeitamente aplicável esse direito ao trabalhador do sexo masculino.

Procura-se aqui demonstrar, com base em decisões dos tribunais, as duas posições divergentes. Seriam legítimas as decisões negando o benefício a esses trabalhadores por falta de previsão legal? Essas decisões são legítimas do ponto

de vista de um direito moderno inserido no Estado Democrático de Direito? Ou encontram-se legitimadas graças a uma herança positivista? Por outro lado, também existem decisões reconhecendo a possibilidade de aplicação desses direitos, desvinculadas dessa herança positivista, que reconhece a legalidade simplesmente por pertencer ao texto legal. Sustenta-se que, por mais que não haja previsão legal, há princípios que os permitem decidir favoravelmente ao trabalhador, como, por exemplo, o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança.

Este estudo pretende demonstrar que a negativa de concessão deste benefício ao trabalhador do sexo masculino, quando este se torna diretamente responsável por cuidar da criança, provoca uma afronta ao princípio da isonomia.

O estudo está dividido em três capítulos. No primeiro faz-se análise do princípio da igualdade, pois este é o principal alicerce que autoriza a ampliação da licença-paternidade, indicando quais são os critérios que possibilitam o tratamento desigual - pois não pode ser concedido de forma aleatória sem que existam diferenças autorizadoras para ensejar-se o tratamento diferente - e quando deve ser aplicado o tratamento igualitário. Faz-se análise dos pressupostos defendidos por alguns doutrinadores.

O segundo capítulo apresenta as novas formações familiares, que abandonaram a velha concepção construída a partir da família como aquela que teria necessariamente a figura paterna e materna. Assim, com o reconhecimento, por exemplo, das uniões homossexuais e com a possibilidade de um homem solteiro efetuar a adoção, surgiu a necessidade de que estes se dedicassem aos cuidados à criança. No entanto, deparam com o entrave legal, que lhes atribui tempo ínfimo para que possam encarregar-se dessas responsabilidades.

O terceiro capítulo propõe-se à análise da inserção da mulher no mercado de trabalho e a desmitificação de que ela estaria restrita ao exercício das funções domésticas e familiares. Posteriormente, faz-se referência à licença-maternidade, mostrando-se como esta é garantida na atual legislação brasileira. Em seguida, é feita análise da possibilidade da concessão da licença aos trabalhadores do sexo masculino, elucidando a necessidade que se perfaz na sociedade atual de conceder no mesmo molde a licença àqueles pais que estão responsáveis pela criança, à luz dos princípios constitucionais.

O presente trabalho apresenta como marco teórico a teoria adotada por Robert Alexy, a respeito do dever de tratamento igual, se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório (ALEXY, 2011, p. 408) e como marco histórico a Constituição Federal de 1988, especialmente o direito à igualdade, considerado direito fundamental.

A temática escolhida vai ao encontro do programa de Pós-graduação/mestrado em Direito “Hermenêutica e Direitos Fundamentais”, especialmente com a linha de pesquisa: pessoa, direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo, porque se pretende demonstrar a necessidade de tratamento isonômico aos trabalhadores do sexo masculino e contribuir para as discussões acerca dessa extensão da licença-paternidade, para que os pais possam gozar de um tempo razoável para dedicarem-se aos cuidados ao filho.

CAPÍTULO I

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA EVOLUÇÃO

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a iguais com desigualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberem inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos equivalessem (BARBOSA, 2004, p.39).

O princípio da igualdade é o pilar de sustentação do presente trabalho, uma vez que a negativa de concessão da licença-“maternidade” aos trabalhadores do sexo masculino que se encontram diretamente responsáveis pelos cuidados à criança gera uma desigualdade sem fundamento. São situações idênticas, no entanto, recebem tratamentos divergentes.

Assumindo o princípio da igualdade a forma de preceito incluso no rol dos direitos fundamentais de nosso ordenamento, necessário se faz situá-lo na classificação desses direitos em relação ao seu surgimento.

Os juristas classificam os direitos fundamentais de acordo com o momento histórico em que surgiram, tomando em consideração também o respectivo conteúdo. Assim, os doutrinadores os classificaram em gerações ou dimensões.

Como se sabe, o reconhecimento dos direitos fundamentais tem origem no descontentamento, sobretudo da burguesia, em relação ao Estado à época. Neste, o indivíduo não tinha garantias quanto à própria liberdade ou mesmo à propriedade, sujeitas aos desmandos do Rei. Essa tensão atingiu o ápice à luz do Estado Absolutista.

Nesse cenário surgem os denominados direitos de primeira dimensão. Os indivíduos, no fim do século XVIII e começo do século XIX, lutaram pela efetivação de garantias que visavam às liberdades clássicas, como direitos civis e políticos. Esses direitos despontam na busca pela valorização da individualidade do homem e, além disso, por uma dicotomia entre sociedade e Estado. Nesse sentido, Paulo Bonavides afirma que os direitos de primeira geração são oponíveis ao Estado, traduzem como faculdades ou atributos da pessoa e

ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2001, p. 517).

Desta forma, exigia-se uma abstenção do Estado, um não fazer, uma não interferência. Por estabelecer uma não intromissão, estes também ficaram conhecidos como direitos negativos.

Sobre tal geração, Bernardo Gonçalves Fernandes alude:

Por isso mesmo, os *direitos de primeira geração* (ou dimensão para alguns) seriam chamados também de direitos de liberdade: direitos civis e políticos, que inaugurariam o constitucionalismo do Ocidente, no final do século XVIII e início do século XIX. Seu titular é então o indivíduo, ao passo que se encontra no Estado o dever de oposição (FERNANDES, 2010, p. 236).

Portanto, a primeira geração realça o princípio da liberdade, que se caracteriza, entre outros, pelo direito ir e vir, liberdade de comércio e luta pela prevalência da soberania popular.

Ao longo do século XIX, diante do abismo concreto verificado entre as camadas mais pobres e as camadas mais ricas da população e da insuficiência dos direitos até então garantidos, surgiu o seguinte questionamento: seria este o papel do Estado? Essa função limita-se apenas a não intervir na vida do indivíduo. Ilustrando tal situação, seria como se o Estado ficasse de “braços cruzados”, sem qualquer atuação, como, por exemplo, reconhecendo que o indivíduo era dotado de igualdade (formal), mas não atuando para garantir a igualdade material.

Diante da insuficiência de tais prestações, nascem os direitos de segunda geração, que são realçados pelo princípio da igualdade. Este se perfaz na aplicação de prestações estatais que irão buscar garantir a igualdade material. Não bastaria um não fazer do Estado, uma abstenção, seria também necessário buscar a igualdade na sociedade, mediante mecanismos ligados aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Neste sentido, pronuncia Bonavides (2001, p. 519):

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma sociedade muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se forma o culto liberal do homem abstrato e insulado. Sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em plenitude.

Portanto, agora sobrevém o Estado Social, exigindo uma postura completamente diferente do poder estatal, tendo em vista que no Estado Liberal exigia-se a abstenção deste, ao passo que nesse segundo momento determina-se um agir, no sentido de buscar satisfazer direitos que concretizem a igualdade material, abandonando a concepção formal anteriormente adotada.

Dessa forma, Bernardo Gonçalves Fernandes afirma que estes são denominados sociais não pela perspectiva coletiva, mas sim pela busca da realização de prestações sociais (FERNANDES, 2010, p. 236). E esses direitos sociais, além de serem garantidos no ordenamento normativo, cabem ao Estado, que deve fazer com que sejam concretizados.

Segundo Álvaro Ricardo Cruz, foi nesse contexto histórico que no Brasil se deu o nascimento de legislações tipicamente sociais, tais como a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e a Lei Elói Chaves (CRUZ, 2005, p.10).

Posteriormente, surgiram os direitos classificados como terceira geração, cujo princípio norteador era a fraternidade, na visão de Paulo Bonavides. Apareceram no final do século XX e procuraram proteger direitos da coletividade, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Afirma Bonavides (2001, p. 523):

A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Ainda não reconhecida por todos os constitucionalistas modernos, alguns doutrinadores já citam os direitos de quarta geração. Entre eles, Bonavides, afirmando que estes são direitos à democracia, o direito à informação, o direito ao pluralismo político (BONAVIDES, 2001, p. 525).

O mesmo autor reconhece a paz como direito de quinta geração e afirma que tão característico e idôneo quanto a liberdade o fora em relação aos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta, doravante a paz há de ser com respeito aos da quinta (BONAVIDES, 2008, p. 85)

Importante ressaltar que o surgimento de uma nova geração de direitos fundamentais não significa que a outra deixa de existir. Em outras palavras, quando há uma nova classe desses direitos não haverá uma substituição, pelo contrário, ter-se-á uma ampliação, uma somatória com as gerações anteriores. É por isso que alguns doutrinadores, como Ingo Sarlet, Alexandre de Moraes, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins tendem a usar a expressão “dimensão” para se referirem a essa classificação quanto ao surgimento dos direitos fundamentais:

Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a idéia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior enquanto que no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores gerações como indica claramente a Constituição Brasileira de 1988 que incluiu indiscriminadamente direitos de todas as gerações (DIMITRI; MARTINS, 2007, p. 34).

O termo “geração” pode passar a má impressão de que o surgimento de uma nova extingue a anterior. Assim, o direito à liberdade, igualdade, fraternidade e à democracia forma um conjunto de princípios que irão nortear o ordenamento. E o surgimento de uma quinta ou sexta geração irá apenas se juntar à esses princípios realçados nas gerações antecedentes, sem suprimi-los.

1.1 Conceito de igualdade

Antes de iniciar a análise acerca do conteúdo preliminar do princípio da igualdade, necessário se faz estabelecer um breve conceito deste.

Neste sentido, Aristóteles:

Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um (ARISTÓTELES, 2001, p. 105).

Iniciando-se com a antiga ideia aristotélica, promover a igualdade consiste em conceder tratamento igualitário para todos aqueles que se encontram em

situação de igualdade. Sendo assim, se A possui os mesmos atributos e especialidades que B, a este deve ser dado tratamento análogo.

Sobre o conceito do princípio da igualdade, Guilherme Braga Peña de Morães leciona:

De maneira geral, tal princípio é conceituado como inadmissibilidade de diferenciações arbitrárias, manifestadas sob a forma de discriminação ou privilégio. Cabe afirmar que há uma diferenciação entre discriminação e privilégio, visto que, enquanto aquele é referente a situações de desvantagem, este diz respeito a situações de vantagem (MORÃES, 1997, p. 102).

No entanto, caso haja fundamento plausível para a concessão de tratamento desigual, conceder regime distinto também é sinônimo de igualdade. Dessa forma, se A possui alguma individualidade que o distingue de B e esse atributo o faz ficar desigual, a lei pode ser criada com o intuito de equipará-lo. Exemplificando, a Constituição da República de 1988 concede, em seu art. 7º, inciso XX, proteção do mercado de trabalho da mulher. Pois bem, a primeira indagação que se poderia fazer é: por que não incentivar o mercado de trabalho do homem? Por que a Carta Magna trouxe expressamente tal proteção somente para a mulher? Ora, à época da sua edição ainda se vislumbrava no mercado de trabalho discriminação quanto ao trabalho feminino, surgindo, então, essa norma constitucional, concedendo tratamento desigual, aspirando à igualdade no mercado de trabalho. Daí surge a tão mencionada máxima aristotélica, que se constitui em tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, de acordo com sua desigualdade (ARISTÓTELES, 2001, p. 105).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, a lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social, que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos (BANDEIRA DE MELO, 2009, p.10).

Sendo assim, a lei, ao ser inserida no âmbito social, deve ser uma fonte que proporcione a igualdade entre os indivíduos. A norma não pode ser usada como mecanismo para concessão de vantagens ou diferenciações arrazoadas.

1.2 Critérios para aplicação do princípio da igualdade

O direito fundamental à igualdade está previsto na Constituição em diversos dispositivos. A primeira indagação a fazer é: seria este um direito absoluto? A resposta é negativa, pois, como se sabe, não existe qualquer direito fundamental de caráter absoluto, nem mesmo o direito à vida (por sinal, representa o direito fundamental que serve como pressuposto para exercício dos outros) possui essa característica. Sendo assim, é possível e imperativo realizar restrições e relativizações. Portanto, o princípio da igualdade não padece de caráter irrestrito, desta forma, tratar de forma dessemelhante almejando a igualdade não irá ferir qualquer preceito constitucional, contanto que esse tratamento se dê para pessoas em situações de desigualdade.

Neste sentido, Alexy:

[...] É também claro que o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade de todas as características naturais e de todas as condições fáticas nas quais o indivíduo se encontre [...] A isso se soma o fato que a equalização, em todos os aspectos, seria, mesmo que possível, indesejável (ALEXY, 2011, p. 397).

Os indivíduos são diferentes e encontram-se em situações distintas, assim, tratar de forma desigual aqueles que por suas particularidades ou determinadas condições específicas se localizam em situações diversas é sinônimo de justiça.

A questão que deve ser levantada consiste em saber quais são os critérios a serem levados em consideração que possibilitam esse tratamento desigual. Ele não pode ser concedido de forma aleatória, sem que existam diferenças autorizadoras para ensejar-se o tratamento diferente. Para tanto, far-se-á uma análise dos pressupostos que autorizam tais tratamentos diferenciados defendidos por alguns doutrinadores.

1.2.1 A igualdade por Alexy

Segundo Alexy, o princípio da igualdade, apesar de seu cunho universal, ao ser aplicável é preciso levar em consideração a realidade fática. Ninguém é igual em todos os aspectos, o mesmo se pode falar em relação à desigualdade.

O legislador precisa ser criterioso ao conceder tratamento desigual, não podendo, de maneira desarrozoada, criar qualquer distinção. Não é possível estabelecer uma interpretação universal de quando o desigual será tratado desigualmente. Se assim fosse, a interpretação nazista sobre os judeus não violaria o enunciado (ALEXY, 2011, p. 398).

Para que o tratamento distinto seja bem empregado, a igualdade (desigualdade) precisa ser relativizada sob dois aspectos. Primeiramente, é preciso que se trate de igualdade valorativa em relação às igualdades (desigualdade) fáticas parciais (ALEXY, 2011, p. 400). Tal valoração proposta por Alexy se desdobra no sentido de propor-se a aplicação do tratamento divergente voltado somente para aquela particularidade que distingue A de B. Sendo assim, de modo geral, serão tratados de forma igual, no entanto, em relação à característica que os distingue, deve ser concedido tratamento desigual.

Ora, ao analisar o primeiro critério autorizador, o que se pode concluir é que, segundo o autor, para que o tratamento desigual seja válido, deve-se basear intrinsecamente no critério que ensejou tal tratamento divergente. O foco não pode ser o sujeito como um todo, e sim a sua aptidão a enquadrar-se na medida para o tratamento diferenciado. Assim seria, por exemplo, A possui 15 anos e B possui 16 anos. Para A, segundo nossa atual Constituição Federal, o voto ainda não é permitido e para B o voto é facultativo. Nessa particularidade, serão tratados de forma diferenciada, embora nos outros aspectos continuem tendo tratamento igualitário.

Ainda segundo o autor, é preciso que ocorra uma igualdade valorativa em relação a determinados tratamentos (ALEXY, 2011, p. 400). Isso significa que, ao conceder um tratamento diferenciado para um sujeito, deve-se enfatizar qual a característica que este possui para ser tratado de tal maneira. Sendo assim, os efeitos devem recair exclusivamente sobre essa particularidade, nos demais quesitos serão tratados igualmente.

Para Alexy, se não fosse assim, não seria possível explicar por que duas pessoas que, em um aspecto, devem ser tratadas de forma igual não são assim tratadas em todos os aspectos (ALEXY, 2011, p. 400).

Portanto, conforme estabelece esse autor, quando a legislação cria uma distinção, é necessária análise prudente dos critérios que serviram como pressupostos para o tratamento desigual. Analisando as fórmulas do Tribunal

Constitucional Federal alemão, Alexy conclui que este condiciona a lesão ao enunciado da igualdade à arbitrariedade de tratamento (ALEXY, 2011, p. 403). Assim, caso não se vislumbrem fundamentos naquele regime desigual, ele será arbitrário e, sendo arbitrário, ocorre ofensa ao direito à igualdade.

Sobre o dever do tratamento igual, Alexy (2011, p. 408) leciona:

De tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique a diferenciação [...] A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual.

Caso a razão que dê fundamento para o tratamento desigual seja insatisfatório, não é possível considerá-lo. Neste caso, surge a imprescindibilidade de que a lei conceda a igualdade. O autor não desconsidera que haja argumentos para que o tratamento desigual seja concedido. Ao discorrer sobre este assunto, conclui que se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório (ALEXY, 2011, p. 410).

A fundamentação mencionada está na necessidade de demonstrar por que naquela situação a desigualdade está aplicada. O que é preciso justificar, então, é o tratamento desigual, já que o dever de tratamento igual decorre da lei.

Sendo assim, uma lei não poderá conceder um regime distinto de forma imperiosa sem que se passe por um criterioso juízo de valor. Ao mesmo tempo, não é possível conceder tratamento igualitário a todos de forma generalizada, partindo-se do pressuposto de que no plano fático todos seriam iguais. As pessoas divergem em alguns aspectos e é especificamente por essa particularidade que as distingue é que, se necessário, será concedido tratamento desigual.

1.2.3 A igualdade por Aristóteles

Aristóteles, ao tratar da equidade, faz uma análise a respeito da justiça e da injustiça. A principal fonte aristotélica concernente à justiça é o seu livro “Ética a Nicômaco”. No Livro V, Aristóteles, discorre sobre a justiça, o justo e o injusto, adotando a seguinte definição geral de justiça:

Segundo a opinião geral, a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto (ARISTÓTELES, 2001, p. 99).

Ao analisar essa definição vê-se que o justo, na concepção aristotélica, está intimamente ligado à boa intenção de cada indivíduo. Portanto, pode-se pensar que a justiça é também algo pessoal, que existe internamente em cada um. O problema passa, então, a ser como aplicar tal justiça em uma coletividade, se o que é justo para um indivíduo pode ser injusto para outro.

Aristóteles enxerga a ambiguidade dos termos *justo* e *injusto*. Destaca então duas formas de se avaliar a justiça: o justo que assim age por respeito à lei, e o justo que assim age pelo respeito à igualdade. Vê-se, logo, que ser justo e injusto deixa de ser algo pessoal e passa a ser delimitado mediante dois parâmetros: a lei e a igualdade.

Para Aristóteles, o homem justo é aquele que cumpre a lei. E afirma que todos os atos conforme a lei são atos justos, uma vez que as leis visam à vantagem comum (ARISTÓTELES, 2001, p. 100).

Ora, será possível reduzir o justo e injusto ao mundo jurídico? As leis são formuladas por homens, sendo que cada um deles representa uma parcela da população. Muitas vezes algumas leis não são consideradas justas por grande parcela da população. Impor certa conduta a elevado número de indivíduos pode gerar certa indisposição ao seu cumprimento, já que muitos podem considerá-la injusta. Não é possível, portanto, afirmar que toda lei é justa e muito menos que toda lei é injusta, já que a definição pessoal do justo e do injusto depende do íntimo de cada um.

Um dos objetivos primordiais das leis é possibilitar a convivência em sociedade. Sem um sistema que regule os atos dos indivíduos, essa convivência tornar-se-ia impossível. O indivíduo tende, então, a considerar justo o que está previsto em lei, uma vez que a consciência coletiva assim enxerga. Não se pode, entretanto, afirmar que somente é justo aquele que age em conformidade com a lei.

A justiça, para Aristóteles, seria, então, o querer de cada um fazer o que é justo tanto para si quanto para os outros. Seria a excelência moral cujo alvo das ações ultrapassa o pessoal.

Não basta, portanto, que um indivíduo aja segundo a lei. Para ser justo, deve-se querer assim o ser. A busca pela justiça é o querer bem, é ser corajoso, temperante, calmo. Ser justo é buscar ser virtuoso, tendo em vista que a virtude é uma disposição de caráter que visa à mediania (ARISTÓTELES, 2001, p. 45).

[...] a justiça é virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa. Ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo [...] (ARISTÓTELES, 2001, p. 100).

São várias as acepções do termo *justiça* para Aristóteles. Em seu livro “As concepções de justiça em Aristóteles”, o autor Benedito Augusto da Silva Neto (2008) discorre sobre esse tema, como será visto a seguir.

Uma forma de justiça, na visão aristotélica, é a justiça particular. Aquela que não engloba o respeito à lei e sim o respeito em uma relação com o outro.

Nesse aspecto, o autor Silva Neto apresenta a separação realizada por Aristóteles em relação à justiça particular, dividindo-a em o justo distributivo e o justo corretivo.

O justo distributivo enquadrar-se-ia em uma correlação público-privado. Seriam as distribuições, realizadas pelo Estado, de qualquer coisa, de bens ou cargos. A injustiça seria, então, uma distribuição menor ou maior do que seria devido a cada cidadão.

A justiça corretiva seria aquela usada como mediadora nas relações entre os indivíduos. O objetivo seria o restabelecimento do equilíbrio nas relações. Essa justiça corretiva é aplicável às transações entre particulares, por exemplo, compra e venda, empréstimo, entre outras. Quando o bem ou os serviços partilhados entre os indivíduos não são equivalentes, ocorre a injustiça, sendo necessário, portanto, reequilibrar essa relação, usando a justiça corretiva.

No caso em análise, a injustiça ergue-se quando os bens ou serviços trocados não se correspondem, devendo-se como solução recorrer a um critério de correção baseado na igualdade absoluta para o reequilíbrio da relação (SILVA NETO, 2008, p. 52).

Na justiça corretiva encontra-se também a justiça reparativa, que é aquela aplicável judicialmente. Seria, portanto, a tentativa de se voltar ao ponto anterior à injustiça cometida contra uma das partes da relação. O indivíduo que sofreu a

injustiça deve ser visto para que o equilíbrio na relação seja restabelecido, devendo-se, assim, buscar resguardar o equilíbrio das relações entre os cidadãos.

A justiça reparativa visa utilizar a necessária medida de restituição das condições anteriores em que se encontravam as partes, antes que se fizessem entre elas uma desigualdade involuntária (SILVA NETO, 2008, p. 54).

Para o autor Silva Neto, Aristóteles define outras duas formas de justo, dentro da justiça política: a justiça natural e a justiça legal.

Segundo ele, para Aristóteles, o objetivo da justiça natural seria a satisfação plena do indivíduo em uma determinada sociedade. Essa justiça não necessita de leis para regê-la, ela é intrínseca ao ser humano, ela nasce da própria natureza de cada indivíduo. Seria a forma com que cada indivíduo age em uma relação interpessoal com o outro.

A justiça legal engloba as normas que regem os cidadãos de uma determinada sociedade. Seriam, portanto, as leis, formuladas pelos legisladores e também os decretos e sentenças, estas últimas resultados de uma disputa entre particulares.

No tocante à igualdade, vê-se que o pensamento aristotélico é bastante atual:

[...] toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência desta circunstância (ARISTÓTELES, 2001, p. 121).

A equidade seria usada como um corretivo para uma lei falha. O julgador deveria julgar de acordo com a justiça, para que o indivíduo recebesse o mesmo tratamento que os outros, em conformidade com a lei. Entra nesse cenário a capacidade de interpretação das leis, que deve ser exercida com justiça e virtude.

A interpretação das leis com equidade exerce, portanto, importante papel na aplicação justa da lei em cada caso concreto, como leciona Silva Neto:

A importância da aplicação da equidade se faz necessária pelo fato de que as leis em seu conteúdo generalizam de forma a atingir a todos, sem diferenciar todas as nuances que possam existir no campo dos fenômenos, de modo que surgem situações para as quais, se aplicada a lei em sua generalidade, se causaria uma injustiça por meio do próprio justo legal. Por isso, sendo a lei escrita um imperativo que se formula impessoalmente para tutelar todos os cidadãos e o grande número de situações que surgem na vida concreta, dadas a abstração e a universalidade dos preceitos legais, o resultado seria o aparecimento de lacunas em todo o sistema legislativo, sendo que o remédio para superar o problema situacional seria mesmo a equidade (SILVA NETO, 2008, p. 62-63).

A equidade é, portanto, uma forma de restabelecer o equilíbrio em uma relação quando a lei produz injustiça em seus preceitos normativos. Todos os cidadãos devem ser tratados e respeitados na medida das suas desigualdades. É exatamente esse pensamento que Aristóteles prega quando discorre acerca da equidade.

1.2.4 A igualdade e a justiça, por John Rawls

Em sua obra “Uma teoria da Justiça”, o autor John Rawls faz uma profunda ligação entre a justiça e o princípio da equidade.

Essa sua obra é considerada umas das principais fontes doutrinárias do século XX, quando se tem por objetivo elucidar o termo “justiça”.

No capítulo 1, denominado “Justiça como equidade”, que será aqui trabalhado, o autor já inicia assentando a justiça como uma espécie de espinha dorsal que mantém o equilíbrio em uma sociedade. Sendo assim, trata-se de alicerce fundamental para a estabilização da retidão no seio social:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamentos. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma, leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas [...]. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior (RAWLS, 1997, p. 3).

O Poder Público, ao gerir o interesse público, especialmente o Poder Legislativo, ao criar leis, deve buscar a sustentação da igualdade entre os iguais. Dessa maneira, as leis e todos os atos administrativos devem estar revestidos de equidade para que se tenha uma sociedade justa. Entretanto, muitas vezes torna-

se necessário o tratamento desigual, uma vez que cada pessoa e cada situação trazem em si aspectos que as tornam diferentes. Portanto, ao se pensar na igualdade na formulação de leis, deve-se ter como objetivo o saneamento das desigualdades, para que, assim, se possa alcançar a justiça.

Segundo o autor, a injustiça só poderá ser aceita caso esse tratamento diferenciado seja mais oportuno, tendo em vista a desigualdade existente. Ou seja, certos atos e leis que concedam regimes diferenciados poderão ser aceitos, desde que a justificação seja devidamente fundamentada na busca pela igualdade.

Para John Rawls, uma sociedade justa é aquela organizada por meio de princípios basilares, entre os quais os princípios da justiça. Este faz equiparação da sociedade como sendo um empreendimento cooperativo visando a vantagens mútuas (RAWLS, 1997, p. 4). Nessa associação busca-se o bem comum. Para alcançar esse objetivo, é necessário criar normas que regulamentem e proporcionem boa convivência entre os sujeitos. Quando, numa sociedade, não se tem como objetivo o bem comum, o que acontece é a inexistência do tratamento com equidade entre os sujeitos.

O autor reconhece, porém, que não há uma busca, de forma absoluta, pelos interesses sociais. Há, ao contrário, a busca por interesses individuais que, instintivamente, se sobrepõem ao benefício comum. Mas para que prevaleça o princípio da justiça, por mais que existam interesses particulares, estes não poderão sobrepor-se ao bem comum. Logo, sociedade justa é aquela que estabelece princípios da justiça como alicerce e que possua como prioridade a satisfação de interesses coletivos.

[...] as instituições são justas quando não se fazem distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos e quando as regras determinam um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes das vantagens da vida social (RAWLS, 1997, p. 6).

Ao instituir a igualdade entre os indivíduos, no tocante a seus direitos e obrigações, deve-se ter em mente que estas deverão se revestidas de equidade. Esta se funda na ideia de igualdade, sendo aplicada para a consecução do justo, pois, como já diziam os juristas romanos, amparados na sua milenar sabedoria: *jus ars boni et aequi* (ACQUAVIVA, 2004, p. 565). Diversamente, caso houvesse

atribuições distintas sem um critério que justificasse tal diferenciação, estar-se-ia diante de uma injustiça.

É importante salientar que, em algumas passagens, esse autor deixa a entender que o princípio da justiça não está somente ligado às leis, não são apenas as normas que estabelecerão a justiça social. Este menciona que as pessoas são consideradas justas na medida em que tenham, como um dos elementos permanentes do seu caráter, um desejo firme e eficaz de agir com justiça (RAWLS, 1997, p. 12).

Deste modo, a justiça é algo inerente, também, a cada indivíduo; fazer justiça é ser honesto, é respeitar aquilo que pertence a outrem, ou seja, é ser fraterno, em outras palavras, é cooperar, dando a cada um o que é seu.

John Rawls estabelece que o princípio da justiça, considerado como fruto de um querer coletivo, trata-se de consenso social. Se assim acontecer, tem-se uma igualdade oriunda de um trato comum. O autor denomina essa forma de justiça como equidade (RAWLS, 1997, p. 12).

Assim, devemos imaginar que aqueles que se comprometem na cooperação social escolhem juntos, numa ação conjunta, os princípios que devem atribuir os direitos e deveres básicos e determinar a divisão de benefícios sociais. Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações mútuas e qual deve ser a cara constitucional de fundação de sua sociedade. Como cada pessoa deve decidir com o uso da razão o que constitui o seu bem, isto é, o sistema de finalidades que, de acordo com sua razão, ela deve buscar, assim um grupo de pessoas deve decidir de uma vez por todas tudo aquilo que entre elas deve considerar justo e injusto (RAWLS, 1997, p. 12-13).

Essa concepção de justiça, portanto, parte da seguinte premissa: as pessoas se congregam e, de forma racional, estabelecem os princípios norteadores que irão estruturar determinada sociedade que o autor equipara a uma cooperativa ou associação. Desconsiderando-se os seus interesses pessoais, tais indivíduos fixam os princípios tidos por capazes de proporcionar a justiça a todos.

Estabelecidos esses preceitos gerais, que buscam o bem comum, posteriormente deverão formular normas que expressem essa vontade, já previamente ajustada entre as pessoas. Nesse sentido, colha-se o magistério de John Rawls (1997, p. 14):

Depois de haver escolhido uma concepção de justiça, podemos supor que as pessoas deverão escolher uma constituição e uma legislatura para elaborar leis, e assim por diante, tudo em consonância com os princípios da justiça inicialmente acordados.

Após esse processo alvitado, as normas deverão ser inseridas na sociedade. Entretanto, pode-se ter uma decaída devido à probabilidade de não aceitação das normas por parte de alguns indivíduos inseridos em tal sociedade, uma vez que nem sempre elas expressam diretamente as vontades daqueles que a cumprirão. Entretanto, se a crença é inerente ao sujeito, independentemente de norma, este irá agir conforme o preceito já preconcebido em sua essência, servindo as leis tão somente para formalizar algo já internamente estabelecido.

O autor, quando propõe a aplicação da justiça como algo oriundo de uma vontade coletiva, afirma que se deve agir com prudência, pois, caso contrário, as perspectivas de cumprimento das normas não seriam as mesmas.

O contrário seria distinto; se não trago aquele princípio como preceito, ao agir, há muitas chances de que a ação não seja conforme as normas, pois, conforme dito anteriormente, será algo instintivo. Assim, se não se furta porque se acredita que furto é algo injusto, está-se fazendo isso porque se tem a convicção interna de que se estar a aquilo que pertence a outrem. O contrário seria se não se furtasse somente porque existe uma lei proibitiva, ter-se-ia vontade, no entanto, não o faria em virtude da norma. Nesse aspecto, a possibilidade de vir a cometer esse ato no decorrer do tempo é bem maior.

[...] uma sociedade que satisfaça os princípios da justiça como equidade aproxima-se o máximo possível de ser um sistema voluntário, porque vai ao encontro dos princípios que pessoas livres aceitariam em circunstâncias equitativas. Nesse sentido, seus membros são autônomos e as obrigações que eles reconhecem são autoimpostas (RAWLS, 1997, p. 14-15).

Ora, se se realiza algo baseado em uma concepção interna, chegando a ser algo instintivo, não há, portanto, que se falar em obediência nem mesmo que aquele ato foi feito porque se deve submissão à lei.

O autor faz uma crítica ao utilitarismo clássico, especialmente quanto à linha desenvolvida por Henry Sidgwick:

Portanto, a maneira mais natural de chegar ao utilitarismo (embora não seja, é óbvio, a única maneira) é adotar para a sociedade como um todo os princípios da escolha racional utilizada para um único ser humano. Reconhecendo isso, logo se entende o lugar do observador imparcial e da ênfase na solidariedade do pensamento utilitarista (RAWLS, 1997, p. 29).

No entanto, John Rawls indaga: deve-se considerar aquilo que é racional para um único homem como justo para uma associação de seres humanos (RAWLS, 1997, p. 25)? Tal indagação é realmente oportuna. Ora, um ser humano não é capaz de absorver todos os ideais de bem-estar de uma coletividade. Por mais que o intuito desse observador seja proporcionar o bem para todos, não é possível afirmar que algo oriundo de uma só pessoa seja capaz de atender a todos os anseios da sociedade.

Ora, estar-se-ia diante de um absolutismo na aplicação daquilo que se considera justo. Por mais que não seja revestido de todas as características atribuídas ao absolutismo, tendo em vista que haverá imparcialidade e busca pelo bem de uma coletividade, existe uma concentração de poder (busca pelo desejo comum) nas mãos de uma só pessoa, que irá escolher os desejos daqueles que estão no seio social.

É esse observador que é concebido como realizador da necessária organização dos desejos de todas as pessoas num único sistema coerente de desejos; é por meio dessa construção que muitas pessoas se fundem numa só. Dotado de poderes ideais de solidariedade e imaginação, o observador imparcial é o indivíduo perfeitamente racional que se identifica com os desejos dos outros e os experimenta como se fossem de fato seus (RAWLS, 1997, p. 29).

Assim, o utilitarismo concede ao observador a função de eleger, de forma racional e imparcial, aquilo que será bom para a maioria. Este é o ponto criticado por Rawls. Ora, como conceder a responsabilidade a um ser humano para, primeiramente, abarcar todos os desejos e posteriormente determinar aquilo que se traduz no justo, capaz de proporcionar o bem-estar para todas as pessoas? Tendo em vista que se está diante de uma sociedade complexa e envolvida de desejos diversos, isso traria o sentimento de justiça?

Em contrapartida, o autor defende a aplicação da teoria do contrato segundo a qual os princípios que irão reger a sociedade serão alcançados mediante um acordo social. Assim, alega que a justiça como equidade, sendo uma visão contratualista, sustenta que os princípios da escolha social e, portanto,

os princípios da justiça, são eles próprios o objeto de um consenso original (RAWL, 1997, p. 31).

Ao definirem sobre os princípios da justiça as partes devem estar desprovidas de qualquer parcialidade do mundo que as norteia. A posição original, assim como o véu da ignorância, se fundem na ideia de que esses sujeitos estejam desvinculados de anseios externos, assim, asseguram a igualdade:

A ideia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios sejam justos [...] Com esse propósito assumo que as partes se situam atrás de um véu da ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas condições gerais (RAWLS, 1997, p. 146-147).

Rawls também tratou do intuicionismo, que em termos gerais propõe como forma de determinar aquilo que é justo a generalização de princípios básicos que devem coexistir, servindo como princípios basilares para nutrir o bem-estar social.

Tratarei aqui do intuicionismo de uma forma mais genérica do que é habitual: isto é, tomando-o como a doutrina segundo a qual há um conjunto irreduzível de princípios básicos que devemos pesar e comparar perguntando-nos qual equilíbrio, em nosso entendimento mais refletivo, é o mais justo (RAWLS, 1997, p. 36-37).

Desta forma, para o intuicionismo, conforme já dito, existe um conjunto de princípios, não hierarquizados e também não dotados de aplicação absoluta, tudo dependendo do caso concreto para que, por meio de um processo reflexivo, fosse avaliado qual princípio deveria ser aplicado àquela situação específica.

Rawls (1997) endossa a teoria intuicionista, que considera indispensável uma pluralidade de princípios concorrentes, tendo em vista a complexidade da sociedade. No entanto, o autor contesta: para ele, a única maneira de refutar o intuicionismo está em apresentar critérios reconhecidamente éticos para explicar os pesos que, em nossas avaliações, julgamos apropriado atribuir à pluralidade de princípios (RAWLS, 1997, p.42).

Por fim, no capítulo sobre “justiça como equidade”, Rawls apresenta o problema da prioridade, uma vez que é difícil determinar pesos e medidas a princípios que entram em conflito entre si. O autor, inicialmente, sugere soluções para a dificuldade apresentada. Primeiramente, expõe, como forma de solucionar

tal questão, a aplicação de princípios da justiça, que seriam “um conjunto de princípios preestabelecidos, oriundos de consenso mútuo; sendo produto de uma escolha compartilhada, [...] as pessoas na posição original reconhecem que deveriam dar a prioridade a esses princípios” (RAWLS, 1997, p. 45).

Uma segunda probabilidade apresentada por Rawls (1997, p. 45) é denominada de ordenação serial, que é uma espécie de hierarquia entre os princípios, que estabelece que, para a aplicação de determinado princípio, deve-se analisar se o hierarquicamente superior a ele foi devidamente preenchido. É, por exemplo, estabelecer escala da seguinte forma: primeiramente, deve-se observar o princípio da justiça para somente depois satisfazer o princípio da igualdade.

Analisando a teoria de Rawls, é possível constatar que a definição do que é justo é fruto de consenso social. Um dos critérios usados para a definição da justiça é a aplicação da igualdade, é a partir desta que o ser humano procura alcançar a justiça.

1.3 Igualdade formal e igualdade material

A igualdade, conforme já mencionado, não pode ser encarada como princípio de caráter absoluto na Constituição Federal. Assim, como todos os outros direitos fundamentais, tal princípio possui natureza relativa, não sendo possível afirmar que, apesar de previsão constitucional, que estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, tal preceito é incondicional, absoluto.

A doutrina dividiu o princípio da igualdade em duas espécies: igualdade formal e igualdade material.

A igualdade formal se dá com a formulação da lei. Esta, de forma abstrata, como se pode confirmar no “*caput*” do art. 5º da Constituição Federal de 1988, concede a todos indistintamente o direito de ser tratado igualmente perante a lei, sem levar em consideração as diferenças reais existentes no seio social, tampouco as características intrínsecas a cada sujeito. Segundo José Afonso da Silva, “a lei e sua aplicação trata todos igualmente, sem levar em conta a distinção de grupos” (SILVA, 2005, p. 214).

Por outra ótica, existe a igualdade material, que é aquela que considera o sujeito em sua verdadeira situação no plano real. Os seres humanos não são iguais em todas as situações e principalmente em todas as suas características, pelo contrário, as diferenças são notórias.

Assim, a igualdade material pretende proporcionar a igualdade, sem desconsiderar as desigualdades existentes na sociedade. Guilherme Braga, conceituando igualdade material, menciona que esta não é limitada à formulação e aplicação igualitária da norma jurídica (MORÃES, 1997, p. 104). A Constituição Brasileira vigente já reconhece essa igualdade material, tanto que em vários dispositivos é possível perceber a intenção do legislador em alcançar a igualdade material, para tanto, considerando diferenças existentes na coletividade.

Bandeira de Melo inicia a discussão acerca do princípio da igualdade pontuando que esse princípio não pode ser usado para concessão de vantagens ou servir como engenho para tratamento divergente sem que haja um critério bem fundamentado para tal. Assim, não nega a possibilidade de que a lei venha tratar desigualmente almejando a igualdade, mas faz a seguinte indagação: *quem são os iguais e quem são os desiguais?* (BANDEIRA DE MELO, 2009, p. 11)

Neste sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Melo (2009, p. 11):

A dizer: o que permite radicalizar sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?

Tais critérios que servirão de base para o estabelecimento de tratamentos diferenciados aos indivíduos na sociedade devem ser analisados com cautela, do contrário, a busca pela igualdade com base no tratamento desigual não surtirá efeitos. Ao revés, se o plano de fundo não for avaliado corretamente, o tratamento diferenciado gerará mais desigualdade.

Celso Antônio Bandeira de Melo cita três momentos fundamentais da análise para verificação da aplicabilidade do tratamento desigual:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) A primeira diz d o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) A segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) A terceira atina à consonância dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados (BANDEIRA DE MELO, 2009, p. 21).

Analisando esses critérios, pode-se concluir que as premissas ora assentadas são de importante valia para que a busca da igualdade mediante o tratamento desigual alcance seu objetivo.

Na primeira, o autor pretende identificar o fator que, do ponto de vista concreto, desiguala faticamente os indivíduos. É preciso identificar essa desigualdade e, a partir dela, conceder o específico tratamento jurídico mais adequado.

A segunda questão é a necessidade de uma ligação justa entre a norma que concede tratamento desigual e o fator que gera a desigualdade, para que não se corra o risco de que esse tratamento seja afrontoso ao princípio da isonomia. Veja-se, na Carta Magna, o art. 7º, inciso XX, que prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher. Não seria injusto proteger o mercado de trabalho especificamente da mulher? Há conexão entre o tratamento desigual e a necessidade fática? A resposta, neste caso, é positiva, tendo-se em vista que a mulher sofreu e ainda sofre discriminação em relação ao mercado de trabalho, portanto, há adequação para concessão dessa norma.

Por fim, decompondo o terceiro critério, o autor ressalta a necessidade de verificação se o acolhimento jurídico distinto se compatibiliza com os princípios consagrados na Constituição Federal.

Isso posto, analisando os critérios de análise propostos pelo autor, pode-se definir um caminho a ser seguido para a concessão do tratamento desigual sem que este gere injustiça.

Alexy denomina a igualdade formal de jurídica e a igualdade material de fática e afirma que o tratamento igual e desigual pode ser relacionado a atos e consequências (ALEXY, 2011, p. 416). Para elucidar essa distinção, o autor cita um exemplo oriundo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que não assegurava assistência judiciária gratuita para determinado procedimento judicial. Com a concepção relacionada a atos, todos são tratados igualmente,

mas, analisando as consequências, esse tratamento é desigual, uma vez que aqueles que não possuem condições de arcarem com os custos não terão acesso ao referido procedimento judicial.

Para Alexy, uma discriminação com o objetivo de fomentar a criação de uma igualdade fática somente é obrigatória se houver razões suficientes para tanto, logo, se não houver razão suficiente, o tratamento igual é obrigatório (ALEXY, 2011, p. 422-426). Este é o ponto determinante deste trabalho: existem razões suficientes para não conceder nas mesmas proporções o direito à licença-maternidade aos trabalhadores do sexo masculino quando estão sem o auxílio da figura materna?

1.4 A igualdade entre os sexos

Reza a Constituição, no art. 5º, I, que *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”*. Trata-se de um típico preceito que abarca a concepção formal de igualdade, que é aquela concedida pelo legislador. Apesar desse artigo já determinar a igualdade perante a lei entre todos, o legislador enfatizou a igualdade entre sexos em um inciso separado. Portanto, deixa claro que é imprescindível o tratamento igualitário entre homens e mulheres.

Não foi sem razões que o legislador realçou a proibição de tratamento desigual em função do gênero, tendo em vista que o cenário histórico mostra como, muitas vezes, as mulheres não foram tratadas em condição de igualdade aos homens, sempre os colocando em situação de superioridade em relação a elas.

1.4.1 Aspectos históricos da igualdade entre os sexos

Álvaro Ricardo, ao analisar o surgimento da discriminação em relação à mulher, afirma que nas civilizações antigas a mulher era o centro, tendo em vista que esta tinha um diferencial que a tornava especial: tinha capacidade reprodutiva. Nessa época as concepções teológicas se vinculavam ao universo feminino. Inúmeras civilizações tinham a percepção de que o mundo fora criado por uma deusa-mãe sem a colaboração de alguém (CRUZ, 2005, p.52).

A valorização da mulher encontra-se, por sinal, em um importante documento da Antiguidade, o Código de Hammurabi. Originado da Mesopotâmia, criado pelo rei Hammurabi, foi feito utilizando toda a legislação precedente (CASTRO, 2011, p. 14). O Código aborda vários temas, inclusive aspectos relacionados à família. A mulher era uma figura valorizada à época, inclusive portadora de direitos e obrigações, assim como o homem. Por sinal, ela tinha o direito de permanecer com o seu dote após o casamento e de geri-lo (WOLKMER, 2011, p. 33).

No Egito, o direito era norteado de acordo com o princípio da justiça. Esse princípio era representado por uma figura de uma deusa, de nome *maat* (WOLKMER, 2011, p. 36). Para se alcançar a justiça, dever-se-ia seguir as orientações de *maat*. A aplicação do direito era realizada pelo Faraó, que ao exercer essa função buscava a satisfação das partes envolvidas na lide.

Conforme é possível verificar, havia no Egito uma mitificação e consequente valoração da figura feminina, uma vez que o direito, visto como sinônimo de justiça, tido como fonte norteadora um princípio, é representado por uma mulher. Pode-se concluir que a mulher era fonte de sabedoria e equilíbrio em sociedade.

Posteriormente, o homem passou a valorizar o seu poder reprodutivo e até mesmo sua sobreposição à mulher em relação à força física. Assim, houve uma transição, o homem passou a ser mais estimado, mudando com isso também as suas crenças:

Essa transição reflete-se também na mitologia humana. Nessa fase encontramos duas etapas. Na primeira, um deus macho toma o poder da deusa ou cria o mundo sobre o corpo da deusa, numa simbologia metafórica da possessão sexual. Finalmente, chegamos à etapa que gera os mitos contemporâneos. Agora, um deus masculino cria um mundo sem qualquer intervenção feminina. Esta é a perspectiva judaico-cristã e mulçumana. Deus cria o mundo sozinho em sete dias. O homem é criado à sua semelhança. A mulher surge como subproduto (costela) do primeiro e nasce com a função, na mensagem do Antigo Testamento, como teste de fidelidade do homem para com Deus (CRUZ, 2005, p. 53-54).

A cultura pregada pelos hebreus, que é também a defendida pelo Cristianismo, relata em passagem bíblica o surgimento dos homens. Desde então, a mulher passou a ser vista como um ser totalmente dependente e controlável pelo homem. Suas atribuições na sociedade não passavam de procriação e

cuidados para com o lar. Ademais, toda e qualquer conduta que fugisse das condutas aceitáveis eram punidas com severas medidas repressivas.

Uma passagem histórica que causa repulsa quando se fala do tratamento à mulher foi o período inquisitivo:

O *Malleus* é militantemente – na verdade psicopatologicamente – misógino. Por mais intrépidos que sejam no combate aos poderes invisíveis, os autores do texto sentiam um terror das mulheres que beirava a demência. Elas eram encaradas e, quase por definição, “decaídas”. A mulher “é um animal imperfeito, sempre engana”. É mais “rápida em vacilar” na fé religiosa. É “mentirosa por natureza”. É “bonita de se olhar, contamina pelo contato e é mortal para se manter”. Deve-se culpá-la, na verdade, por praticamente tudo: “toda bruxaria vem da luxúria carnal, que na mulher é insaciável” (BAIGENT; LEIGH, 2001, p. 128).

Essa posição sacerdotal demonstra, primeiramente, a vulgarização da figura feminina em sociedade, como pode ser notado pela concessão de tratamento desumano e degradante que a mulher recebeu no período inquisitivo.

Na tentativa de se livrarem dessas discriminações, as mulheres se organizaram em movimentos revolucionários, cuja luta se dava pelos direitos inerentes à liberdade, como o voto, a educação e o trabalho. Exemplo dessas revoluções é a marcha das mulheres, ocorrida em Versalhes, em 1973, e a Revolução Comunista, em 1917, na Rússia (CRUZ, 2005, p. 59).

Com o advento das revoluções feministas ao final do século XIX, a mulher passou a lutar pela prevalência dos seus direitos, o direito ao voto, que é um mecanismo para participação no cenário político, foi conquistado em 1932, a partir de manifestações populares femininas. As sufragetes brasileiras foram lideradas por Bertha Lutz, bióloga, cientista de importância, que estudou no exterior e voltou para o Brasil na década de 1910, iniciando a luta pelo voto (PINTO, 2010, p. 15-23).

Em 1984, a Declaração Universal dos Direitos Humanos enfatiza que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Recomenda, ainda, que todas as pessoas tenham capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas, sem distinção de qualquer espécie, inclusive de sexo.

Em razão da ditadura militar no Brasil, na década de 1960 houve o engessamento das revoluções, pois as circunstâncias não favoreciam para que estas ocorressem. Na década de 1970 sobrevieram os protestos no Brasil.

Para Célia Regina Jardim Pinto, “na redemocratização dos anos 1980, o feminismo entra em uma fase de grande efervescência na luta pelos direitos das mulheres [...]” (PINTO, 2010, p. 15-23). Com a promulgação da Constituição de 1988, a mulher passa a ser portadora dos mesmos direitos e deveres inerentes ao homem, conforme consagrado no art. 5º, inciso I.

1.4.2 A igualdade entre os sexos nas normas jurídicas

Como se sabe, a mulher não era portadora dos mesmos direitos que os homens. A elas não eram atribuídas, por exemplo, capacidade civil e até mesmo capacidade eleitoral, como será visto a seguir. Havia uma relação notória de subordinação na constância do casamento, declarado sem mais pudores no Código Civil de 1916.

Conforme já mencionado, a mulher, durante a sociedade conjugal, não era dotada de integral capacidade civil, como constava no conteúdo do art. 6º do Código Civil de 1916: “são incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal”.

No mesmo Código, no art. 186, estabelecia-se que, caso houvesse discordância entre os cônjuges a respeito dos filhos, iria prevalecer a “vontade paterna ou, sendo separado o casal por desquite ou anulação do casamento, a vontade do cônjuge com quem estiverem os filhos”.

No Título II, do Capítulo II, ao descrever os direitos e deveres do marido, estabeleceu-se, no art. 233, que este era o chefe da sociedade conjugal, uma vez que a ele competiam: representar legalmente a família; administrar os bens comuns e os particulares da mulher; decidir qual seria o domicílio da família; autorizar que a mulher trabalhasse; autorizar que a mesma fixasse residência fora do teto conjugal; e providir a manutenção da família.

Ainda, sobre a colocação da mulher na sociedade conjugal, acrescentava o art. 242 que aquela não podia, sem autorização do marido: praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher; alienar ou gravar, de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens; alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra; aceitar ou repudiar herança

ou legado; aceitar tutela, curatela ou outro *munus* público; litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251; exercer profissão; contrair obrigações que possam importar alheação de bens do casal; e aceitar mandato.

Nesse mesmo Título, Capítulo VI, ao dispor sobre o Pátrio Poder, era declarado no art. 380 que *“durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233) e, na falta ou impedimento seu, a mulher¹”*.

Somente em 1962 foi elaborada a Lei nº 4.121/62, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, que alterou alguns artigos do Código Civil e do Código de Processo Civil. Entre os artigos que foram alterados, está o 6º. Com a chegada dessa nova lei, foi retirado o inciso que afirmava que a mulher, enquanto casada, era relativamente incapaz.

Já o direito ao voto foi atribuído à mulher com a criação do novo Código Eleitoral em 1932. Tal diploma foi introduzido no ordenamento pelo Decreto nº 21.076 e declarava, no art. 2º, que *“é eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código”*. Assim, a mulher passava a ter oportunidade de participação na vida política da sociedade.

A Constituição Federal de 1934 endossou o direito ao voto à mulher, como se vê no art. 108: *“são eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei”*. Portanto, em relação ao voto, o tratamento diferenciado entre os sexos fica extinto por esta Constituição. Desta forma, a desigualdade encontrada no tocante à capacidade política entre homens e mulheres não é mais vislumbrada.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos individuais e coletivos, afirmou no art. 5º, inciso I, que *“homens e mulheres são iguais perante a lei, em direitos e obrigações”*. Sendo assim, o princípio da igualdade, aplicado entre os sexos, está efetivamente protegido em âmbito constitucional.

Com o advento da Constituição atual definindo a igualdade como direito fundamental dos indivíduos e como objetivo da República Federativa do Brasil, é vislumbrado um novo caminho, qual seja, uma sociedade desapegada de discriminações desarrazoadas, marchando em busca de liberdades individuais.

¹ Para Roberto João Elias, pátrio poder é um conjunto de direitos e deveres em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade (ELIAS, 1999, p. 6).

A aceitação de que o ser humano é diferente é um pressuposto bem trabalhado no texto constitucional. Exemplo disso é a aplicação da igualdade material. Sendo assim, as diversificações, tidas como algo inerente ao ser humano, a princípio não são, por si sós, instrumento autorizativo do tratamento desigual. Para que esse tratamento diferenciado seja concedido, é preciso que haja um fundamento, ou seja, um critério justificável, caso contrário, estar-se-ia diante de uma lesão ao texto da Constituição Federal.

Conforme já mencionado, quando há uma situação de desigualdade é possível que a lei conceda tratamento desigual, mas com o objetivo de buscar a igualdade. Assim foi feito pela nossa legislação, na Constituição Federal vigente, onde se encontram dispositivos que concedem tratamento divergente para as mulheres, mas com o objetivo de garantir aquilo que é equitativo. Essa é a concepção aristotélica sobre o justo; se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais (ARISTÓTELES, 2001, p. 105).

Neste sentido, José Afonso da Silva enfatiza:

Só valem discriminações feitas pela própria Constituição e sempre em favor da mulher, como, por exemplo, a aposentaria da mulher com menos tempo de contribuição e de idade (arts. 40 § 1º, III, *a e b*, e 201, § 7º). Justifica-se essa norma discriminatória? Acharmos que sim, na medida em que à mulher incumbem as tarefas básicas da casa, pouco ajudada aí pelo marido. Ela tem assim uma sobrecarga de serviços que é justo seja compensado pela aposentadoria com menos tempo de serviço e de idade (SILVA, 2005, p. 217-218).

Têm-se, ainda, outros dispositivos constitucionais que concedem tratamento desigual às mulheres em determinadas situações, tais como: na própria Carta Magna o art. 7º, inciso XVIII, *prevê a* “concessão de licença à gestante, sem prejuízo do emprego ou do salário, com duração de 120 dias”. Ainda prevê o inciso XX do mesmo artigo a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Além da Constituição Federal, há normas infraconstitucionais cujo foco também são pessoas do sexo feminino, como, por exemplo, a Lei 11.340, Lei Maria da Penha, que tem como objetivo tutelar mulheres em situações de violência doméstica e familiar.

Apesar das grandes polêmicas doutrinas e jurisprudências, a Lei 11.340, de 2006, é destinada à proteção à mulher, tendo em vista a disparidade no processo histórico e fragilidade desta em relação ao homem. Foi criada, então,

essa medida protetiva como forma de garantir o tratamento isonômico. Importante enfatizar que a lei é taxativa em acautelar o direito à mulher e não ao homem.

Inversamente, invocando o direito à igualdade, é possível encontrar jurisprudências, ainda que de forma mais rara, reconhecendo a possibilidade de aplicação da referida lei ao sexo masculino:

1 - A Lei Maria da Penha tem por objetivo coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, possibilitando que tanto o homem quanto a mulher figurem como sujeito passivo nos crimes abarcados pela referida norma.
2 - Enquanto não estruturados os Juizados Especiais da Violência Doméstica e Familiar, em consonância com o disposto no art. 33, da Lei 11.340/06, fica prorrogada a competência da Vara Criminal Comum para o processamento de delitos praticados contra a mulher decorrentes da referida violência (Conflito de Jurisdição 1.0000.13.058567-2/000, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/09/2013, publicação da súmula em 03/10/2013).

Nesse mesmo sentido:

A Lei Maria da Penha tem por objetivo coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, possibilitando que tanto o homem quanto a mulher figurem como sujeito passivo nos crimes abarcados pela referida norma (Apelação Criminal 1.0145.10.016056-6/001, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/09/2012, publicação da súmula em 19/09/2012).

Com base no direito à igualdade previsto constitucionalmente, as decisões consideraram possível a aplicação da lei “Maria da Penha” ao homem diante de uma agressão. O que foi relevante para os julgadores é que houve violência doméstica familiar, sendo admissível o sujeito do sexo masculino integrar no polo passivo.

Quanto à licença-maternidade, o período concedido à mulher é de 120 dias. Entretanto, a licença-paternidade, ainda carente de regulamentação, é concedida apenas pelo período de cinco dias, como previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 10 § 1º. Essa diferenciação jurídica em relação ao tempo de licença concedido entre o genitor e a genitora seria justificável?

Avaliando a situação, vê-se que é a mãe quem passa por todo o processo de amamentação, recai sobre ela, na maioria das vezes, a obrigação de cuidados à criança. O que não se pode esquecer é que o motivo para concessão da licença é garantir que a criança receba o tratamento necessário para o seu desenvolvimento sadio. Portanto, o fator que ensejou o tratamento desigual recai

sobre a necessidade que a criança requer para que o seu bem-estar seja mantido.

Ao analisar essa situação questiona-se se essa concessão destinada somente à mulher seria justificável. Esse assunto será debatido com mais profundidade no decorrer do terceiro capítulo.

Quanto à previsão inserida no art. 7º, inciso XX, que prevê a necessidade de proteger o mercado de trabalho da mulher, tem-se um argumento plausível, tendo-se em vista que, se se analisar todo o contexto histórico da mulher no mercado de trabalho, havia, sim, necessidade de tais estímulos.

Ora, a mulher não tinha nem direito a trabalhar; e quando passou a tê-lo, não podia ter a mesma remuneração que o homem. Ainda, em certas situações, exigia-se autorização do marido para exercer o seu direito ao trabalho.

Sobre a discriminação da mulher no mercado de trabalho, disserta Álvaro Ricardo:

Esse é um problema que assola toda a sociedade. Inúmeros são os casos de frustrações de mulheres que não puderam abraçar uma profissão em face da negativa dos seus maridos que, até as décadas de 70/80, consideravam uma humilhação pública e um atestado de sua incompetência permitir que “sua” mulher trabalhasse, o que poderia parecer à sociedade que o marido não conseguia manter sozinho sua família (CRUZ, 2005, p. 46).

Como se pode aferir nas palavras do autor, além do preconceito social enfrentado pela mulher para se inserir no mercado de trabalho, também havia a necessidade de enfrentar o ego do marido, que visualizava o trabalho de sua esposa como um fracasso profissional dele próprio. Imaginava que, se a mulher estava trabalhando, era porque ele, como mantenedor do lar, não estaria desempenhando adequadamente esse papel.

Em suas pesquisas, o Anuário das Mulheres, elaborado pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), revela quais as pessoas que foram vítimas de agressão física, distinguindo-as por sexo e local da agressão. O resultado demonstrou que a quantidade de mulheres agredidas na própria residência é de 43,1%, enquanto a quantidade de homens é de 12,3% (DIEESE, 2011). Usando esses dados como base, vê-se a necessidade da criação de uma lei protetiva para as mulheres. Surge, por fim, a Lei 11.340/06,

também conhecida por Lei Maria da Penha, que estabelece medidas protetivas para a mulher em suas relações domésticas e familiares.

Essa mesma investigação foi realizada definindo a relação que a vítima teria com o agressor. Os dados obtidos informam que a quantidade de mulheres agredidas pelo cônjuge ou ex-cônjuge é de 25,9%, enquanto que a quantidade de homens agredidos na mesma situação é de 2,0% (DIEESE, 2011).

Portanto, há necessidades, em determinadas situações, em que é necessário o emprego de um tratamento desigual, conforme orientação aristotélica, com o objetivo de buscar a igualdade. Destaca-se que a justificativa para a concessão do tratamento desigual deve basear-se em um plano de fundo dessemelhante.

CAPÍTULO II

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O presente capítulo aborda a evolução histórica das constituições familiares, identificando as alterações ocorridas na legislação e no seio social, procurando apresentar as novas formações familiares e seu reconhecimento perante a lei brasileira.

2.1 O instituto familiar em Roma

Em Roma, o núcleo familiar era constituído pelo conjunto de pessoas que estavam sob o pátrio poder do ascendente vivo mais velho que tinham em comum (WALD, 2000, p. 9). A família possuía um patrimônio conjunto e uma religião própria, que era aquela oriunda dos seus ancestrais. O *pater famílias* exercia um poder irrestrito sob aqueles que estavam sobre seu mando. Seus filhos recém-nascidos podiam, por sua vontade, ser abandonados para morrer ou, em qualquer idade, ser vendidos (CASTRO, 2011, p. 98).

Existiam em Roma duas formas distintas de estabelecer o parentesco: a agnação e a cognação (WALD, 2000, p. 10). A agnação estabelecia vínculos entre as pessoas que estavam sob o mesmo “*pater famílias*”, independentemente de laços consanguíneos. Já a cognação era o parentesco definido pelo critério sanguíneo. Esses critérios foram se estreitando, juntamente com o poder exacerbado atribuído ao “*pater*”. O vínculo estabelecido pela cognação prevaleceu sobre a agnação; portanto, passa-se a considerar como família aquelas pessoas ligadas consanguineamente.

Em relação ao casamento, os romanos o distinguiam de duas formas: o casamento *cum manu* e o casamento *sinemanu* (CASTRO, 2011, p. 100). No casamento *cum manu*, a mulher, que até então estava sob o poder do seu próprio *pater famílias*, passou a ser chefiada pela família do marido. Já no casamento *sinemanu*, a mulher podia continuar sujeita ao poder do seu *pater famílias*, mesmo com o advento do casamento. Este último foi o que prevaleceu, pois

garantia à mulher a conservação dos direitos sucessórios de sua família de origem (CASTRO, 2011, p. 100).

2.2 A família na Grécia

Na Grécia, seguindo o mesmo modelo romano, a família organizava-se em torno da *pátria potestas* (KLABIN, 2004, p.183). No entanto, esse direito não era absoluto, como ocorria em Roma. Exemplo dessa situação era a possibilidade de emancipação dos filhos aos 18 anos de idade.

Aracy Augusta Leme Klabin refere-se à mulher ateniense:

A mulher ateniense teve, desde cedo, direitos que a romana custou a conquistar. A partir da Reforma de Solon pôde herdar e ser proprietária, contudo, na prática, ela viveu muito mais reclusa em seu lar do que a romana. Embora a poligamia não fosse permitida, o concubinato do marido era perfeitamente admitido pelos costumes. Consequentemente, só o homem tinha direito ao divórcio por razão de infidelidade (KLABIN, 2004, p. 183).

Conforme observado, em Roma e na Grécia prevalecia a figura do *pater famílias* exercendo a função de mando no seio familiar. No entanto, na Grécia, esse poder era limitado, pois alguns direitos foram garantidos para aqueles que estavam sob o mando do *pater*, como, por exemplo, o direito à emancipação e direitos sucessórios à mulher.

2.3 A família no direito canônico

O direito oriundo da Igreja Católica, conhecido como direito canônico, influenciou a legislação brasileira ao estruturar o direito de família. Segundo Arnoldo Walb, durante toda a Idade Média as relações de família se regem exclusivamente pelo direito canônico, assim confirmado pelo fato de, do século X ao século XV, o casamento religioso ser o único conhecido (WALD, 2000, p. 13).

A Igreja exercia e ainda exerce forte influência na sociedade e, como não poderia deixar de ser, isso refletia e ainda se reflete na legislação. Para os canonistas, o casamento é uma união indissolúvel, pois o que a força de Deus uniu não cabe ao homem separar.

Sendo o casamento uma união indissolúvel, a Igreja procurou estabelecer alguns empecilhos, para que o matrimônio se constituísse de maneira mais sólida:

O direito canônico constituiu o quadro de impedimentos para a realização do casamento, abrangendo as causas baseadas numa incapacidade (idade, diferença de religião, impotência, casamento anterior), num vício de consentimento (dolo para obter o consentimento matrimonial, coação ou erro quanto à pessoa do outro cônjuge) ou numa relação anterior (parentesco afinidade) (WALD, 2000, p. 14).

Estabelecendo esses impedimentos, a Igreja restringe as possibilidades de concepção do casamento, buscando estabelecer uma instituição permanente, pois no que foi concebido com a vontade de Deus não caberia o rompimento pela vontade do homem.

2.4 A família na concepção de Friedrich Engels

Para o autor, a palavra “família” não surgiu para designar laços afetivos e consanguíneos, pelo contrário, em sua origem está vinculada à dominação. Não era empregada para indicar vínculos fraternos ou qualquer referência à linhagem:

Em sua origem a palavra *família* não significa o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do falisteu de nossa época; – a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e *família* é o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem [...] A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe tinha sob o seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles (ENGELS, 1977, p. 61).

Segundo Engels, inicialmente, a monogamia não era regra na sociedade, sendo possível, inclusive, relações entre ascendentes e descendentes, irmãos e irmãs. Portanto, ligações consanguíneas não eram empecilhos para que fosse estabelecida a relação marido e mulher. Com o decorrer do tempo, verificou-se uma postura divergente no conceito familiar: mais importância aos vínculos consanguíneos foi atribuída, logo, a relação carnal entre ascendente e descendente deixou de ser algo natural, assim como as relações entre irmãos.

Com a relevância dada aos laços consanguíneos, a união entre parentes passou a ser conduta proibida. Assim, casamento entre irmãos não seria mais possível.

Importante salientar, portanto, que embora houvesse proibição da poligamia, isso era parcial, tendo em vista que o impedimento se dava somente para a mulher. Esta passou a ter obrigação de ser monogâmica e o dever de total lealdade ao seu marido, caso contrário, seria submetida a severas penas. Essa situação não é tão divergente dos tempos atuais, uma vez que ainda existem países que penalizam o adultério somente por parte da mulher, como, por exemplo, o Irã, a Arábia Saudita e o Paquistão, e ainda aplicam como sanção a pena de morte, por apedrejamento. Percebe-se, assim, que a evolução da igualdade na sociedade, o direito à privacidade e, principalmente, o direito a não ser submetido a algum tratamento desumano ou degradante não são tão reconhecidos nessa sociedade apresentada como moderna.

Com a imposição de fidelidade atribuída à mulher, passando esta a ter um único companheiro, a linhagem paterna dos filhos passou a ser identificável. Assim, o pai passou a ser o detentor do poder sobre a sua esposa e seus filhos biológicos. Nessa conjuntura começou a surgir a monogamia.

A família monogâmica surgiu paralelamente à evolução da sociedade. Ou seja, com o advento da civilização, esse modelo familiar sobrepôs-se aos padrões anteriormente mencionados. A característica predominante desse arquétipo de família era a concentração do domínio na figura do homem. O que a distinguia da família sindiásmica? Nesta forma familiar era atribuída à figura paterna a função de controlar a família. No entanto, com uma diferenciação: enquanto na família sindiásmica havia a faculdade de dissolução da sociedade conjugal por parte do homem e da mulher, na família monogâmica não existia essa opção; durante muito tempo somente o marido é quem detinha a capacidade de revogar o casamento.

Para Engels, o surgimento da monogamia se dá paralelamente ao crescimento das riquezas individuais. Ora, seria mais fácil para o homem acumular fortunas e, conseqüentemente, transmiti-las aos seus herdeiros, possuindo uma mulher que lhe devesse lealdade, pois os filhos oriundos desse relacionamento eram, baseando-se na obrigatoriedade de fidelidade desta, realmente seus. Para tanto, Engels indaga: tendo surgido de causas econômicas,

a monogamia desaparecerá quando desaparecerem essas causas (ENGELS, 1977)?

[...] Quando os meios de produção passarem a ser propriedade comum, a família individual deixará de ser a unidade econômica da sociedade. A economia doméstica converter-se-á em indústria social. O trato e a educação das crianças tornar-se-ão assunto público; a sociedade cuidará com o mesmo empenho de todos os filhos, sejam legítimos ou naturais. Desaparecerá, assim, o temor das “consequências”, que é hoje o mais importante motivo social – tanto do ponto de vista moral como do ponto de vista econômico – que impede uma jovem solteira de se entregar livremente ao homem que ama (ENGELS, 1977, p. 82-83).

Pois bem, na atualidade, como se sabe, permanece a monogamia. Na verdade, pode-se vislumbrar que, na presente época, os casamentos, em sua maior parte, ocorrem por fatores sentimentais, o que os une, os que os fazem fiéis um ao outro é o amor. No entanto, essa não é uma afirmação generalizada, já que ainda existem os critérios econômicos. Conforme Engels, existem aqueles que creem que é uma instituição indissolúvel, como preceituado pelo direito canônico.

O que se percebe é que a instituição familiar é mutável: muda-se a sociedade, com isso é alterada a concepção familiar. Antes acontecia o que hoje é considerado incestuoso, a monogamia substitui a poligamia, o divórcio deixa de ser condenado. Enfim, na vigência do Estado Democrático de Direito, a essência para contrair uma sociedade conjugal é a liberdade.

2.5 Das novas constituições familiares

Neste item aborda-se a questão familiar e sua mutação diante das transformações ocorridas no seio social.

2.5.1 Liberdade de constituição familiar

Até certo momento histórico, como já visto, a liberdade, em especial das mulheres, foi cerceada. Atualmente, principalmente após a Revolução Francesa, que estabeleceu os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, a crença, no mundo ocidental, de que a liberdade deve ser estendida a todos passou a ser generalizada.

Entretanto, deve ser questionado: até onde o ser humano consegue liberdade? Até que ponto pode-se viver inserido em uma sociedade e ter completa liberdade de ação?

Em seu texto “Liberdade e Família”, o autor João Baptista Villela discorre sobre essa questão. Para ele, “a família, é uma das ‘cercas’ que restringem a liberdade total de uma pessoa: e onde, mais que na família, se manifesta a contradição entre as aspirações libertárias do homem [...]”? (VILLELA, 1980, p. 10). O ser humano atualmente, está dividido entre a autodeterminação individual e a heteronomia social (VILLELA, 1980, p. 10).

Entretanto, esse cerceamento da liberdade, quando no seio familiar, não é absoluto, uma vez que, da mesma forma que restringe, também permite que um se encontre no outro. O objetivo ideal é que, inserido numa família, a relação entre seus membros deveria resultar em um mínimo de restrições individuais e um máximo de realização pessoal (VILLELA, 1980, p. 11), uma vez que o sucesso de um traz o mesmo aos outros, assim como a destruição de um também destrói os outros. Como se apurou, é o contrário do que ocorria na família sob o domínio do *pater família*, na qual o mesmo, ou seja, o homem, exercia poder irrestrito sobre seus membros. Hoje, o que se pode vislumbrar nas legislações mais avançadas é a total eliminação de qualquer supremacia, ainda que funcional, de um cônjuge sobre o outro (VILLELA, 1980, p. 27).

Especialmente notável tem sido o impacto de uma visão libertária do casamento nas relações pessoais entre os cônjuges. A autoridade fortemente hierárquica do passado, centrada na autoridade do marido, recua a passos largos em favor de uma organização igualitária e dialógica (VILLELA, 1980, p. 26).

Ao se falar em liberdade inserida no âmbito de família, não se pode deixar de questionar até onde essa liberdade está sendo ferida quando constituições familiares como o concubinato, relacionamento homossexual e família monoparental são menosprezadas em nossa atual sociedade e inseridas numa “inferioridade social” (VILLELA, 1980, p. 17).

O cenário atual mostra que se está diante de uma quebra de padrões no sistema familiar, apesar de reconhecidas legalmente, as novas constituições familiares não detêm integralmente os mesmos direitos do modelo familiar

tradicional (homem, mulher e filhos). Está-se diante de uma forma de cerceamento de uma liberdade individual que deveria ser garantida.

2.5.2 A reconstrução da família na legislação brasileira

A Constituição Federal procurou definir o conceito de família. Assentou no art. 226, § 3º: o reconhecimento da *união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar*. E, posteriormente, no § 4º deste mesmo artigo englobou-se no conceito de família *a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*.

Esse reconhecimento da família independentemente do casamento não se verifica nas Constituições anteriores.

Com efeito, a Constituição Federal de 1946 assim previa no art. 163: “a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”. Por sua vez, a Constituição de 1967, no art. 167, estatuiu: “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”. Por fim, a Constituição de 1969, no art. 175: “a família é constituída pelo casamento e terá a proteção dos poderes públicos”.

Portanto, para a formação de uma família, conforme se pode observar nas Constituições anteriores à de 1988, exigia-se a união pelo casamento.

O que se questiona, remetendo-se ao texto das Constituições anteriores, é o seguinte: somente as pessoas devidamente casadas poderiam se considerar família? Ou: o que os une, independentemente de qualquer ato formal, são os laços consanguíneos? Muitas vezes, não há sequer laços consanguíneos, só o afeto. Dessa forma, não se poderia conceber como família aqueles que assim se sentem, não se levando em consideração qualquer laço consanguíneo ou atos formais?

Rodrigo da Cunha Pereira, ao descrever sobre o que seria família, assim disserta:

Ela não se constitui apenas por homem, mulher e filhos. Ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um dos seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico. Exatamente por ser uma questão de lugar e de função é que é possível, no Direito, que se faça e que exista o instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar, de pai ou de mãe, tão necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos (PEREIRA, 2003, p. 13-14).

São essas novas formas de inclusões familiares, como, por exemplo, famílias formadas por casais homossexuais ou por um pai solteiro e seus filhos, sejam eles legítimos ou adotados, que servirão como base para nortear o presente trabalho. O que é proposto não é estimar somente esta ou aquela relação familiar, o objetivo é identificar a necessidade de respeito por famílias que assim se consideram e agem como se fossem. Não só o respeito pela sociedade, mas também o acatamento da lei, concedendo tratamento igual para outras formas familiares.

A Constituição Federal vigente faz reverência e o reconhecimento de famílias que são constituídas não só pelo casamento, mas por união estável ou até mesmo por qualquer dos pais ou seus descendentes. É importante frisar que a Constituição, enquanto documento, é estático, precisa das mãos do legislador para acompanhar a evolução da sociedade. Se assim não o faz o legislador, o documento se torna incapaz de atingir um dos seus objetivos, qual seja, regulamentar a vida em sociedade. Por isso, foi feliz o legislador ao reconhecer essas novas instituições familiares. Nesse sentido, afirma Rodrigo da Cunha Pereira:

A noção conceitual de matrimônio. Obviamente não é imutável. Com as mudanças dos costumes, ela evoluiu e modificou-se. O que antes era determinante para a constituição da família no Brasil já foi alterado pela Constituição de 1988, ou seja, no atual ordenamento jurídico a família não se constitui somente pelo casamento. Há outras formas de família, como já se disse anteriormente (PEREIRA, 2003, p. 26-27, Constituição Federal - CF, art. 226).

A Lei 11.340/06, que versa sobre violência doméstica, instituiu um conceito peculiar ao referir-se à família. Assim sendo, registra-se, em seu art. 5º, inciso II, que considera “âmbito familiar a unidade formada por indivíduos que são ou se

consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Ora, a legislação em questão traçou um importante caminho para a evolução do conceito de família, tendo em vista que considerou como tal não só aquelas pessoas ligadas por laços consanguíneos, ou seja, por causas naturais, mas nomeou também aquelas que assim se consideram, seja por afinidade ou por vontade expressa.

2.5.3 Das uniões homossexuais

As uniões homossexuais não são conduta moderna, constituem práticas que pertencem à história da humanidade. É um comportamento tão antigo, que há passagens relatando essa experiência na Grécia Antiga. Nesse período, as relações homossexuais eram apresentadas até mesmo como forma de ritual. Dessa forma, o homem que mantivesse relações com um parceiro do mesmo sexo se tornava um sujeito mais forte, tendo em vista que se acreditava que a transmissão do sêmen tornava o homem mais vigoroso. Veja-se:

Na Grécia Antiga, fazia parte das obrigações do preceptado “servir de mulher” ao seu preceptor, havendo uma crença que por meio do esperma se transmitiam heroísmo e nobreza. Também havia a justificativa de treiná-los para as guerras, nas quais inexistia a presença das mulheres. Era um privilégio das classes nobres. Nas olimpíadas gregas, os atletas competiam nus, exibindo a beleza física, sendo vedada a presença das mulheres na arena sob o fundamento de que não tinham capacidade de apreciar o belo. Também nas manifestações teatrais, os papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos ou usando máscaras. É evidente que essas eram manifestações homossexuais (DIAS, 2000, p. 162).

No entanto, o reconhecimento das uniões formadas por casais homossexuais é uma história de luta e preconceito. Uma das barreiras enfrentadas é a rejeição da Igreja, sabendo-se que esta exerce forte influência, não só perante a legislação, como também ante a sociedade. A explicação para a não aceitação está na consideração do intuito do ato sexual. Para essa instituição, especialmente para as Congregações Católicas, o ato sexual possui um único objetivo: a procriação. Sendo assim, se esse ato é praticado entre homem e mulher sem a finalidade de reprodução ou entre pessoas do mesmo sexo, que como se sabe é impossível a concepção, é condenável pela Igreja. Em

pronunciamentos do Vaticano, essa resistência já foi elucidada. O Papa Bento XVI declarou que considera o casamento homossexual uma das várias ameaças atuais à família tradicional, pondo em xeque o próprio futuro da humanidade (G1 MUNDO, 2012). Complementa seu pronunciamento dizendo que a educação das crianças precisa de ambientes adequados, e o lugar de honra cabe à família, baseada no casamento de um homem com uma mulher (G1 MUNDO, 2012).

Por imposições culturais e religiosas, havia muita resistência ao reconhecimento da união homoafetiva pelo Poder Judiciário. Essa postura é vislumbrada neste julgado proferido pelo Rel. Des. Célio César Paduani:

À luz do art. 226, § 3º da Constituição Federal, a união estável, para efeito de proteção do Estado, é aquela havida entre homem e mulher como entidade familiar.

No mesmo sentido dispõe o Código Civil no artigo art. 1.723 que: "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".

Vê-se, portanto, que o ordenamento jurídico, até o momento, não contemplou as uniões homoafetivas.

A diversidade de sexo continua a ser requisito fundamental tanto para a celebração do casamento, quanto para o reconhecimento da união estável, razão pela qual não se pode conceber a mesma natureza jurídica desses institutos às relações homoafetivas.

Não se trata, no entanto, de mera omissão legislativa passível de interpretação analógica extensiva. O dispositivo constitucional, ao declarar expressamente a proteção do Estado apenas à união estável existente entre homem e mulher, excluiu dessa proteção as relações havidas entre pessoas do mesmo sexo, caso contrário, as teria expressamente contemplado, conforme o fez com as relações heterossexuais².

Os entendimentos jurisprudenciais, em sua maioria, não adotavam a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva, baseando-se primeiramente, no art. 226 § 3º da Constituição Federal e no art. 1.723 do Código Civil, que são claros ao definir a união estável como aquela ocorrida entre homem e mulher.

Sendo assim, baseando-se na interpretação literal desses artigos supracitados, os pedidos de reconhecimento para uniões homoafetivas não eram deferidos. Ora, claro está que a posição adotada para não reconhecimento dessas relações está simplesmente na justificativa da imprevisibilidade na

² BRASIL. Apelação Cível 1.0024.07.764088-6/001 Relator (a) Des. (a) Célio Cesar Paduani, 4ª Câmara Cível, julgamento em 04/12/2008, publicação da súmula em 09/01/2009.

legislação pátria. Entretanto, a função do juiz não deve ser mecanizada, reduzindo a sua função, que é a jurisdição, em apenas aplicar a lei ao caso concreto. Se assim fosse, estar-se-ia amortizando a técnica discursiva que deve existir em uma lide. Além de agir de acordo com a lei, o judiciário deve analisar cada caso concreto à luz dos costumes, tentando seguir a evolução da sociedade.

Não se pode negar que existem as relações entre pessoas do mesmo sexo, não é possível fechar os olhos para o que verdadeiramente ocorre no contexto social e simplesmente não reconhecer por que não está previsto em lei. É preciso que esse positivismo legalista seja olvidado quando se tem por objetivo a aplicação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como, por exemplo, o direito à igualdade. Ao não ser permitido o casamento legal entre pessoas do mesmo sexo, o legislador fere o seu direito à igualdade, uma vez que, ao contrário do que ocorria antigamente, o objetivo do casamento não é mais exclusivamente a procriação. Portanto, não há que se falar que a única família legítima é aquela formada entre homem e mulher. Se o objetivo de um relacionamento é a comunhão entre pessoas, ao não deferir aos casais homossexuais os mesmos direitos de um casal heterossexual o legislador fere o seu direito à liberdade de escolha.

Dessa forma, desimpregnar-se desta interpretação literal, que reduz a atividade judiciária em apenas aplicar a lei ao caso concreto, é necessário para que efetivamente seja preenchido o desejo de justiça.

Caminhando nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, reconheceu a união homoafetiva, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.4277 e no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132. São ações em que se discutia a possibilidade do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Ao julgar essas ações, o STF legitimou, no dia 05/05/2011, a união homoafetiva. Desta forma, equipararam-se as uniões entre casais do mesmo sexo à união estável.

O voto do Ministro Ayres Britto nos julgamentos da ADI 4277 e ADPF 132 retrata a visão atual do que vem a ser uma família:

Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”). Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico [...]³.

Infere-se de seu entendimento que família é aquela formada por pessoas que, unidas por laços afetivos, se protegem e se respeitam. Ora, se uma família é formada por pessoas do mesmo sexo que assim agem, não há por que se falar que se difere de uma família heterossexual.

Da mesma forma que duas pessoas de sexos divergentes têm a prerrogativa de se unirem em uma relação estável, tendo garantidos todos os direitos adstritos a essa relação, também os devem ter duas pessoas do mesmo sexo que se unem com o objetivo de formar uma família:

A isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. [...], pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. [...] pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade “mais ou menos” [...]⁴.

Ao conceder aos casais homossexuais apenas alguns dos direitos concedidos aos casais heterossexuais, o legislador elege aqueles a terem uma “liberdade mais ou menos”, uma “vida mais ou menos”. O já mencionado Ministro citou, no mesmo voto, um poema alegadamente psicografado pelo médium Chico Xavier:

³ Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

⁴ Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos/ E até ter um governo mais ou menos [assim conclui a sua lúcida mensagem]: O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ [...] Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos⁵.

O Ministro encerra o seu voto afirmando que se deve excluir qualquer interpretação legislativa que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família.” Afirma, ainda, que as famílias homoafetivas devem ser reconhecidas “segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”⁶.

Esse reconhecimento preencheu a morosidade do Poder Legislativo em definitivamente criar uma lei que regulamentasse tal situação. Além disso, abraçou uma situação que já era realidade, ou seja, legalizou um comportamento que já existia na esfera social. Diante da inércia legislativa, o Poder Judiciário apenas garantiu a aplicabilidade de princípios já consagrados na Carta Magna, tais como o princípio da igualdade à liberdade de consciência, sobretudo o princípio que é o escopo dos direitos fundamentais e também dos direitos humanos, qual seja, a dignidade da pessoa humana que será tratada logo adiante.

Importante mencionar que essa situação não se trata de uma atuação legislativa do Poder Judiciário. Esse Poder tem como função garantir os preceitos constitucionais, assim, ao reconhecer esse direito aos casais homoafetivos, o Supremo Tribunal Federal apenas concretizou direitos fundamentais consagrados na Carta Magna. A concretização desse direito a partir da intervenção do Poder Judiciário dá-se a favor e não contra a democracia (BINENBOJM, 2004, p. 246).

Rodrigo da Cunha, ao proteger o respeito à homossexualidade opinou:

⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

Não se trata aqui de fazer apologia da homo ou da heterossexualidade. Nem mesmo fazer uma política identitária ou de minorias, pois essas divergem em suas premissas e argumentos que fundam suas posições. Interessa-nos, enquanto profissionais do direito, pensar e repensar melhor a liberdade dos sujeitos acima dos conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de exclusão da cidadania. É como dizia com propriedade o escritor modernista Mário de Andrade em suas poesias: as pessoas que abrem seus corações de uma maneira abrangente, dentro deles cabe qualquer sexo (PEREIRA, 2003, p. 39).

Na pesquisa realizada em 2010, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apresentou a quantidade de uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Foram identificados 60 mil casais⁷. Dessa forma, a garantia do reconhecimento das relações homoafetivas, feita pelo STF, veio, conforme já foi dito, garantir a aplicabilidade de direitos previstos constitucionalmente, tais como o direito à igualdade, à liberdade de consciência e dignidade da pessoa humana. Além disso, foi uma questão de respeito às diferenças, uma vez que cada ser humano é diferente em sua maneira de ver o mundo e de viver.

No entanto, existia, até então, outro direito pendente de regulamentação. Trata-se do art. 226 § 3º, que prevê que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Pois bem, conforme já debatido, a união estável nas relações homoafetivas foi devidamente reconhecida pelo STF. No entanto, a sua conversão em casamento ainda não havia sido regulamentada.

Em pesquisa jurisprudencial realizada, percebem-se divergências quanto ao posicionamento da conversão da união estável em casamento. Em um julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Rel. Min. Luis Felipe Salomão reconheceu essa possibilidade, apesar de haver votos divergentes, e concedeu o direito de conversão da união estável em casamento:

⁷ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-10-17/ibge-identifica-60-mil-casais-gays-no-pais>>. Acesso em: 28 out. 2013.

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união⁸.

Após esse período de não regulamentação no tocante à conversão da união estável em casamento, fazendo com que houvesse divergências sobre a concessão desse direito, a Resolução nº 175 de maio de 2013, aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, veio pôr um ponto final nessa discussão: proibiu expressamente às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo⁹.

A competência do Conselho Nacional de Justiça para elaboração dessa resolução foi questionada via Mandado de Segurança nº 32077 impetrado pelo Partido Social Cristão (PSC) no Supremo Tribunal Federal, que foi julgado improcedente. Veja-se decisão do Ministro Luiz Fux:

[...]a Resolução nº 175/2013, também com esteio no art. 103-B da Constituição, interditou a recusa, por parte das autoridades competentes, da habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, atendendo aos fins colimados pela CRFB/88, notadamente após o julgamento da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4277/DF¹⁰.

⁸ Recurso Especial nº 1183378/RS, Luis Felipe Salomão, pela 4ª Turma, julgado em 25/10/2011, publicado no Diário Oficial em 01/02/2012.

⁹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 3 set. 2013.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4411296>> Acesso em: 04 dez. 2013.

O Conselho Nacional de Justiça não excedeu sua competência ao criar a Resolução nº 175/2013, pois não se trata de uma espécie normativa primária, é uma regulamentação que se insere em sua competência constitucional prevista no artigo 103-B, II, que atribui capacidade para desconstituir os atos editados por órgãos e membros do Poder Judiciário, revê-los ou fixar prazo para que se adotem providências necessárias ao estrito cumprimento da lei.

2.5.4 Das famílias monoparentais

A monoparentalidade é um fenômeno relativamente novo, pelo menos em relação ao seu reconhecimento. Antes de adentrar nas causas que geram essa situação, importante se faz conceituá-la. A Constituição Federal de 1988, no art. 226 § 4º, reconheceu essa possibilidade de constituição familiar oriunda de uma “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Ao descrever sobre famílias monoparentais, o autor Eduardo Leite a define como sendo aquela constituída por uma pessoa sem cônjuge, seja homem ou mulher, e que vive com uma ou várias crianças (LEITE, 2003, p. 22).

Essas famílias surgem conforme a evolução dos conceitos sociais e rompimento de alguns paradigmas, como, por exemplo, a aceitação e o reconhecimento do divórcio. A constituição das famílias monoparentais pode-se dar de algumas maneiras, tais como viuvez, divórcio, filhos oriundos de relações extraconjugais ou até mesmo opção por formar uma família nesses moldes. Além disso, pode-se formar essa entidade familiar não só com pai ou mãe, mas também pelos avós e netos, situação também comum nos tempos atuais.

Percebe-se, então, que a principal característica da monoparentalidade se perfaz na ausência das figuras de pai ou mãe na criação de seus filhos. E quais seriam as consequências? Primeiramente, pode-se constatar o assoberbamento de funções concentradas em sua só figura familiar, tendo em vista que este teria que realizar todas as tarefas, sejam elas domésticas, referentes à educação, ao lazer e às vezes até mesmo as obrigações financeiras. Mas a crucial implicação é a reponsabilidade afetiva, pois o pai ou a mãe que formam sozinhos essa família

monoparental de alguma forma tentam suprir a ausência, tentando preencher o vazio causado naquela criança¹¹.

Importante frisar que para o IBGE famílias unipessoais são aquelas formadas por jovens que deixaram a casa dos pais para formarem uma família com um cônjuge ou por pessoas que se divorciaram, viúvos e viúvas e pessoas que viveram a maior parte da vida sozinhas (IBGE, 2010). A partir de então far-se-á uma análise das causas que ensejam a formação de famílias monoparentais.

2.5.4.1 Do celibato

Um das causas de constituições das famílias monoparentais é o celibato. Essa nova forma de opção familiar surge como reflexo das preferências e atitudes oriundas da sociedade moderna. O celibato trata-se de uma opção pessoal inerente à forma de constituição de uma entidade familiar. Em tempos remotos, a união de duas pessoas passava por todo um processo de formalidade para que fosse realmente configurado o casamento. Na verdade, como forma de revestir essa união de respeitabilidade, vista aos olhos da sociedade, fazia-se necessário cumprir todo um protocolo. O celibato surge como consequência das novas prioridades estabelecidas.

No entanto, a necessidade de “conviver” faz parte do instinto do ser humano, o desejo existe e, por mais que se tente abrandar, ele sempre se revela em dados momentos. Daí surge o celibato, como constituições familiares provenientes de uniões sem compromissos, uniões esporádicas, para preenchimento dessa necessidade, qual seja, de relacionar-se.

Nesse sentido, realça Eduardo de Oliveira Leite:

¹¹ Segundo pesquisa realizada pelo IBGE, no Censo Demográfico de 2000/2010, em que foram avaliadas 57.134.048 unidades domésticas residentes em domicílios particulares, entre estas o número de famílias unipessoais foi de 6.938.023 (IBGE, 2010). Ainda conforme essa pesquisa, a distribuição das unidades domésticas por tipo se deu da seguinte forma: duas ou mais pessoas com parentesco, em 2000 a quantidade representava 90, 25%, enquanto em 2010, 87,2%. As unidades domésticas com duas ou mais pessoas sem parentesco importavam em 2000 a massa de 0,3%, em 2010 aumentou para 0,7%. Já as famílias unipessoais em 2000 denotavam 9,2% e em 2010 houve ampliação para 12,1% (IBGE, 2010).

Este novo modelo, porém, celibatário, e sem casamento, não implica “viver só”, como se poderia imaginar de forma superficial. Ao contrário, a maioria dos celibatários tem parceiros sexuais com os quais vive em uniões livres (caracterizadas pela transitoriedade e total liberdade) ou vivem como “pessoas casadas” (mas liberadas de qualquer constrangimento de ordem legal), reforçando a ideia, anteriormente avançada, de não compromisso, de não obrigação (LEITE, 2003, p. 35).

Segundo o Censo 2010 realizado pelo IBGE, no Brasil 11,8% dos homens são casados, em contrapartida, 58,9% são solteiros. Em relação às mulheres, 6,5% são casadas e 38,7% são solteiras (IBGE, 2010).

As causas para o advento do celibato são diversas, mas pode-se citar como núcleo principal a busca pela satisfação profissional, que está acima da vontade de constituição familiar. Cada vez mais se busca, primeiramente, a concretização de sonhos profissionais, uma jornada até mesmo sem limites, tendo em vista que os desejos são gradativos. Outra razão da opção pelo celibato é a falta de vontade de comprometer-se.

2.5.4.2 Do rompimento do casamento

O divórcio ou a separação também são fatores que ensejam a formação familiar unipessoal. A sustentação imperativa do casamento já não é mais uma imposição legislativa, tampouco uma barreira social. No entanto, essa liberdade atribuída aos casais nem sempre foi uma realidade no Brasil. Até 1977, o divórcio não era reconhecido. O casamento não se baseava tanto na existência do afeto entre os casais, mas uma exigência de ordem socioeconômica. Desta forma, para ser digno de prestígio perante a lei e a sociedade, o casamento devia ter vínculo eterno, ou seja, devia perpetuar por toda a vida. O Código Civil de 1916 não atribuía reconhecimento da família sem o casamento.

Pode-se observar, no parágrafo único do art. 315 do Código Civil de 1916, que o casamento válido somente se extinguia pela morte de um dos cônjuges. Dessa afirmação podem-se extrair várias consequências. Se o vínculo dura por toda a vida, com a realização do casamento tem-se a decretação de um vínculo perpétuo. Entretanto, havia previsão do desquite, para que então havia o reconhecimento desse instituto? Para o rompimento tão somente da sociedade conjugal. O vínculo contraído no ato do casamento era, conforme já dito, indissolúvel. Tem-se, então, uma forma de restrição de liberdade, tendo em vista

que havia obrigatoriedade de permanência de um liame, que só se rompia com a morte.

Além disso, as próprias Constituições traziam a aplicação desse princípio da indissolubilidade aos casamentos. A Carta de 1969 previa, no art. 175 § 1º, que o casamento era indissolúvel.

Pois bem, nesse período prevalecia, como já dito, muita influência do Cristianismo, que considerava pecado a dissolução do casamento, tendo em vista que os atos que ensejam uma separação eram oriundos de uma transgressão religiosa. Esta seria uma das fundamentações para que a legislação vigente à época estabelecesse a manutenção forçada do vínculo conjugal, mesmo tendo a realização do desquite.

A decomposição da sociedade familiar acontece a partir de paulatinas, intermitentes ou sucessivas infrações dos deveres que resultam do matrimônio e participam da própria contingência humana (CAHALI, 2002, p. 19).

Tendo como base essa forma de pensamento, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 09, que promoveu a alteração do parágrafo 1º do art. 175 da Constituição Federal de 1969 e reconheceu a possibilidade de separação judicial e o divórcio (CAHALI, 2002, p. 42). Essa emenda deveria ser regulamentada por uma lei. Assim, foi criada a Lei 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio.

A mencionada lei, apesar de ser um grande passo validando-se a separação judicial e, conseqüentemente, o divórcio, ainda não atribuía total liberdade aos cônjuges, uma vez que estabelecia, por exemplo, um período de três anos para a conversão da separação em divórcio.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surge a possibilidade de concessão de divórcio direto, exigindo a separação de fato por mais de dois anos. Assim vigorava o texto constitucional no art. 226, § 6º: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Além disso, houve diminuição do prazo para requerimento do divórcio após a separação judicial.

No entanto, a evolução quanto a esse novo modelo familiar não parou com a instituição do texto original da Constituição de 1988. Acompanhando os novos moldes de composição familiar, foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) nº 66/10, alterando o artigo constitucional supracitado, que exigia a separação de

fato por mais de dois anos para solicitação do divórcio ou a separação judicial realizada por mais de um ano. Com a emenda, o artigo passou a vigorar com a seguinte redação: “*o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*”. De acordo com Cleyson de Moraes Mello, a EC 66/10 facilitou o processo de dissolução do vínculo conjugal, ao disponibilizar o recurso ao divórcio direto, independentemente de prazo, para o casal que pretenda romper de imediato o relacionamento (MELLO, 2003, p. 1488).

Assim, como afirma João Baptista Villela, tal como o casamento é um direito fundamental concedido aos brasileiros, assim deve ser a concessão do direito de não permanecer casado (VILLELA, 1980, p. 19). Nesse mesmo pensamento, o autor afirma que a liberdade de ir-se dá consistência à decisão de permanecer, renovada a cada momento na opacidade cinzenta do cotidiano (VILLELA, 1980, p. 20).

Com essa alteração, pode-se vislumbrar que a legislação acompanhou um comportamento já inserido na sociedade. Ora, o Estado não pode intervir na vida das pessoas ao ponto de impor um vínculo que não é desejado.

Inevitável efeito da simplificação do divórcio foi o seu significativo aumento. Segundo o IBGE, em 2011 foram registrados 351.153 processos judiciais concedidos ou escrituras públicas de divórcios, ou seja, houve crescimento de 45,6% no total de divórcios no país em relação ao ano de 2010 (IBGE, 2011).

A supressão da exigência legal de lapso temporal para conversão da separação em divórcio, conforme dito, levou a esse aumento do número de divórcios realizados no Brasil. No entanto, essa elevação não pode ser malvista pela sociedade, tampouco pelo legislador, pelo contrário, deve ser interpretada de forma positiva, tendo em vista que foi garantida às pessoas liberdade para estabelecer os rumos da sua vida. Nesse sentido, relata pesquisa do IBGE:

O crescimento da taxa de divórcios mostra, para além da questão legal, a consolidação da aceitação do divórcio pela sociedade brasileira. Além disso, revela a ampliação do acesso e a desburocratização dos serviços de justiça referente ao assunto, bem como a diversidade dos padrões de nupcialidade existente no país (IBGE, 2011, p. 38).

Como consequência desse aumento, tem-se o surgimento de mais famílias monoparentais. Os filhos, em sua maioria, ficam aos cuidados da mãe. De acordo com o IBGE, em 2011 87,6% dos divórcios concedidos no Brasil tiveram a

responsabilidade pelo cuidado aos filhos delegada às mulheres (IBGE, 2011). Essa mesma pesquisa, no entanto, registrou crescimento da guarda compartilhada. Os dados mostram que, em 2001, a guarda compartilhada representava 2,7%, em 2006 3,0% e em 2011 aumentou para 5,4% (IBGE, 2011).

CAPÍTULO III

3 O TRABALHADOR DO SEXO MASCULINO E A LICENÇA-MATERNIDADE

[...] não me sobra dúvida de que se eu não superar imediatamente a primeira impressão de ser inusitado um pedido de licença-maternidade, feito por um homem, de ser incomum um Juiz do Trabalho conceder um benefício previdenciário em uma ação trabalhista e outras questões de somenos importância, para conceder, de pronto, os pedidos do reclamante, estarei colocando em risco não um direito alimentar do autor, mas a vida dos seus filhos, e não foi para isso que fiz os votos da magistratura (BRASIL, 2008).

A problemática da licença-maternidade ao pai (como responsável pelos cuidados à criança) acentua-se com a inserção da mulher no mercado de trabalho e a desmitificação de que esta estaria restrita ao exercício das funções domésticas e familiares. Essa nova divisão sexual do trabalho aliada às recentes constituições familiares fez surgir uma necessidade até então não amparada pela legislação brasileira, que é a licença-maternidade aos trabalhadores do sexo masculino. No entanto, a falta de previsão legal não pode ser um obstáculo para que o benefício seja concedido, pois ocasiona uma ruptura nos princípios da dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança.

3.1 Divisão sexual do trabalho

Quando está em debate o exercício das tarefas domésticas e familiares, certo é que houve uma concepção socialmente estabelecida que se trate de atribuições femininas. De tal forma, cuidar do lar e dos filhos é historicamente posto que fosse afazer conferido a mulheres. Pode-se extrair esta afirmativa de valores culturais, uma vez que é enraizado na educação familiar instruir a mulher para cuidar dos filhos.

Como fisicamente o homem, em regra, é mais dotado de força física, foi-lhe atribuído laborar em funções que exigiam a aplicação dessa força, tais como pesca, caça e cultivo de alimentos. Dessa forma, fixou-se culturalmente que o homem exerceria funções fora do lar e seria o provedor da família, enquanto a mulher, na condição de “ser” fragilizado, se voltaria para as tarefas domésticas.

Para Helena Hirata, essa forma de divisão social do trabalho tem dois princípios organizadores: o princípio da separação (existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres) e o princípio hierárquico (um trabalho de homem “vale” mais que um trabalho de mulher) (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 599).

Assim como a formação familiar é mutável, essa divisão sexual do trabalho também sofreu alterações, a mulher conseguiu se inserir no mercado de trabalho e o homem não está restrito às funções profissionais, passando a compartilhar as atividades decorrentes do lar com a mulher.

Far-se-á uma breve análise dessa inserção da mulher no mercado de trabalho, das consequências dessa desmitificação de funções no seio familiar e das decorrências para o direito.

3.2 O trabalho feminino nas Revoluções Industriais

Em meados do ano 1760 teve início a denominada I Revolução Industrial, que ocorreu com a inserção de máquinas nas fabricações, fazendo com que aumentasse a produção e, conseqüentemente, a necessidade de novas contratações. Nesse período, com a elevação das vendas e a carência de contratação de trabalhadores para manuseio das máquinas, houve a inserção da mulher no mercado de trabalho, com inúmeras desvantagens, mas o primeiro passo foi dado.

As desvantagens ora citadas são inúmeras. Primeiramente, é importante mencionar que a inserção da mulher não se deu devido ao reconhecimento do seu valor produtivo fora da unidade doméstica, pelo contrário, a mão-de-obra feminina era muito barata. Assim, contratando mulheres os custos diminuiriam com os salários dos empregados. Além das mulheres, também eram contratadas crianças com o mesmo fundamento. Nesse período surgiu o reconhecimento de alguns direitos trabalhistas, mas nenhum que incluísse a mulher como portadora de tais garantias.

Posteriormente, surgiu um novo período, por volta de 1850 a 1870, que foi denominado de II Revolução Industrial, que na verdade se tratava de um aprimoramento da I Revolução, tendo em vista que a partir de então havia inserção na indústria de novos meios produtivos. Podem-se citar como exemplos a expansão do uso da energia elétrica e o uso do motor a explosão.

Caminhando paralelamente à evolução tecnológica, houve também o anseio, por parte dos trabalhadores, pelo reconhecimento de diversos direitos trabalhistas, constatando-se uma união para que pudessem pleitear tais direitos. Foram os primeiros indicativos da formação sindical.

A respeito da consolidação dos sindicatos, Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 29) preconiza:

O reconhecimento oficial dos sindicatos, na Inglaterra, deu-se em 1871, com a *Lei dos Sindicatos*. Floresceu o “tradeunionismo”. Na França, em 1884, com a lei de Waldeck-Rousseau permitindo pessoas da mesma profissão ou de profissões conexas constituírem-se livremente em associações sem autorização do governo, desde que os seus objetivos fossem exclusivamente a defesa dos interesses profissionais e econômicos.

Além disso, esse período também foi caracterizado por muitas greves. E nessa circunstância verificou-se igualmente a união das mulheres lutando pelos seus direitos.

Nesse sentido:

Com as duas Grandes Guerras, as mulheres – que, em certa medida, tinham se distanciado da fábrica, foram chamadas a ocupar o lugar dos maridos combatentes. Embora ainda discriminadas – senão tanto pelo direito posto, mas pela prática das empresas –, mais uma vez elas mesclaram comportamentos de submissão com movimentos de resistência. Um exemplo marcante dessa resistência ocorreu no dia 08 de março de 1908, quando 15 tecelãs decidiram paralisar seus trabalhos para reivindicar melhores condições de trabalho e remuneração digna. Acuada pela polícia, foram trancadas por seus patrões dentro de uma fábrica, em Nova York, e queimadas vivas (CANTELLI, 2007, p. 93).

Foi em virtude desse fato cruel que o dia 08 de março ficou internacionalmente conhecido como o dia da mulher.

Diante do exposto, conclui-se que, historicamente, a própria legislação não a tratava como sujeito portador de direitos (exercidos individualmente), estando sempre às sombras do pai ou do marido. Com a Revolução Industrial houve a abertura do mercado de trabalho para a mão-de-obra feminina, claro que com inúmeras discriminações, mas o primeiro passo foi dado, qual seja, desmitificar a figura da mulher como um ser que podia laborar somente dentro da unidade doméstica, restringindo sua capacidade a afazeres estritamente maternos e cuidados para com o lar. A partir de então, a mulher passou a ter o direito de

trabalhar fora do ambiente familiar, no entanto, travaria ainda uma luta no tocante aos seus direitos trabalhistas.

Com as revoluções feministas, direitos que garantiam o exercício da cidadania começaram a prosperar, especialmente com a Revolução Francesa, que abriu caminhos para a busca da igualdade.

3.3 A proteção da mulher no mercado de trabalho

Com o reconhecimento do trabalho feminino, surgiram legislações com o intuito de regulamentá-lo. No Brasil, pode-se citar como exemplo o Decreto nº. 21.417-A, de 1932, que estabelece alguns direitos da mulher no mercado de trabalho, entre eles a proibição do trabalho noturno, de remoção de materiais de peso, de serviços perigosos ou insalubres e a garantia de licença-maternidade de quatro semanas antes e após o parto, com auxílio correspondente à metade do salário.

Apesar dessas garantias, o Decreto nº. 2.548, de 1940, estabeleceu uma possibilidade de diferenciação tocante ao sexo, trazendo, assim, a possibilidade de redução do salário para os trabalhadores avulsos do sexo feminino em 10%.

A Constituição Federal de 1946, no art. 157, institui a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalhador por motivo de sexo e direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário ou emprego. As Constituições posteriores caminharam no mesmo sentido, trazendo normas que proíbem o tratamento diferenciado atribuído à mulher no mercado de trabalho.

Chega-se à Constituição de 1988 – vigente no Brasil –, que formalmente garante que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O cenário nos tempos atuais é outro, a mulher está inserida na vida política, no mercado de trabalho e conseguiu impor a sua capacidade laborativa fora da unidade doméstica. Ora, no Brasil, temos uma mulher no posto do maior cargo do Poder Executivo. Esse exemplo dispensa mais comentários quanto à sua inserção no mundo político. Veja-se, então, que o salto dado foi colossal, uma vez que anteriormente à Constituição de 1934 esta não tinha nem mesmo o direito ao voto e agora ocupa o cargo de gerência do nosso país.

Em relação à proteção no mercado de trabalho, a Constituição vigente reafirmou a necessidade de trabalhadores serem tratados de forma igual, independentemente do sexo. No entanto, buscando garantir igualdade material baseado na máxima aristotélica - em que se busca tratar os desiguais de maneira desigual -, a Carta Magna manteve a proteção referente à maternidade e ainda instituiu expressamente, no art. 7º, inciso XX, proteção de mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos. O fundamento é que a mulher, como narrado, foi vítima de diversos preconceitos no mercado de trabalho, portanto, tais incentivos, ao serem preconizados na Constituição de 1988, tiveram como objetivo procurar equipará-las aos trabalhadores do sexo masculino.

A questão que se discute neste capítulo é: seria o direito à licença-maternidade - que, como sabido, é um direito expressamente previsto para a mulher - realmente um tratamento desigual justificável? Ora, trabalhadores do sexo masculino que se encontrem na mesma situação - cuidando do filho após o nascimento - não seriam dignos desse direito? Não seria necessária a Constituição acompanhar a evolução da sociedade e conceder licença-paternidade aos homens que se enquadram nas condições daquele direito protegido, ou seja, que exercem a mesma obrigação familiar? Para chegar a uma resposta para essas indagações, primeiramente faz-se uma análise da construção do direito à licença-maternidade.

3.4 Do direito à licença-maternidade

A licença-maternidade foi um benefício criado para a mulher no intuito de ampará-la durante a maternidade, garantindo estabilidade em seu emprego. “O fundamento da licença maternidade é o princípio da ‘continuidade da relação empregatícia’, um dos norteadores do Direito do Trabalho [...]” (MANDALLOZZO, 1996, p. 42).

No Brasil, a regulamentação desse direito sofreu influência da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que promulgou a Convenção nº 103, que foi revisada pela de nº 183, de 1999 (BARROS, 2010, p. 1093-1094). A Convenção 103 da OIT (revisada pela de nº 183) foi ratificada no Brasil em 1966 (BARROS, 2010, p. 1100).

A licença-maternidade é constitucionalmente protegida no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição de 1988, que prevê o prazo de 120 dias sem prejuízo do emprego e do salário. Posteriormente, surge a lei 11.770, de 2008, criando a possibilidade de ampliação da licença-maternidade por mais 60 dias. Essa lei instituiu o programa denominado Empresa Cidadã, em que a empresa que aderisse receberia incentivos fiscais.

Para que haja a prorrogação, a empregada deve solicitá-la à empresa que aquiesceu ao Programa até o final do primeiro mês após o parto, conforme acentuado no art. 1º, §1º dessa lei.

A licença-maternidade possui *status* de direito fundamental, inserida no rol dos direitos sociais na Constituição de 1988. Logo, é obrigatória a sua concessão, se assim não fizer o empregador, estará infringindo uma norma trabalhista e lesionando um direito fundamental da empregada. Por outro lado, a própria lei 11.770/08 impõe proibição à empregada de exercer qualquer atividade remunerada durante o período de prorrogação da licença-maternidade. Ora, se assim permitisse, seria um desvio de finalidade da licença concedida.

A mulher também possui o direito à estabilidade, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais transitórias, que proíbe a dispensa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Há a concessão da licença em caso do nascimento sem vida, do aborto e o direito a intervalos para amamentação. Iremos mencionar primeiramente a situação do natimorto, ou seja, aquela criança que nasceu sem vida. Importante esclarecer que o aborto não se confunde com o nascimento sem vida. Nesse sentido, Silvana Mandalozzo esclarece:

A título de argumentação, o aborto distingue-se da situação ora exposta, porque naquele o feto é expelido do corpo da mãe sem o tempo necessário de gestação para a sobrevivência. O natimorto já teria condições de sobrevivência, pois o tempo de gestação já seria necessário a tanto (MANDALOZZO, 1996, p. 63).

Para a maioria dos doutrinadores, em caso de nascimento sem vida continua a empregada com o direito de usufruir a licença-maternidade. O principal fundamento é que a legislação, ao dispor esse direito no art. 392 da Consolidação das Leis Trabalhistas, não fez qualquer distinção sobre a possibilidade de não

concessão se houver morte da criança. Sendo assim, sob a alegação de que onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo (BARROS, 2010, p. 1100), o descanso deve ser conferido à mulher.

A licença deverá ser outorgada nos mesmos moldes, pelo prazo de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário. Isso porque, nesse período, a mulher precisa se restabelecer de vários traumas, psicológicos e físicos.

E como ficaria a situação do aborto? Seria desfrutada a licença nos mesmos moldes? Como mencionado, este não se confunde com o natimorto, uma vez que compreende como aborto a expulsão do feto do ventre materno (ACQUAVIVA, 2004, p. 25), que pode ser aleatório ou instigado. O aborto instigado não será criminoso nas hipóteses de estupro, quando realizado em caso de risco à vida da mãe e na situação do feto anencéfalo (malformação cerebral).

Diferentemente, a situação do aborto foi expressamente prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas, no art. 395, que prevê licença de duas semanas em caso de aborto não criminoso.

Se a interrupção da gravidez ocorrer em virtude de feto anencéfalo, que é uma hipótese de aborto não criminoso, o prazo também será de duas semanas, tendo em vista que ainda não há posição específica da legislação vigente.

Em relação ao período de aleitamento, o art. 396 da CLT garante dois descansos com intervalo de meia hora para que a mulher possa amamentar o seu filho. Esse direito vige durante seis meses. A não concessão desse benefício implica multa administrativa para o empregador, além de gerar direito de hora extra para a empregada.

3.5 Da possibilidade de concessão da licença-maternidade ao trabalhador do sexo masculino

No capítulo anterior foram demonstradas as transformações ocorridas no seio familiar. A família que até então era constituída de pai, mãe e filhos, cada um com a sua devida função, qual seja, o pai provedor e a mãe responsável pelos afazeres domésticos, deixam de ser regra na sociedade atual. Novas constituições familiares surgiram, entre elas citam-se como exemplos os pais solteiros que cuidam dos seus filhos (famílias monoparentais), casais homossexuais masculinos que adotam uma criança ou o homem solteiro adotante

e o pai viúvo. Como ficaria a situação desses trabalhadores do sexo masculino? Não teriam esses trabalhadores o mesmo direito que a mulher no tocante à licença-maternidade? Ora, não necessitariam do mesmo período para dedicarem-se aos cuidados que requer uma criança?

Importante salientar que a Constituição Federal prevê que todos são iguais perante a lei e essa igualdade se desdobra em igualdade formal e material. Esta última tem como fundamento permitir que pessoas que estão em situação de desigualdade recebam tratamento desigual. A licença-maternidade é um tratamento divergente, uma vez que, para a mulher, conforme o art. 7º, XVIII, a duração é de 120 dias. Por outro lado, na licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX, que não foi devidamente regulamentada, no entanto, até que venha a lei, o prazo é de cinco dias, conforme previsto no artigo 10 § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

De maneira diversa, o Código do Trabalho de Portugal estabeleceu diferentes possibilidades de concessão da licença:

“Artigo 39
Modalidades de licença parental
A licença parental compreende as seguintes modalidades:
a) Licença parental inicial;
b) licença parental inicial exclusiva da mãe;
c) licença parental inicial a gozar pelo pai por impossibilidade da mãe;
d) licença parental exclusiva do pai” (PORTUGAL, 2013).

O Código em questão define licença parental inicial como aquela em que mãe e pai trabalhadores têm direito, por nascimento de filho, à licença parental inicial de 120 ou 150 dias consecutivos, cujo gozo podem partilhar após o parto [...] (PORTUGAL, 2013).

Duas modalidades descritas são elogiáveis, quais sejam, da possibilidade de compartilhar a licença, pois oferece liberdade aos genitores de escolherem aquilo que melhor se amolda às suas realidades e licença parental inicial a gozar pelo pai por impossibilidade da mãe.

Este trabalho não tem por objetivo propor que o trabalhador do sexo masculino tenha a mesma duração da licença. O almejado é elucidar a necessidade que se impõe na sociedade atual de conceder, no mesmo molde, a licença para aqueles pais que estão responsáveis pela criança, ou seja, exercendo as mesmas atribuições que a mulher exerceria ao desfrutar da licença-

maternidade. Portanto, não passa de uma situação de igualdade; e se eles estão na mesma condição, por que recebem tratamento desigual? Além disso, a criança é a principal prejudicada, pois é privada de receber os cuidados do pai. Para demonstrar a necessidade de uma interpretação ampliativa sobre a presente questão, far-se-á uma análise das possíveis situações que gerariam esse tratamento isonômico, dos princípios que oferecem suporte para tanto e da necessidade de abandono dessa aplicação literal da lei.

3.6 Da licença em caso de adoção

A concessão da licença-maternidade à mãe adotiva é consagrada pela legislação vigente, embora debatida por muitos doutrinadores. Inicialmente, é importante mencionar que a terminologia concedida a esse direito ora em questão é licença-maternidade, ou seja, para a mãe, independentemente do estado biológico. Para ser mãe, não é preciso que se passe por um processo de gestação, é possível tornar-se por outros meios, e um deles é a adoção.

Nesse sentido, Silvana Mandalozzo realça:

Desde logo se esclarece por que foi adotada a expressão “licença-maternidade”, preterindo-se à expressão “licença à gestante”. Considera-se a primeira mais abrangente, pois contempla o fato de a mulher “ser mãe”, independentemente do estado gestacional, este físico (MANDALOZZO, 1996, p. 43).

A legislação brasileira adotou esse posicionamento - de reconhecer que a licença é devida à mãe, seja ela biológica ou adotiva - e esse reconhecimento foi consagrado com a Lei 10.421 de 2002, que inseriu o art. 392-A na Consolidação das Leis Trabalhistas, prevendo a concessão de licença-maternidade para as mães adotivas. No entanto, era proporcional o tempo concedido, conforme a idade da criança adotada, mas a Lei 12.010 de 4 de novembro de 2009 revogou essa proporcionalidade. Apesar disso, a lei previdenciária matinha essa regra.

Sendo assim, a Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefício da Previdência Social, regulamentou no art. 71-A a concessão da licença:

“Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1 (um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade”.

Até o momento esse artigo está alterado por força da Medida Provisória nº 619, de 2013, estendendo o salário-maternidade à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção pelo período de 120 dias, independentemente da idade da criança adotada. A Medida Provisória em questão, até o presente momento – agosto de 2013 -, não foi apreciada pelo Congresso Nacional para sua conversão em lei.

Antes mesmo da Medida Provisória, alguns magistrados já se posicionavam no sentido de concessão da licença-maternidade nos mesmos moldes para a mãe adotiva, desconsiderando-se a idade, pois é importante primeiramente lembrar que a Constituição Federal proíbe, no art. 227 § 6º, qualquer discriminação aos filhos adotados, garantindo a estes os mesmos direitos dos filhos havidos da relação conjugal.

Embora a lei estabelecesse o prazo da licença de forma diferenciada, de acordo com a idade da criança adotada, é possível encontrar decisão que manteve a impossibilidade de distinção:

Nesse sentido:

A norma constitucional que instituiu o benefício da licença-maternidade (art. 7º, inciso XVIII, da CF/88) não se limita apenas à proteção da mãe (biológica ou adotante), mas, sobretudo, à proteção do filho recém-nascido. Nos termos dos arts. 41 do ECA, não há que se falar em diferença de direitos para filhos adotados ou não. (Ap Cível/Reex Necessário 1.0056.04.078545-5/001, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/01/2006, publicação da súmula em 28/04/2006).

Diante dos julgados e do caminho que está sendo traçado pela legislação, é possível perceber o alargamento da percepção, tanto jurisprudencial como da própria lei, que o grande beneficiado por essa licença, principalmente no caso de adoção, não é a mãe e sim o filho. É este que deve ser visto como mais favorecido, é ele que precisa dos cuidados e da atenção da mãe. Dessa maneira, fazer distinções entre o filho biológico e o adotado não tem embasamento plausível, uma vez que a criança adotada, seja ela recém-nascida ou com cinco

anos de idade, irá passar por um processo de adaptação, uma nova família, um novo lar e isso faz com que seja demandado um tempo para a acomodação do adotante e da criança adotada. É essa necessidade, que independe da idade, que gera a necessidade da mãe adotiva usufruir desse direito.

O legislador deu um grande passo ao reconhecer a possibilidade de a mulher adotante desfrutar da licença nos mesmos moldes que a mãe biológica, já que a criança adotada, nessa situação, é a mais beneficiada por esse tempo concedido a partir da licença. No entanto, ainda há uma questão pendente de regulamentação e que vem ocasionado uma lesão ao tratamento isonômico, é a não previsão da licença ao pai adotante.

Ora, quando o legislador outorgou esse direito à mulher, não foi em razão do estado abrasivo decorrente da gestação, nem mesmo para que esta pudesse amamentar. Aqui a licença baseou-se nos zelos que a adotante terá com o adotado. Dessa forma, a lesão ora mencionada ao tratamento isonômico é: por que não poderia o homem adotante usufruir dessa licença? Veja-se, uma mulher que adota sozinha possui esse direito, o homem não. Adoção feita por casais homossexuais femininos, uma delas poderá usufruir desse direito, casais masculinos não. Qual seria o fundamento? Pois o fato que gera a concessão desse benefício são os cuidados declinados à criança.

A esse respeito, Alice Monteiro de Barros opina:

O legislador inspirou-se mais nas relações domésticas (a mãe também se ocupa da criança adotada) e não na preocupação a respeito da repartição dos papéis familiares, pois se fosse essa a sua intenção, teria estendido também ao pai adotivo a licença obrigatória, que corresponde ao período pós-parto, como acertadamente já procedem as legislações de países escandinavos, da França, da Espanha, de Portugal, da Colômbia, da Venezuela e do Chile, para citar alguns exemplos. O legislador brasileiro poderia ter avançado mais, estendendo a licença também ao pai adotivo (BARROS, 2010, p. 1098).

Para essa autora, o legislador inspirou-se em questões taxadas pela sociedade. No entanto, essa postura social já não é a mesma, as atribuições domésticas não constituem tarefa inerente apenas à mulher.

Houve ainda uma evolução em relação à família. O conceito desse instituto não é mais aquele formado por um casal (homem e mulher) e seus filhos. As famílias podem ser formadas por um dos pais e seus descendentes e também por casais homossexuais. A Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça

proíbe que as autoridades competentes recusem a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo – sendo prestigiadas pela legislação vigente, são portadoras dos mesmos direitos e deveres.

Não existe impedimento normativo para que um pai solteiro adote uma criança, nem mesmo que a adoção seja feita por um casal homossexual, tanto é que o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite que a adoção seja feita por maiores de 18 anos, independentemente do estado civil. Na verdade, a barreira encontrada é no preconceito social, que fundamenta a sua não aceitação na impossibilidade do adotado distinguir a figura do pai e mãe. Mas o que se deve pensar é no benefício da criança, seria mesmo essencial a presença de uma figura paterna e materna? Não é a presença de gêneros distintos que irá fazer com que seja garantido o bem-estar da criança, não interessa de quem irão partir os cuidados, fato é que eles precisam ser prestados.

Partindo desse pressuposto e também com base no princípio do melhor interesse da criança, veja-se decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

I - A destituição do poder familiar é medida extrema, só devendo ser concretizada se comprovada a impossibilidade de permanência do menor com os pais. II - Sempre que se tratar de interesse relativo às crianças e adolescentes, o magistrado deve se ater ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o seu bem estar. III - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família. IV - A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança. V - Demonstrado nos autos que a genitora, com histórico de conduta agressiva e envolvimento com prostituição, abandonou a menor entregando-a aos cuidados das requerentes, e que a convivência com o casal homoafetivo atende, de forma inequívoca, o melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, nos termos do artigo 1.638, II e III, do Código Civil.

VI - O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos à menor de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre outros). (Apelação Cível 1.0470.08.047254-6/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/02/2012, publicação da súmula em 13/02/2012).

A bem fundamentada decisão concedeu a adoção em nome das requerentes, por considerar que na situação concreta o que deve ser objeto de proteção é a criança. Torna-se necessário, então, abandonar essa barreira social

quanto à possibilidade de adoção por casais de mesmo sexo, pois impedimentos legais não existem e o direito não pode se deixar contaminar por preconceitos oriundos do seio social.

Se a criança for adotada por um homem solteiro ou por um casal homossexual, seria tratada de forma divergente? Por que uma mulher solteira ou o casal homossexual (formado por mulheres) teria o direito de usufruir a licença por, no mínimo, 120 dias e o homem nas mesmas condições teria somente cinco dias? Aqui a criança adotada é a mais prejudicada, tendo em vista que a licença-maternidade no caso da adoção não tem como fato causador a presença do fator biológico, como, por exemplo, o desgaste sofrido na gestação, o pós-parto, que na maioria das vezes requer repouso e amamentação. O pressuposto, nessa ocasião, é garantir que o adotante possa declinar os cuidados que são necessários à criança adotada.

A Constituição Federal, em seu art. 227, § 6º, proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no art. 20 proíbe distinções relativas à filiação.

Essa privação do pai adotante de poder desfrutar da licença por um período mais extenso, assim como é concedido à mulher, é uma nítida lesão ao texto constitucional, que afirma que homens e mulheres serão tratados de forma igualitária. Além disso, é uma discriminação entre a criança adotada por mulher solteira ou por casais em que há a presença da figura feminina e as crianças adotadas por homens ou por casais homossexuais nos quais há somente a figura masculina.

Silvana Mandalozzo, ao descrever sobre a licença às mães adotivas, assevera que:

Permaneceriam os mesmos períodos pré e pós-adoção concedidos à mãe que obteve filho através da gravidez. Esses períodos foram previstos para se preparar a acolhida à criança, inclusive com roupas e acomodações e, principalmente, para possibilitar a integração mãe-filho (MANDALOZZO, 1996, p. 54).

Assim, o filho adotado por homens não teria o direito ora mencionado, qual seja, de se ajustar à nova família nesse período de adaptação? Não se vislumbra qualquer fato impeditivo para que esse direito não seja concedido, pois esse tempo é necessário, independentemente de quem seja o adotante.

Um exemplo a ser seguido é a postura adotada pelo Código do Trabalho de Portugal. Primeiramente, é elogiável a terminologia usada, qual seja, licença parental, pois não determina quem é o destinatário. Sendo assim, o Código prevê a possibilidade de ambos os pais usufruírem da licença, até mesmo de que eles partilhem o período concedido:

“Artigo 40.º Licença parental inicial

1 – A mãe e o pai trabalhadores têm direito, por nascimento de filho, a licença parental inicial de 120 ou 150 dias consecutivos, cujo gozo podem partilhar após o parto, sem prejuízo dos direitos da mãe a que se refere o artigo seguinte.

[...]

4 – Em caso de partilha do gozo da licença, a mãe e o pai informam os respectivos empregadores, até sete dias após o parto, do início e termo dos períodos a gozar por cada um, entregando para o efeito, declaração conjunta” (PORTUGAL, 2013).

Quanto à adoção, o Código do Trabalho de Portugal também se declinou da mesma forma, permitindo que quaisquer dos pais desfrutem desse direito:

“Artigo 44.º Licença por adoção

[...]

9 – Em caso de partilha do gozo da licença, os candidatos a adoptantes informam os respectivos empregadores, com a antecedência de 10 dias ou, em caso de urgência comprovada, logo que possível, fazendo prova da confiança judicial ou administrativa do adoptando e da idade deste, do início e termo dos períodos a gozar por cada um, entregando para o efeito declaração conjunta” (PORTUGAL, 2013).

Essa postura adotada pela legislação de Portugal serve como modelo para que o Brasil se inspire e não realize distinções entre o sexo adotante, pois não existe qualquer fundamento que a justifique.

Há um projeto de lei (PL) - nº 3.935/08 (ANEXO A) - em andamento, de iniciativa da Senadora Patrícia Saboya, que propõe a regulamentação da licença-paternidade, conforme art. 7º, inciso XIX da Constituição Federal. O projeto recomenda a ampliação do benefício para 15 dias, seja o pai adotivo ou biológico. Esse período acredita-se que seja razoável, se o homem estiver auxiliado pela figura materna, caso contrário, se há a ausência da mulher, o pai trabalhador deve ter o direito de gozar do mesmo período atribuído à genitora, ou seja, 120 dias.

O Projeto de Lei nº 4.853/09 (ANEXO B), que se encontra apensado ao PL nº 3935/09, propõe a ampliação da licença-maternidade para 30 dias, em caso de

nascimento ou em caso de adoção. O prazo é coerente (melhor que o anterior), no entanto, se o pai for o único responsável, esse período se torna ínfimo, pois é dele que irão partir todos os cuidados prestados à criança.

O Projeto de Lei nº 4.913/09 (ANEXO C), de iniciativa da Deputada Solange Amaral, que se encontra apensando ao Projeto de Lei nº 3.935/08, dispõe sobre a licença em caso de adoção, prevista no art. 392-A da Consolidação das Leis Trabalhistas. Inicialmente, estabelece a alteração da nomenclatura, que atualmente é denominada por esse artigo de licença-maternidade, que passaria a ser licença-adoção. Plausível esta alteração, tendo em vista que procura garantir o direito à licença em caso de adoção de forma igualitária, independentemente do sexo do adotante.

No entanto, a lei ainda diferencia o prazo da concessão do benefício de acordo com a idade da criança adotada, que conforme já mencionado se encontra suspenso pela Medida Provisória nº 619/13, que o concede pelo período de 120, desconsiderando-se a idade da criança adotada.

Mas é magnificante a iniciativa desse projeto, pois demonstra que o legislador já concebeu o tratamento divergente que é atribuído ao homem de forma infundada, visualizando as novas formações familiares, procurando garantir o tratamento isonômico ao conceder esse benefício.

Apesar da legislação ainda ser silente no tocante à licença, a jurisprudência brasileira já reconheceu essa possibilidade em algumas situações. No Mato Grosso do Sul, o funcionário público Luiz Carlos Barbosa de Castro, do Tribunal Regional Eleitoral, obteve o direito à licença-maternidade por 120 dias em razão da guarda judicial. Inicialmente, o benefício foi solicitado administrativamente, no entanto, foi negado por falta de previsão legal. Pleiteou-se, então, perante a Justiça Federal de Campo Grande, que também não concedeu o pedido. Os advogados do pai adotante recorreram ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, baseando no melhor interesse da criança, concedeu a licença (MARRY, 2012).

Do mesmo modo, o bancário Hélio Eduardo de Paiva obteve o direito de usufruir da licença de 120 dias em razão da adoção. O bancário foi beneficiado por esse direito em uma ação ajuizada em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) perante a Justiça Federal de São Paulo. O pai adotante

alegou que a criança necessitava desse período para o “conhecimento mútuo, e assim iniciar um vínculo familiar de pai e filho” (ROSA, 2013).

O também bancário Lucimar Quadros da Silva obteve o direito à licença para cuidar do filho adotivo. Inicialmente o pedido foi negado pelo INSS, sob a alegação de que este era devido às mulheres. Os pais adotantes recorreram administrativamente e a decisão foi favorável, concedendo o direito de usufruir da licença por quatro meses (BERGAMASCON, 2013).

Como é possível observar, o pai que deseja usufruir desse direito trava uma batalha judicial, pois este é negado a princípio, sob a ínfima alegação de que é devido às mulheres. No entanto, o que envolve o direito à licença é mais relevante do que a interpretação restritiva da lei. O pai precisa desse tempo para cuidar da criança, além disso, é um período de adaptação para ambos. Como eles irão harmonizar-se a essa nova vida sem esse período adequado? A criança adotada não pode receber tratamento divergente simplesmente por ter sido adotada por um homem.

3.7 Da concessão do benefício ao pai em caso de falecimento ou incapacidade da mãe

O primeiro apontamento é o caso do falecimento da gestante e o nascimento com vida da criança. A licença seria estendida, por exemplo, ao pai que irá cuidar deste recém-nascido? Com a morte há a extinção do contrato de trabalho e, para efeitos de verbas rescisórias, equivale a um pedido de demissão. Não há previsão legal para a concessão da licença-maternidade ao pai da criança que irá necessitar desse auxílio.

Nesse contexto, torna-se importante refletir sobre quem é o verdadeiro beneficiado da licença, seria a mãe ou a criança? A criança é quem faz jus ao benefício, ora, é ela quem gera a necessidade da concessão, pois requer cuidados que até então seriam exercidos pela mãe. A morte desta não faz com que o filho deixe de precisar desses zelos, que simplesmente serão exercidos por outra pessoa.

Adotando esse posicionamento de extensão da licença, Alice Monteiro de Barros:

[...] O ideal seria que o restante da licença fosse concedida ao pai para cuidar da criança, como já procede a legislação espanhola, a jurisprudência italiana, a legislação da Colômbia e do Chile. Lembre-se que há jurisprudência do TST, da década de 50, estendendo a referida licença ao cônjuge supérstite, em benefício da criança, exatamente como procedeu a jurisprudência italiana (BARROS, 2010, p. 1101).

Acertadamente, o Código de Trabalho de Portugal assegura a possibilidade de um genitor gozar da licença destinada ao outro em razão de morte ou incapacidade. Neste caso haverá substituição no tocante ao favorecido pela licença, assim, em caso de morte da mãe, poderá o pai supri-la e usufruir do benefício. Veja-se:

“Artigo 42.º

Licença parental inicial a gozar por um progenitor em caso de impossibilidade do outro

1 – O pai ou a mãe tem direito à licença, com a duração referida nos nºs 1, 2 ou 3 do artigo 40º, ou do período remanescente da licença, nos casos seguintes:

a) Incapacidade física ou psíquica do progenitor que estiver a gozar a licença, enquanto esta se mantiver;

b) morte do progenitor que estiver a gozar a licença” (PORTUGAL, 2013).

Desta forma, caso haja incapacidade ou a morte da beneficiada, a legislação portuguesa ampara o pai, pois este passará a ter obrigação de prestar os cuidados devidos à criança e o período concedido se faz tão importante para ele, assim como era para a mãe.

Na jurisprudência atual, há ocorrências de concessão da licença em caso de morte da mãe. Será feita agora uma análise jurisprudencial – já que não há previsão legal – sobre essa possibilidade.

Em agosto deste ano foi concedida a licença a um pai viúvo. Veja-se a fundamentação dada pela Juíza da 6ª Vara Federal do Distrito Federal, processo nº 0006965-91.2012.4.01.3400:

[...] Registre-se, ainda, que ambos os genitores são responsáveis pela concretização do direito fundamental à proteção da infância e do princípio da dignidade humana insculpidos na Constituição Federal, tanto que o texto constitucional estabelece, genericamente, no artigo 5º, I, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações e, especificamente, determina no artigo 226, § 5º, a isonomia deles na gestão da sociedade conjugal e criação dos filhos.

No entanto, a interpretação constitucional não pode ser literal, mas sistemática, conferindo a máxima eficácia aos direitos fundamentais nela previstos, mediante a ponderação dos interesses envolvidos.

Embora não exista previsão legal e constitucional de licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, esta não deve ser negada ao genitor, ora impetrante. Isto porque o fundamento deste direito é proporcionar à mãe período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais à sua sobrevivência e desenvolvimento.

Na ausência da genitora, tais cuidados devem ser prestados pelo pai e isto deve ser assegurado pelo Estado, principalmente, nos casos como o presente, em que, além de todas as necessidades que um recém-nascido demanda, ainda há a dor decorrente daquela perda.

Nestas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre a legalidade estrita, que concede tão somente às mulheres o direito de gozo da licença-maternidade¹².

A demanda em questão tratava-se de um caso em que a mãe faleceu no parto e o pai pleiteou, perante o seu empregador, a concessão desse direito, uma vez que, em virtude da ausência da figura materna, ele passou a ser o responsável direto por aquela criança, inclusive exercendo as mesmas atribuições que a genitora exerceria no decorrer da licença-maternidade. No entanto, a solicitação foi negada, levando o pai a procurar uma prestação jurisdicional. Foi julgado procedente o seu pedido sob o fundamento de que deve prevalecer aquilo que for melhor para a criança, sendo assim, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, a Magistrada buscou garantir o interesse do menor.

Outra situação no mesmo sentido foi julgada pela 2ª Turma Recursal do Paraná. O genitor perdeu a sua esposa aos sete meses de gestação, no entanto, a criança nasceu com vida. O pai tornou-se o responsável pelos cuidados ao seu filho recém-nascido. O Autor pleiteou o benefício perante o INSS e este foi negado, sob a alegação de que a concessão seria para a mulher, tendo em vista que o art. 71 da lei 8.213/91 diz que o benefício é garantido à segurada. Inconformado, o Autor recorreu, veja-se a ementa do recurso:

¹² Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=69659120124013400>. Acesso em 03: dezembro de 2013.

Conquanto mencione o art. 71 da Lei 8.213/91 que o salário-maternidade é destinado apenas à segurada, situações excepcionais, como aquela em que o pai, viúvo, é o responsável pelos cuidados com a criança em seus primeiros meses de vida, autorizam a interpretação ampliativa do mencionado dispositivo, a fim de que se conceda também ao pai o salário-maternidade, como forma de cumprir a garantia constitucional de proteção à vida da criança, prevista no art. 227 da Constituição Federal de 1988. Recurso do autor provido (Processo: 5002217-94.2011.404.7016/PR – Rel. Guy Vanderley Marcuzzo, 2ª turma, julgamento em 28/02/2012, data da publicação: 14/03/2012)¹³.

O voto vencido decidiu por manter a sentença sob o mesmo fundamento adotado pelo INSS, qual seja, que o benefício era para a segurada (mulher). Esta é uma interpretação bastante restritiva, uma decisão que se resume em somente aplicar a lei, sem analisar o contexto da demanda. O posicionamento positivista corre alto risco de não efetivar o sentimento de justiça, que é o anseio daquele que busca uma prestação jurisdicional.

No entanto, como já mencionado, o recurso foi julgado procedente, tendo em vista a interpretação ampliativa que foi dada ao art. 71 da Lei 8.213/91, considerando o benefício da criança. Juntamente com essa leitura, foram levados em consideração os preceitos do art. 227 da Constituição Federal, que atribui ao Estado e à família o dever de proporcionar à criança, com absoluta prioridade, a vida, a dignidade e a alimentação, entre outros direitos, que são considerados fundamentais.

Neste ano foi noticiada pelo Ministério Público do Pará a concessão de licença-maternidade ao pai viúvo na comarca de São Félix do Xingu e Tucumã. A decisão foi por meio de liminar concedida em Ação Civil impetrada pelo Ministério Público. Conforme a notícia, o pedido foi concedido porque estaria prestigiando o princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia e melhor interesse da criança, sendo necessário o contato pessoal do pai, na ausência da mãe, para o bem-estar físico e psicológico do recém-nascido¹⁴.

A alegação de que a norma prevê o benefício para a gestante e/ou previdenciária é uma interpretação demasiadamente restrita, pois existem outros

¹³ Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/gedpro/verifica/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 5949749v7 e, se solicitado, do código CRC C3A9ECE1. Acesso em: 27 de agosto de 2013.

¹⁴ Disponível em: <http://www.mp.pa.gov.br/index.php?action=Menu.interna&id=2614&class=N>. Acesso em: 27 de agosto de 2013.

pilares que sustentam a concessão desse direito aos trabalhadores do sexo masculino, como os princípios, a analogia e a aplicação da legislação comparada.

3.8 Da interpretação principiológica

O direito não pode ser visto como um sistema fechado de regras, tampouco a função do magistrado deve se limitar em apenas aplicar a lei ao caso concreto. É preciso abdicar da postura adotada pela escola exegese, que acreditava que o juiz, que tem como função aplicar a lei, deve fazê-lo em conformidade com a intenção original do legislador (REALE, 2002, p. 280).

O magistrado também deve procurar garantir o cumprimento dos princípios constitucionais. Neste sentido, Cléve leciona:

O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Exata dogmática distingue-se da primeira, pois não é positiva, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, em alto e bom som, que o Direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial (CLÉVE, 2003, p. 18-19)

O agir “mecanizado” não condiz com a sociedade atual, considerada multicultural. Um sistema fechado de regras não é capaz de normatizar todos os fatos. Assim, surge a necessidade de reinterpretação das normas a partir do sistema principiológico.

Na falta de uma norma que efetive o anseio pela justiça, nada impede que o magistrado motive sua decisão baseando-se em princípios, pois esse também é fonte de fundamentação e possui poder vinculante.

Sobre a normatividade dos princípios, é possível encontrar posicionamentos que defendem a aplicação destes em detrimento de uma interpretação restrita à letra da lei. Estes integram o sistema normativo e também servem como pilares do sistema jurídico.

Segundo Miguel Reale, princípios são enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber (REALE, 2002, p. 303).

Segundo Tereza Negreiros (2001, p. 354), não é possível perder de vista a necessária função interpretativa que os princípios exercem para a manutenção da unidade do sistema e da sua adequação valorativa.

Para Sérgio Pinto Martins os princípios têm várias funções: informadora, normativa e interpretativa. Importante destacar a função interpretativa, pois será esta que irá auxiliar o aplicador da lei ao conceder a licença aos trabalhadores do sexo masculino (MARTINS, 2008, p. 59).

Na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no art. 4º, os princípios, juntamente com a analogia e os costumes, podem ser usados como mecanismos para aplicação do direito. Do mesmo modo, o art. 8º da Consolidação das leis Trabalhistas prevê que as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho poderão decidir conforme os princípios gerais do direito.

Esses dois artigos citados afirmam que, na falta de uma lei para regulamentar determinada matéria, os princípios poderão ser usados como fonte do direito. O legislador os alocou em caráter subsidiário, ou seja, na falta de norma, autoriza o uso dos princípios. Sendo a lei um documento estático e a sociedade suscetível de transformações, é possível deparar com situações ainda não regulamentadas pelo legislador. Nesse sentido, André Cordeiro Leal:

A jurisdição, a partir das propostas científicas do processo tematizado no âmbito do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, não mais pode ser considerada atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) – principiologia esta que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fáticos normativos pelos destinatários da decisão (LEAL, 2008, p. 151).

Dessa maneira, os princípios também servem como mecanismos para atualização do direito. Estes podem ser fonte de inspiração para que o legislador procure normatizar matérias não previstas em lei. Miguel Reale aduz:

A nosso ver, princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para elaboração de normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo de pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática (REALE, 2002, p. 304).

Ora, a ausência de uma norma que ampare o trabalhador do sexo masculino para a concessão da licença-maternidade não o impede de pleitear esse benefício e usufruí-lo, pois existem princípios que sustentam essa concessão, como o princípio da igualdade, trabalhado no primeiro capítulo. Têm-se, ainda, a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança.

Verificada a necessidade da licença, não é possível negá-la sob o argumento da falta de previsão ou assumir posições legalistas, conforme é possível inferir em alguns entendimentos, que afirmam não conceder o direito em virtude da literalidade da lei, que garante à gestante, ou seja, à mulher.

O magistrado, ao proferir uma decisão judicial, não deve reduzir ou se limitar sistematicamente a aplicar a lei ao caso concreto, é possível transpor as barreiras legais com o auxílio de princípios, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico (REALE, 2002, p. 316). Sendo a base do Direito, a sua não observância ocasiona ruptura na estrutura jurídica.

3.9 Do princípio da dignidade da pessoa humana

Ao analisar a dignidade humana, Bernardo Gonçalves Fernandes afirma que esta representa o reconhecimento da singularidade e da individualidade de uma determinada pessoa, razão pela qual ela se mostra insubstituível e igualmente importante para a ordem jurídica (FERNANDES, 2010, p. 223).

O princípio da dignidade da pessoa foi devidamente valorado ao fim da Segunda Guerra Mundial, diante das barbaridades vividas naquele momento. A dignidade tornou-se o cerne tanto dos direitos fundamentais, assim como dos direitos humanos, garantir que os indivíduos vivam com dignidade é o mínimo que o Estado pode proporcionar ao indivíduo.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos veio acentuar que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Na Constituição Federal de 1988 a dignidade foi colocada no *status* de fundamento da República Federativa do Brasil, chegando a ser considerado um superprincípio (FERNANDES, 2010, p. 225), dotado de maior valoração. Os direitos fundamentais expostos na Carta Magna se desdobram da dignidade, como, por exemplo, o direito à vida. Este não se resume somente em garantir a integridade física das pessoas, a vida é vislumbrada em sentido amplo, não basta estar vivo,

é necessário que o sujeito viva com hombridade. Proporcionar vida com dignidade é, em grande parte, tarefa do Estado, atribuindo tratamento igualitário e garantindo a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, entre outros.

Alexandre de Moraes ressalta:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário entre semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo em respeitar a *dignidade* do seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria (MORAES, 2007, p. 46).

Com base nesse princípio, a concessão da licença-maternidade aos trabalhadores do sexo masculino que dela necessitam nos mesmos moldes em que é conferida à mulher também incorpora o direito à dignidade. Ora, é indigno negar a concessão da licença baseando-se tão somente na afirmativa de que se trata de uma questão de gênero. Não conferir a licença nesse momento tão necessário para o pai e imprescindível para a criança fere abruptamente a dignidade de ambos. É uma privação ao pai de exercer tarefas que garantam o bem-estar do seu filho e coibição à criança de viver com seu pai, o que lhe proporcionaria segurança oriunda do sentimento paternal, como condição mínima para o seu desenvolvimento físico, intelectual e emocional.

3.10 Princípio do melhor interesse do menor

O art. 227 da Constituição Federal assegura que também é dever do Estado - além dos pais e da sociedade - garantir à criança o direito à vida, à saúde, à alimentação e à dignidade, entre outros direitos.

O princípio do melhor interesse do menor serve como pressuposto para garantir esse direito constitucionalmente protegido. Pode-se compará-lo a um peso que está nas mãos do magistrado e deve ser utilizado subjetivamente para que haja a prevalência daquilo que será mais proveitoso para a criança.

Neste sentido, João Baptista Villella acredita que:

Nesse novo quadro de referências, o estalão geral que tudo determina e orienta é o bem do menor. Portanto, enquanto as prerrogativas dos pais, tutores, guardiães sofrem todas as limitações que se revelem necessárias à preservação daquele valor, amplia-se a liberdade do menor em benefício de seu fundamental direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias materiais e morais (VILLELA, 1980, p. 30).

Eduardo de Oliveira Leite divide esse princípio em duas vertentes, sendo usado como critério de controle e critério de solução (LEITE, 2003, p. 197). O primeiro é empregado como mecanismo para observar a atuação dos pais ao cuidar da criança. Caso algum deles se exceda no exercício do poder parental, esse critério então servirá como fundamento para monitoramento ou até mesmo retirada desse poder. Em relação ao critério de solução, o princípio do melhor interesse do menor pode ser meio para que o magistrado decida, por exemplo, qual dos pais irá permanecer com o menor, caso haja dissolução da sociedade conjugal.

Flávio Guimarães Lauria elucida a função do princípio do melhor interesse do menor:

O princípio do melhor interesse não tem apenas a função de estabelecer uma diretriz vinculativa para se encontrar as soluções dos conflitos, mas, também, implica a busca de mecanismos eficazes para fazer valer, na prática, essas mesmas soluções (LAURIA, 2002, p. 37).

Não existe fórmula preestabelecida a respeito da formação familiar. Métodos tradicionais de interpretação precisam ser abandonados, tendo em vista as novas constituições familiares, que, inclusive, são reconhecidas pelo mundo jurídico. Analisando subjetivamente o caso concreto, o magistrado deverá se despir de qualquer consideração prévia de como “deve ser” uma família. O objetivo real é prevalecer o melhor interesse do menor.

O amoldamento da licença-maternidade à realidade atual das constituições familiares é extremamente necessário para que o interesse do menor seja alcançado, quando se tem por objetivo a concessão da licença. Quando um trabalhador do sexo masculino pleiteia esse direito, não é aceitável o indeferimento fundado estritamente na norma. O princípio do melhor interesse da criança é capaz de sustentar a concessão, pois o contrário estaria ocasionando uma lesão nos direitos fundamentais do menor.

Conforme Eduardo de Oliveira, é ao juiz que compete “examinar cada situação de fato, que determina, a partir da consideração de elementos objetivos e subjetivos, qual é o ‘interesse’ daquele menor [...]” (LEITE, 2003, p. 198).

No tocante à guarda do menor, importante aqui fazer uma breve consideração sobre quem de fato deverá permanecer com a criança. Os critérios que irão auxiliar o juiz é aquele que proporciona o bem-estar desta. No entanto, infelizmente, alguns magistrados tendem a crer que o melhor para o filho é estar ao lado da mãe, desconsiderado a figura paterna. Essa concepção é dotada de preconceito, pois acreditar que somente a mãe é competente para cuidar do filho é um prejulgamento baseado em protótipos fincados no seio social.

Não existe regra previamente estabelecida estabelecendo o que é melhor para a criança, se é ficar com o pai ou com a mãe, se é permanecer junto à família ou não. Os fatos devem ser analisados em cada situação concreta e só assim, avaliando as peculiaridades, é possível chegar a uma conclusão que favoreça o interesse do menor.

Existem circunstâncias que levam ao pai a incumbência de cuidar do seu filho. Exemplo disso foi o caso julgado no Juizado Federal de Campinas¹⁵. O Autor pleiteava a licença-paternidade nos mesmos moldes em que é concedida a licença-maternidade, uma vez que, assim que terminou uma relação, a sua companheira foi surpreendida por uma gravidez. A genitora não queria prosseguir com a gestação, pois alegava que iria prejudicá-la em seu trabalho. No entanto, o Autor a convenceu, mas assim que a criança nasceu a mãe não se dedicou aos cuidados a ela, nem mesmo com a amamentação, levando o pai a dispensar todos os cuidados ao filho. Pleiteou a licença perante o INSS, no entanto, o pedido foi negado por falta de previsão legal, levando-o a procurar a prestação perante o Poder Judiciário.

O magistrado julgou procedente o pedido, pois considerou primordial a prevalência daquilo que favorecia a criança. A concessão da licença iria ser usufruída pelo pai, mas o destinatário real é o menor, é este que receberá os zelos prestados pelo pai, que terá o tempo adequado para exercer os cuidados de que um recém-nascido necessita.

¹⁵ Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Imprensa/Visualizar/654>>. Acesso em: 05 dez 2013.

Essa decisão é um exemplo de como o princípio do melhor interesse da criança serve como critério fundamentador de uma decisão na qual não há embasamento legal expressamente previsto. A sábia decisão do magistrado demonstrou que, na falta de norma, existem outras fontes que podem motivar uma decisão, pois simplesmente a alegação da ausência de uma lei não pode servir como argumento para não conceder esse benefício. Existem princípios que devem sobrepor a legalidade estrita, entre eles a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a proteção à infância.

CONCLUSÃO

A legislação brasileira, adotando o tradicional modelo patriarcal de família, no qual incumbe à mulher a realização das tarefas domésticas, deixou de prever expressamente a possibilidade de ampliação da licença-paternidade aos trabalhadores do sexo masculino quando estes se encontrarem diretamente responsáveis pelos cuidados à criança.

A licença-maternidade é prevista para a mulher, conforme o art. 7º, XVIII, com duração de, no mínimo, 120 dias. Por outro lado, na licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX, que não foi devidamente regulamentada, no entanto, até que venha a lei, o prazo é de cinco dias, conforme previsto no artigo 10 § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Esta previsão não condiz com a realidade da sociedade atual, uma vez que existem formações familiares sem a presença da figura materna, em que o pai assume a mesma tarefa que a mãe desempenharia. Como exemplo citam-se as famílias monoparentais, que podem ser formadas por um dos pais e seus filhos. Ainda há a possibilidade de o pai assumir a responsabilidade pelos cuidados prestados à criança, tendo em vista o falecimento da mãe ou o abandono e a adoção por homens em união homoafetiva.

Houve uma reconstrução do conceito de família na sociedade e até mesmo na Constituição Federal de 1988, que assentou no art. 226, § 3º: o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. E, posteriormente, no § 4º desse mesmo artigo englobou-se no conceito de família a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Este trabalho buscou apresentar a desigualdade oriunda da legislação vigente ao conceder a licença-paternidade de cinco dias, sem considerar a realidade social brasileira, ocasionando tratamento diferenciado para pessoas que estão nas mesmas condições.

Assim, o princípio da igualdade é o pilar de sustentação do presente trabalho, uma vez que a negativa de concessão da licença-“maternidade” aos trabalhadores do sexo masculino que se encontram diretamente responsáveis pelos cuidados à criança gera uma desigualdade sem fundamento.

Promover a igualdade consiste em conceder tratamento igualitário a todos aqueles que se encontram em situação de igualdade. Sendo assim, se A possui os mesmos atributos e especialidades que B, a este deve ser dado tratamento análogo. No entanto, caso haja fundamento plausível para a concessão de tratamento desigual, conceder regime distinto também é sinônimo de igualdade.

O direito à licença-maternidade – que, como sabido, é expressamente previsto para a mulher – diante dessas novas formações familiares já não é um tratamento desigual justificável. Os trabalhadores do sexo masculino que se encontrem na mesma situação – cuidando do filho após o nascimento – também são dignos desse direito.

Tendo em vista o modelo tradicional familiar, a licença maternidade, criada como um direito exclusivamente previsto para a mulher, é concebível tendo em vista que o exercício das funções domésticas e familiares seria atribuição feminina. Como fisicamente o homem, em regra, é mais dotado de força física, foi-lhe atribuído laborar em funções que exigiam a aplicação dessa força, tais como pesca, caça e cultivo de alimentos. Dessa forma, fixou-se culturalmente que o homem exerceria funções fora do lar e seria o provedor da família, enquanto a mulher, na condição de “ser” fragilizado, se voltaria para as tarefas domésticas.

A problemática da licença-paternidade acentua-se com a inserção da mulher no mercado de trabalho e a desmitificação de que esta estaria restrita ao exercício das funções domésticas e familiares. Essa nova divisão sexual do trabalho aliada às recentes constituições familiares fez surgir uma necessidade até então não amparada pela legislação brasileira.

Se uma mulher solteira realiza uma adoção, terá o direito de usufruir da licença por 120 dias. Se a adoção é realizada por homem solteiro, por que teria este somente cinco dias? Da mesma forma, se a adoção é realizada por um casal heterossexual, neste caso a mulher poderá desfrutar desse benefício, conforme art. 392-A. Se a adoção é feita por dois homens (união homoafetiva), terá, segundo a lei, o direito à licença-paternidade de cinco dias. Se a adoção partir da união de duas mulheres, uma delas poderá optar por desfrutar da licença-maternidade, conforme garantido em lei.

O legislador deu um grande passo ao reconhecer a possibilidade de a mulher adotante desfrutar da licença nos mesmos moldes que a mãe biológica, já que a criança adotada, nessa situação, é a mais beneficiada por esse tempo

concedido a partir da licença. No entanto, ainda há esta questão pendente de regulamentação e que vem ocasionado uma lesão ao direito à igualdade do pai adotante e da criança adotada.

Ora, quando o legislador outorgou esse direito à mulher, não foi em razão do estado abrasivo decorrente da gestação, nem mesmo para que esta pudesse amamentar. Aqui a licença baseou-se nos zelos que a adotante terá com o adotado. Dessa forma, a lesão ora mencionada ao tratamento isonômico é: por que não poderia o homem adotante usufruir dessa licença? Veja-se: uma mulher que adota sozinha possui esse direito, o homem não. Em adoção feita por casais homossexuais femininos, uma delas poderá usufruir desse direito, casais masculinos não. Qual seria o fundamento? Pois o fato que gera a concessão desse benefício são os cuidados declinados à criança.

Assim, a criança adotada é a mais prejudicada, tendo em vista que a licença-maternidade no caso da adoção não tem como fato causador a presença do fator biológico, como, por exemplo, o desgaste sofrido na gestação, o pós-parto, que na maioria das vezes requer repouso e amamentação. O pressuposto, nessa ocasião, é garantir que o adotante possa declinar os cuidados que são necessários à criança adotada. A criança não pode ser tratada de forma divergente simplesmente por ter sido adotada por um homem.

A mesma situação ocorre com o pai viúvo, que naquele momento está exercendo duplo papel, de pai e mãe, deveria, como condição de justiça, ter o direito à licença por 120 dias.

Nesse contexto, torna-se importante refletir sobre quem é o verdadeiro beneficiado da licença: a mãe ou a criança? A criança é quem faz jus ao benefício, ora, é ela quem gera a necessidade da concessão, pois requer cuidados que até então seriam exercidos pela mãe. A morte desta não faz com que o filho deixe de precisar desses zelos, que simplesmente serão exercidos por outra pessoa.

A legalidade estrita não deve sobrepor a efetivação dos direitos que são considerados fundamentais, uma decisão não se encontra legitimada somente porque está pautada no texto legal. No Estado Democrático de Direito, é possível reinterpretar uma norma com base no instituto principiológico, na analogia e até mesmo usando o direito comparado.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no art. 4º, os princípios, juntamente com a analogia e os costumes, podem ser usados como mecanismos para aplicação do direito. Do mesmo modo, o art. 8º da Consolidação das leis Trabalhistas prevê que as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho poderão decidir conforme os princípios gerais do direito.

A ausência de uma norma em que haja previsão da ampliação da licença paternidade não impede o trabalhador do sexo masculino de pleitear esse benefício e usufruí-lo, pois existem princípios que sustentam essa concessão, como o princípio da igualdade, conforme já mencionado, além do princípio da dignidade humana e o melhor interesse da criança.

Verificada a necessidade da licença, não é possível negá-la sob o argumento de falta de previsão legal. Como foi possível observar em alguns entendimentos jurisprudenciais, é possível atravessar os empecilhos legais com o uso dos princípios.

Não conferir a licença nesse momento tão necessário para o pai e imprescindível para a criança fere abruptamente a dignidade de ambos. É uma privação ao pai de exercer tarefas que garantam o bem-estar do seu filho e coibição à criança de viver com seu pai, o que lhe proporcionaria segurança oriunda do sentimento paternal, como condição mínima para o seu desenvolvimento físico, intelectual e emocional.

Além disso, o artigo 227 da Constituição Federal assegura que é dever do Estado – além dos pais e da sociedade – garantir à criança o direito à vida, à saúde, à alimentação e à dignidade, entre outros direitos. Aqui está implicitamente o princípio do melhor interesse do menor, que serve como pressuposto para que haja prevalência daquilo que será mais proveitoso para a criança.

Acertadamente, o Código de Trabalho de Portugal prevê a licença parental. A nomenclatura usada é mais adequada, pois não é destinada ao homem ou à mulher isoladamente. Além disso, assegura a viabilidade de fragmentação do prazo (entre o pai e a mãe) e licença parental a gozar pelo pai, por impossibilidade da mãe.

Essas modalidades descritas são elogiáveis, quais sejam, da possibilidade de compartilhar a licença, pois oferece liberdade aos genitores de escolherem aquilo que melhor se amolda às suas realidades e licença parental inicial a gozar pelo pai por impossibilidade da mãe.

Este trabalho não tem por objetivo propor que o trabalhador do sexo masculino tenha a mesma duração da licença. O almejado é elucidar a necessidade que se impõe na sociedade atual de conceder, no mesmo molde, a licença para aqueles pais que estão responsáveis pela criança, ou seja, exercendo as mesmas atribuições que a mulher exerceria ao desfrutar da licença-maternidade. Portanto, não passa de uma situação de igualdade; e se eles estão na mesma condição, por que recebem tratamento desigual? É preciso garantir esse tratamento igualitário como condição de justiça.

Inegável que o homem terá o direito à ampliação da licença paternidade pelo mesmo período concedido à mulher nos casos de adoção, morte da mãe ou abandono. O mais beneficiado com a licença é a criança e ela não pode ser privada desse direito simplesmente porque quem a guarda é um homem. Não interessa de quem irão partir os cuidados, o relevante é que são necessários para a sobrevivência do menor.

Assim, a expansão desse direito deve ser regulamentada pela lei infraconstitucional, para que esse desgaste enfrentado pelo pai ao bater à porta do Poder Judiciário seja suprimido. A lei, apresentada como instrumento regulamentador da sociedade, deve refletir a realidade desta.

É insustentável essa distinção baseada tão somente em razão do gênero. A licença deve ser vista sob outra ótica, cuja finalidade é proteger a integridade da criança.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 12. ed. ampl., rev. e atual., São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret. 5. ed., 2001.
- BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição**. Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: LTr, 2010.
- BERGAMASCO, Débora. **Pai adotivo gay ganha direito à licença-maternidade**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,pai-adotivo-gay-ganha-direito-a-licenca-maternidade,923454,0.htm>. Acesso em: 10 out 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração dos direitos fundamentais**. 2008. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf. Acesso em: 4 dez. 2013.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região. Vara do Trabalho de Mogi-Guaçu-SP. **Processo nº 1.479/2008-071-2**. Sentença proferida em 18.11.2008. Julgador: Juiz do Trabalho Marcelo Bueno Pallone. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2013.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação**. São Paulo: LTr, 2007.
- CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito**. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CLÉVE, Clémerson Merlin. Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social das mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiências. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Congresso Brasileiro de Direito de Família. **A família na travessia do milênio**. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. **Anuário das mulheres brasileiras**. São Paulo: DIEESE, p. 278-279, 2011.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ELIAS, Robert João. **Patrio Poder**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Propriedade Privada e da Família**. Tradução Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

G1 Mundo. [online]. Disponível em: [www.url: http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/01/casamento-gay-ameaca-a-humanidade-diz-o-papa-1.html](http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/01/casamento-gay-ameaca-a-humanidade-diz-o-papa-1.html). Acesso em; 28 de março de 2013.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, Fundação Carlos Chagas, v. 37, n. 132, p. 599, set-dez. 2007.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**: família e domicílio. Rio de Janeiro: IBGE, p. 5-8, 2010.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil**. Rio de Janeiro: IBGE, v. 38, p. 38, 2011.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. **História geral do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos. Faculdades de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. **A maternidade no trabalho**. Curitiba: Juruá, 1996.

MARRY, Tawany. **Pai adotivo em união homoafetiva obtém licença-maternidade em MS**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2012/11/pai-adotivo-em-uniao-homoafetiva-obtem-licenca-maternidade-em-ms.html>>. Acesso em: 10 out 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Código Civil comentado e interpretado**. 4. ed., Campo Grande: Contemplar, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos fundamentais: teoria geral**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MORÃES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria - parte geral**. São Paulo: LTr, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PINTO, Célia Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Revista de Sociologia e Política**, v. 18, n. 36, p.15-23, jun. 2010.

PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Disponível em: http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_L1_002.html#L002S7. Acesso em: 15 de out. de 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Jair. **Por filho adotivo, pai bancário luta e conquista "licença-maternidade"**. Disponível em: <<http://www.cutsp.org.br/noticias/2013/08/09/por-filho-adotivo-pai-bancario-luta-e-conquista-licenca-maternidade>>. Acesso em: 10 out 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Benedito Augusto da. **As concepções de justiça em Aristóteles**. Fortaleza: ABC, 2008.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Movimento Editorial da **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. III, série Monografias, n. 2, p. 10-26. Belo Horizonte, 1980.

WALD, Arnaldo. **O novo Direito de Família**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 6. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ANEXOS

Anexo A

PROJETO DE LEI Nº 4.913 DE 2009 (Da Deputada Solange Amaral)

Dispõe sobre a licença adoção, estabelecida no artigo 392-A da CLT, alterando a atual denominação de licença-maternidade para licença adoção, visando, especificamente, dar tratamento isonômico aos adotantes de ambos os sexos e estender o período de licença para os casos de adoções múltiplas.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 392-A acrescentado pelo Decreto Lei nº 10.421 de 15 de abril de 2002 à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 392-A – À empregada ou ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-adoção nos termos dos parágrafos seguintes:

§ 1º - No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º - No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4º No caso de adoção ou guarda judicial de grupos de irmãos composto de 3 (três) ou mais crianças, o período de licença adoção será de 180 (cento e oitenta) dias, independentemente das idades das crianças e/ou adolescentes.

§ 5º A licença-adoção apenas será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda para fins de adoção ao adotante ou guardião.

§ 6º No caso de adoção por cônjuges ou companheiros somente um dos adotantes terá direito à licença-adoção, cabendo esta escolha ao empregado.

Art. 2º A Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 71-A. Ao segurado da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-adoção pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, de 30 (trinta) dias, se a

criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade, e de 180 (cento e oitenta) dias se adotar grupo de irmãos compostos de 3 (três) ou mais crianças.

Parágrafo único. O salário-adoção de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

Art. 3º No caso dos segurados da Previdência Social adotantes, a alíquota para o custeio das despesas decorrentes desta Lei será a mesma que custeia as seguradas gestantes, disposta no inciso I do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 5º As obrigações decorrentes desta Lei não se aplicam a fatos anteriores à sua publicação.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A proposta visa, especificamente, tratar isonomicamente empregados e empregadas adotantes e ampliar o período da licença-adoção para o caso de adoções de grupos de irmãos.

O tema é recorrente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, promulgado em 1990, dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. É a partir do ECA que a criança passa a ser percebida como sujeito de direito e considerada como absoluta prioridade à efetivação plena dos direitos 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.

Para atingir a garantia destes direitos às crianças, o ECA estabelece em seu artigo 9º que cabe ao Poder Público, assim como às instituições e empregadores, propiciar condições adequadas ao aleitamento materno e ao pleno desenvolvimento físico, mental e emocional da criança.

É sabido, inclusive pela farta divulgação da Campanha Mude Um Destino, fases I e II, da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, que várias das crianças institucionalizadas fazem parte de grupos de irmãos, existindo, portando crianças de variadas idades e cuja necessidade de estágio de convivência é crucial para a formação da nova família.

É também notório o fato de que as adoções monoparentais têm crescido bastante no Brasil, inclusive por adotantes do sexo masculino que, até o presente momento, não têm direito à licença adoção com base na Lei, mesmo que empresas privadas e estatais concedam tal benefício, sem tratamento isonômico com as mulheres, mesmo sendo o único responsável pela adoção e pelo estabelecimento dos vínculos afetivos.

As mulheres, durante séculos, lutaram pela igualdade de direitos com os representantes do sexo masculino, ora tal igualdade deve ser concedida aos homens que, por si só, resolvem constituir e prover a própria família por meio da adoção.

Vivemos numa sociedade em ebulição onde noções ultrapassadas de família não são mais aceitas. As famílias são formadas por cônjuges, companheiros, por homens e mulheres sozinhos.

Dessa forma, a extensão do período de licença-adoção e tratamento isonômico aos adotantes do sexo masculino, visa garantir, igualmente, todos os demais estímulos essenciais ao estabelecimento do vínculo afetivo entre adotantes e adotados.

Salientamos o ganho da profissional, que além de contar com empregadas e empregados mais motivados, a médio e longo prazos evitará o absenteísmo e, conseqüentemente, reduzirá custos com pessoal, visto que os empregados tenderão a não deixar seus postos de trabalho para acompanhar filhos com problemas de saúde ou de adaptação.

Ainda, a licença ampliada no caso de adoção de grupo de irmãos tende a reduzir gastos com internações hospitalares, em razão das crianças adoecerem menos, pois, ao contarem com o amor, a dedicação e o carinho de seus pais, tornam-se mais fortes e, portanto, menos levados a serem acometidos por doenças físicas e emocionais.

Para tanto, recomenda-se que a licença à adoção, tal qual a licença a gestante, garantida pela Constituição Federal, no inciso XVIII de seu artigo 7º, e prevista na CLT em seu artigo 392, seja extensiva aos adotantes de forma ampla a fim de garantir à criança e sua mãe ou pai, o vínculo afetivo que só poderá trazer benefício a todas as partes envolvidas.

Assim, pretende-se com a proposta não apenas adequar as leis indicadas às disposições do texto constitucional federal, ao Código Civil e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, relacionados à unidade familiar, mas também aperfeiçoar a disciplina da maternidade e a paternidade em casos de adoções de grupos de irmãos de 3 (três) ou mais crianças, na esteira dos fundamentos apresentados e na melhor forma de direito.

Expostos, assim, os motivos da propositura, submeto o assunto à apreciação dos Nobres Pares da Casa.

Sala das Sessões, março de 2009

**Deputada Solange Amaral
Democratas / RJ**

Anexo B

PROJETO DE LEI Nº 4.853, DE 2009 (Do Sr. Urzeni Rocha)

Altera o inciso III do art. 473 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a licença-paternidade.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O inciso III do art. 473 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 473.

.....
III – por trinta dias consecutivos, em caso de nascimento de filho ou, no caso de pai adotante, a contar da data de adoção da criança; (NR)

.....
Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

No Brasil, após 20 anos da promulgação da Constituição Federal, ainda não foi sancionada norma legal regulamentando o direito à licença-paternidade, que continua sendo assegurado por meio de regra constitucional transitória, a qual estabelece o seu prazo em cinco dias.

A presente iniciativa visa, portanto, alterar o inciso III do art. 473 do texto consolidado, assegurando aos trabalhadores regidos pela CLT o direito à licença-paternidade pelo período de trinta dias.

Não há dúvida de que a licença-paternidade também é fundamental para a criança. E muitos são os benefícios para o pai e para toda a família. Atualmente muitas mulheres não têm quem as ajude nos primeiros meses da maternidade, ou porque não têm familiares morando na mesma cidade ou porque não podem ou não conseguem contratar uma empregada doméstica.

E esses primeiros dias são os mais difíceis, pois são de adaptação para todos. Além do contato direto com o bebê, a presença do pai é um apoio para a mãe na ajuda com as tarefas domésticas ou em relação aos outros filhos, nos cuidados com o bebê e em relação à tomada das primeiras providências quanto ao registro de nascimento e vacinações.

Outro ponto é a importância de os homens participarem da criação e da educação dos filhos. A licença-paternidade visa exatamente fomentar uma cultura de maior participação do pai com o ato de nascimento dos filhos, da constituição das famílias, pois não é rara a situação em que as mães vão para os hospitais ou têm os seus próprios filhos em casa, sem contar com a presença de seu companheiro.

A importância dessa coparticipação já foi objeto da Lei nº 11.108, de 2005, que assegura às mulheres a presença de um acompanhante no momento do parto no âmbito do Sistema Único de Saúde, em rede própria ou conveniada.

A preocupação com a licença-paternidade (direito desconhecido de muitos trabalhadores) foi, inclusive, motivo para o lançamento, no ano passado, da campanha "**Dá Licença, eu sou pai**", da Rede de Homens pela Equidade de Gêneros (RHEG), Instituto Papai e Núcleo de Pesquisas em Gênero e Masculinidade. O objetivo principal da campanha foi estimular os homens a exercerem o direito de cuidar de seus filhos, solicitando a licença-paternidade em caso de nascimento ou de adoção, e promover uma mobilização pública em prol da ampliação do período, de cinco dias para pelo menos um mês.

Segundo a socióloga e pesquisadora da ONG Ecos (que integra a RHEG), Sandra Unbehau, a importância da presença do pai na vida do filho é a mesma da mãe, tendo como única diferença a questão da amamentação. Ela argumenta ainda que "esse envolvimento do pai com a criança cria uma proximidade. Na nossa cultura os homens não são ensinados a cuidar. Desde pequenos os meninos são criados para uma vida exterior, de ir trabalhar fora. Ao contrário das meninas, que ficam em casa, cuidando da família".

A licença-paternidade é, portanto, um direito da infância. Estendê-la para trinta dias configura-se uma importante política de gênero que pode modificar a ideia de o cuidado dos filhos ser uma responsabilidade exclusiva das mulheres, o que contribuiria, com certeza, para a redução da tripla jornada de trabalho das milhares de trabalhadoras brasileiras.

Urge, portanto, efetivarmos esse importante direito social que está primordialmente voltado para a criança, mas que contribui para a melhoria de toda a estrutura familiar.

Essas as considerações que submetemos à elevada apreciação dos Ilustres Colegas para ver a presente medida transformada em lei, por ser, antes, uma questão de justiça.

Sala das Sessões, em de de 2009.

Deputado URZENI ROCHA

Anexo C

Acrescenta arts. 473-A a 473-C à
Consolidação das Leis do Trabalho – CLT,
aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de
maio de 1943, para regulamentar a licença-paternidade
a que se refere o inciso XIX do
art. 7º da Constituição Federal.

O **Congresso Nacional** decreta:

Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 473-A a 473-C:

“Art. 473-A. A licença-paternidade é fixada em 15 (quinze) dias consecutivos, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 1º A licença-paternidade inicia-se na data do nascimento da criança e independe de autorização do empregador, bastando a simples notificação do fato acompanhada, obrigatoriamente, de cópia da certidão de nascimento.

§ 2º A licença-paternidade não prejudica o disposto no art. 473, inciso III, desta Consolidação.

§ 3º Na hipótese da licença-paternidade ocorrer durante o período de gozo das férias, o seu início será contado a partir do primeiro dia útil após o seu término.

§ 4º Se a licença-paternidade for requerida em período inferior a 15 (quinze) dias, contados do início do gozo de férias, prorroga-se a concessão das férias para o primeiro dia útil após o término dessa licença.

Art. 473-B. É vedada a dispensa imotivada do empregado pelo prazo de 30 (trinta) dias após o término da licença-paternidade.

Art. 473-C. A licença-paternidade é direito do pai adotante, podendo ser exercida mediante a simples comunicação do fato, acompanhada da certidão de nascimento ou de documento oficial de adoção, independentemente da idade do adotado.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em de agosto de 2008.

Senador Garibaldi Alves Filho
Presidente do Senado Federal