

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**BRUNA REGINA FUKUYAMA**

**LICENÇA-PATERNIDADE:**

**Direito da entidade familiar enquanto desdobramento da Igualdade de Gênero  
e da Paternidade Responsável**

**CURITIBA**

**2012**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**LICENÇA-PATERNIDADE:**

**Direito da entidade familiar enquanto desdobramento da Igualdade de Gênero  
e da Paternidade Responsável**

Monografia apresentada pela acadêmica Bruna Regina Fukuyama ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ana Carla Harmatiuk Matos

**CURITIBA**

**2012**

À memória do  
meu querido avô Alfredo.

## AGRADECIMENTOS

Ao cabo de cada etapa revivem-se os momentos mais marcantes da trajetória. Fica nítido, nesse instante, que o verdadeiro diferencial em qualquer empreitada são as pessoas que, cientes ou não do seu papel, fazem com que tudo seja muito mais fácil, instigante e prazeroso. Expresso, nessa oportunidade, a minha gratidão a todos aqueles que contribuíram para a minha formação.

Aos meus pais, sou infinitamente grata por todas as oportunidades e ensinamentos. Para que tudo isso se concretizasse, impôs-se a distância. Não tenho dúvida - e sei que eles partilham dessa convicção – de que tudo valeu muito a pena.

Ao meu pai, Mamoru, agradeço pelo exemplo cotidiano. Por me mostrar que nada vem ao acaso, que tudo é conquistado. Por ter um coração tão bom e amar sua família acima de tudo – esteja certo de que a recíproca é verdadeira.

À minha mãe, Regina, agradeço por todos os sacrifícios. Por orientar desde sempre todos os meus planos e ser tão presente. Você, mãe, é a personificação da força. Faço minhas as palavras que, às vezes, timidamente confidencia meu pai: mulher como você não há.

À minha irmã Camila – tão igual e tão diferente -, agradeço pela companhia e pela habilidade de fazer minha vida ficar mais leve. Ao Lucas, meu pequeno, agradeço por sempre me fazer sorrir.

Ao meu namorado, Rafael Veríssimo, sou grata pelo auxílio e carinho, mas, sobretudo, pela calma e paciência. Os opostos, afinal, realmente se atraem.

Aos queridos amigos, agradeço por alegrarem meus dias, renovarem meu ânimo e terem protagonizado as cenas mais inesquecíveis dessa fase. Vocês serão sempre especiais. Adentrei a Santos Andrade sem conhecer uma pessoa sequer e deixo esta Faculdade de Direito certa de que vocês foram um grande achado.

À Professora Rosalice Fidalgo e ao Professor Marcelo Conrado agradeço pela generosidade e disponibilidade em comporem a banca.

À Professora e Orientadora Ana Carla agradeço pelas aulas no primeiro ano, que estimularam a monitoria no ano seguinte, as optativas no 3º e 4º ano e a orientação no período final. Agradeço pela sensibilidade, delicadeza e por ensinar, desde o princípio, a importância do direito crítico e emancipador.

## RESUMO

A ideia central do presente trabalho é o estudo da atual configuração da licença-paternidade no ordenamento brasileiro e a defesa de que sua reformulação é essencial ao implemento da igualdade de gênero e ao atendimento do princípio da paternidade responsável. Parte-se da análise das entidades familiares e do direito à igualdade entre os cônjuges para fundamentar que não há uma predisposição natural ou instintiva da mulher para o desempenho da criação e educação dos filhos de forma exclusiva. Por outra ótica, ao homem deve ser oportunizado o convívio de qualidade com os seus filhos, de modo a propiciar a construção dos laços parentais. Buscando a proteção integral do recém-nascido ou recém-adotado, torna-se imperativa a compreensão da licença-paternidade enquanto um direito da entidade familiar e, sendo assim, resta evidente a necessidade de revisão da sua estrutura hodierna.

**Palavras-chave:** licença-paternidade, igualdade de gênero, paternidade responsável.

## **ABSTRACT**

The central idea of this work is to study the current configuration of parental leave in the Brazilian system and its reformulation as essential to implement gender equality and to meet the principle of responsible parenthood. It starts with the analysis of family entities and the right to equality between spouses to substantiate that there is no natural or instinctive predisposition of women to the performance of the education and upbringing of children exclusively. For another perspective, the man must be enabled to socialize appropriately with their children in order to facilitate the construction of parental bonding. Seeking full protection of the newborn or newly adopted, it becomes imperative to understand the paternity leave as a right of family entity and, therefore, remains a clear need to review its structure today.

**Keywords:** parental leave, gender equality, responsible parenthood.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>CAPÍTULO 1 - A RESSIGNIFICAÇÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES E A PATERNIDADE RESPONSÁVEL.....</b>	<b>04</b>
<b>1.1 – A superação do modelo patriarcal diante da igualdade entre homens e mulheres.....</b>	<b>04</b>
<b>1.2 – A valorização dos laços afetivos e a paternidade responsável.....</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO 2 - A IGUALDADE CONJUGAL E O COMPARTILHAMENTO DE DIREITO E DEVERES.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1 – A desmistificação do “instinto maternal” e a proteção ao trabalho da mulher.....</b>	<b>19</b>
<b>2.2 – O direito-dever do homem ao pleno exercício da paternidade.....</b>	<b>26</b>
<b>CAPÍTULO 3 - A LICENÇA-PATERNIDADE ENQUANTO DIREITO DA ENTIDADE FAMILIAR.....</b>	<b>32</b>
<b>3.1 – Breves considerações sobre a licença-paternidade.....</b>	<b>33</b>
<b>3.2 – A possibilidade de efetivação do direito à igualdade e do princípio da paternidade responsável através da licença-paternidade.....</b>	<b>41</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

O elenco de direitos que visam à conciliação entre vida profissional e responsabilidades familiares foi desenhado para atender a um perfil muito específico de grupo familiar. Contudo, as famílias transcendem as definições impostas pelo ordenamento jurídico, pois se constroem a partir do afeto, da solidariedade, da cooperação mútua.

A essas formações que não se espelham no modelo idealizado e cristalizado em vários dispositivos legais impõem-se mais empecilhos à conquista de direitos. O presente trabalho, ao analisar especificamente a licença-paternidade, objetiva a reflexão acerca da estanque divisão de papéis imposta pelo legislador, em prejuízo do melhor interesse do recém-nascido ou recém-adotado.

Em decorrência da restrita previsão legal acerca da licença-paternidade alguns pais têm buscado aporte no Judiciário<sup>1</sup> para a concessão do referido direito, em moldes mais aptos a oferecer o necessário cuidado e proteção ao novo membro da família, o que afiança a atualidade e pertinência do presente estudo.

Pretende-se demonstrar a seguir que o verdadeiro fundamento da licença – a proteção integral da criança – não é contemplado em várias ocasiões. Com isso, urge a reavaliação da licença-paternidade com o intuito de preservar a igualdade de gênero e o princípio da paternidade responsável, sempre em prol do novo membro da família.

O primeiro capítulo se presta a fornecer as bases introdutórias para o desenvolvimento desta abordagem. Para tanto, será feita uma análise da evolução dos grupos familiares no decorrer do tempo; parte-se da completa submissão da

---

<sup>1</sup> O caso do policial viúvo José Joaquim dos Santos é sintomático da insuficiência legal que leva à busca pela solução judicial. O servidor público, em Mandado de Segurança, obteve o direito de se licenciar nos mesmos moldes da licença-maternidade: mediante o pagamento de salário e por cento e vinte dias. Segundo a Juíza prolatora da sentença: “a proteção à infância é um direito social inserido no rol dos direitos fundamentais, cumprindo ao Estado garantir ativamente as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento físico, intelectual e emocional das crianças. Tal desenvolvimento é assegurado mediante a convivência da criança no meio familiar e social e principalmente pelo carinho e atenção dos pais na fase da mais tenra idade, época em que a sobrevivência daquela depende totalmente destes. (...) 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.” (6ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, Mandado de Segurança 0006965-91.2012.4.01.3400, Juíza Federal Ivani Silva da Luz, publicada em 25/05/2012).

mulher ao homem no modelo patriarcal e matrimonializado e se chega à pluralidade de entidades familiares e à superação desta formação conservadora e hierarquizada. Ademais, ressalta-se a fundamentalidade dos laços afetivos enquanto amálgama dos grupos familiares e a importância do princípio da paternidade responsável no processo de conscientização do papel exercido pelo homem no interior das famílias. Importa na família eudemonista a realização pessoal, espiritual e efetiva de seus componentes. Almeja-se demonstrar que a revisão do direito à licença-paternidade é importante instrumento nesta empreitada, ao proporcionar o equilíbrio das relações familiares e profissionais da mãe e do pai e o amplo desenvolvimento do filho(a).

A tarefa do segundo capítulo, por sua vez, é fornecer um panorama geral acerca da divisão de papéis intra-familiares pautada no gênero. Primeiramente, faz-se uma breve análise da inserção feminina no mercado de trabalho e das consequências sentidas no nosso ordenamento jurídico para, logo após, confrontar o ideário arraigado de que as mulheres, naturalmente, seriam destinadas à maternidade. Ao derrubar tal senso comum visa-se à reformulação da atual divisão sexual de tarefas, tanto profissionais quanto domésticas.

Associada a esse pensamento, cumpre reavaliar a relação do homem para com os deveres e direitos decorrentes da paternidade. Ao homem impõe-se um desafio de dupla dimensão: superar a resistência, quase natural, ao envolvimento com os afazeres domésticos ou ao cuidado com os filhos, e, ao mesmo tempo, buscar a concessão de direitos que viabilizem ampla participação e efetiva construção dos laços de afeto e intimidade que unem pais e filhos.

Diante deste panorama, argumenta-se que a reformulação do direito à licença-paternidade é providencial para a concretização do princípio da igualdade de gênero, ao suplantando a qualificação da mulher como “mãe e esposa” e valorizar o contato de qualidade entre o homem e seus filhos.

Em sua terceira e final fase, este trabalho monográfico tem por objetivo introduzir o instituto da licença-paternidade e analisar as possibilidades de sua reestruturação. Com este propósito, apuram-se, brevemente, as características atuais do direito à licença-paternidade, previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas e na Constituição Federal, e ainda pendente de regulamentação. Propõe-se, então, a superação da limitada dimensão que hoje assume o direito à

licença – cinco dias, compreendidos como ausência autorizada ao trabalho e pagos pelo empregador –, a fim de que a reformulação do referido direito possa atender à organização das famílias e ao melhor interesse da criança.

Para tanto, são apresentadas as legislações de Portugal, Espanha e Suécia, enquanto modelos de regulamentação do direito à licença-paternidade mais sintonizados com o direito à igualdade de gênero e o dever de compartilhamento de tarefas em prol do filho recém-nascido ou recém-adotado – ainda que sejam feitas algumas ressalvas. Ainda, procede-se a uma breve análise dos Projetos Legislativos concernentes à temática, ainda em trâmite no Congresso Nacional.

Por derradeiro, sugere-se ao final deste trabalho que a licença-paternidade em sua concepção corrente não atende verdadeiramente aos principais interesses envolvidos. Conclui-se que a licença é direito de toda a entidade familiar – atendendo, primordialmente, ao bem estar do menor - e não deve ter uma titularidade pré-definida e estanque. Sendo assim, recomenda-se que o ordenamento jurídico proporcione à família a possibilidade de reflexão e convenção acerca da melhor forma de distribuição do gozo do referido direito, ressaltando que o papel de acolhimento, proteção e cuidado do novo membro, seja biológico, seja adotivo, deve poder ser exercido, isonomicamente, por todos os detentores da autoridade parental.

## 1 - A RESSIGNIFICAÇÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES E A PATERNIDADE RESPONSÁVEL

### 1.1 – A SUPERAÇÃO DO MODELO PATRIARCAL DIANTE DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

A apreciação do objeto principal do presente estudo está intrinsecamente relacionada à evolução das entidades familiares no decorrer do tempo. Deste modo, cumpre traçar um breve histórico sobre tais transformações, com o intuito de introduzir o tema e fornecer uma visão dialética do assunto. Ressalve-se que o breve exame intentado nesta pesquisa está longe de pretender uma análise exaustiva acerca da evolução dos eventos e institutos que influenciaram o tema maior abordado. Os acontecimentos históricos narrados foram selecionados – até mesmo em virtude da limitação intrínseca à natureza deste trabalho - por cultivarem maior relação com o desenvolvimento do tema, mas não significam que se tenha uma concepção linear, simplista ou neutra a respeito da história e sua influência recaída sobre o direito<sup>2</sup>.

As profundas transformações sentidas pelo instituto “família” levaram à reconfiguração de seu conceito, natureza e função. O direito tradicional do núcleo matrimonializado, procracional e transpessoal cedeu lugar à pluralidade de entidades familiares, marcadas pela realização individual, solidariedade e afetividade entre os seus membros.

Tendo em vista a dinamicidade que caracteriza as relações de afeto, o Direito de Família é, muito possivelmente, o ramo do direito que mais sente o descompasso entre os fatos da vida e as normas positivadas, já que está sempre um passo atrás da formação da família em si. Se hoje a função da família consiste em oferecer um espaço para a autoconstituição do indivíduo através da sua liberdade de coexistir, em muito ela diverge “*do sentido transpessoal que define a*

---

<sup>2</sup> Consoante aduz Ricardo Marcelo Fonseca, as opções teóricas, para além de gerarem a exclusão de virtualidades históricas, reduzem a pluralidade inesgotável do real a uma sequência linear de fatos, “o que traz uma homogeneidade e linearidade que provoca automaticamente o afastamento do historiador com relação a época diante da qual ele se defronta.” (*Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de Antonio Manuel Hespanha*, p. 105).

*família simplesmente como uma instituição cuja manutenção a qualquer custo legitimaria o assujeitamento de seus membros*<sup>3</sup>, função prevalecente no modelo clássico de entidade familiar.

A travessia da família transpessoal à família eudemonista é marcada pela evolução do tratamento dado pelo ordenamento jurídico a homens e mulheres. A desigualdade de tutela com base no gênero há tempos fez sentir-se na legislação brasileira. Dentre as previsões das Ordenações Filipinas, vigentes entre os anos de 1603 e 1916, havia a possibilidade de o marido aplicar castigos à sua companheira, bem como matá-la em casos de adultério. Entendia-se que marido e mulher compunham a mesma pessoa para efeitos jurídicos, dando relevo à ideia de despersonalização da mulher<sup>4</sup>.

O comportamento social, influente na constituição das formações familiares, encontrou lugar na codificação das relações privadas. Ao se afirmar com a pretensão de ordenar tais condutas de forma genérica e se aplicar a todos os cidadãos<sup>5</sup>, a codificação reflete o cenário alegadamente dominante (ainda que não exclusivo), imbuída dos valores e preconceitos vigentes na época que lhe informa.

Analisando o histórico codificado das relações privadas, constata-se o privilégio de um perfil específico na constituição do núcleo familiar cristalizado pelo Código Civil de 1916, resultado do quadro econômico e social em que se processou a obra dos codificadores, como expõe Orlando Gomes:

A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados. A indústria nacional não ensaiara os primeiros passos. Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno. Esses interesses eram coincidentes. Não havia, em conseqüência, descontentamentos que suscitasse grandes agitações sociais.

A preservação e a defesa desses interesses estavam confiadas a uma classe média escassa, cujo marginalismo econômico se compensava no exercício dos cargos burocráticos, dos quais se assenhoreara em conseqüência da urbanização prematura de alguns pontos do país.

Para a organização social do país a racionalização dos interesses dos fazendeiros e comerciantes se processou por intermédio dessa classe, que os matizou com os pigmentos de seus preconceitos. Ajustada, então, material e espiritualmente, à situação econômico-social do país, pelo apoio que recebia da burguesia rural e mercantil, transfundiu na ordem jurídica a

---

<sup>3</sup> RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato da propriedade e da família*, p. 315.

<sup>4</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Igualdade Conjugal – Direitos e Deveres*, p.225.

<sup>5</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo, p. 44.

seiva de sua ilustração, organizando uma legislação inspirada no Direito estrangeiro que, embora tivesse, por vezes, acima da realidade nacional, correspondia, em verdade, aos interesses a cuja guarda e desenvolvimento se devotava<sup>6</sup>.

O aspecto paternalista está na fonte da formação clássica do matrimônio, composta pelo homem provedor e pela esposa, cuja função primordial consistia em tratar dos assuntos domésticos e da educação dos filhos. Tal concepção baseava-se, precipuamente, em interesses patrimoniais e reprodutivos.

O referido diploma legislativo privilegiou o modelo agrário, que projetava no instituto jurídico da família as funções de meio de produção e de transmissão do patrimônio e do nome. Na vigência de tal sistema, somente era considerada família e digna de tutela jurídica aquela fundada no casamento. O matrimônio construía-se de forma hierarquizada, consagrando o modelo patriarcal, partindo da superioridade masculina em oposição à submissão da mulher<sup>7</sup>.

Tanto o era que a redação anterior do Código de 1916 previa que a mulher, ao casar-se, perdia a qualidade de plenamente capaz e passava a compor o rol dos relativamente incapazes<sup>8</sup>. A família representava um instituto perene e patriarcal, limitando as possibilidades de atuação da mulher, já que, por regra, previa-se a indissolubilidade do casamento. Embora houvesse a possibilidade de desquite, este não gerava a desconstituição do vínculo jurídico entre os cônjuges<sup>9</sup>.

Cumprir aduzir que a restrição das atividades da mulher ao cuidado dos filhos e dos afazeres domésticos é mais um recorte feito pelo texto de lei, já que nas famílias de classes inferiores, necessitadas de renda, "*muitas mulheres auxiliavam*

---

<sup>6</sup> GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 25.

<sup>7</sup> Orlando Gomes exemplifica as situações de assimetria entre o posicionamento de homens e mulheres sob a ótica do Código Civil de 1916: "*Para o casamento dos menores de vinte e um anos, exige o consentimento de ambos os pais, mas, discordando eles entre si, manda que prevaleça a vontade paterna. O marido é o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe administrar os bens particulares da mulher, fixar e mudar o domicílio da família, e autorizar a profissão da esposa. O juiz pode ordenar a separação dos filhos de mãe que contrai novas núpcias, se provado que ela, ou o padrasto,, não os trata convenientemente. A mãe binuba perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder. O direito de nomear tutor compete ao pai. Consagra-se, assim, a posição privilegiada do homem na sociedade conjugal.*" (*Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 15).

<sup>8</sup> BRASIL, Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916, art. 6º: "*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.*"

<sup>9</sup> FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. *A Filiação Adotiva na Família Contemporânea Brasileira e a Construção da Afetividade*, p. 214.

*no negócio do marido e outras desempenhavam várias tarefas de produção rural, ainda que tendo uma atividade, de modo geral, diretamente ligada a do marido*<sup>10</sup>.

Menciona-se, ainda, o fato de que o sistema jurídico de então não oferecia tutela às organizações familiares constituídas sem a formalização do casamento. Consagrou-se a designação de “concubinato” para se referir a tais formações, situações de fato ignoradas pelo sistema jurídico liberal, às quais não eram concedidos quaisquer efeitos de direito. A condição precária desses relacionamentos perante o ordenamento jurídico levava à noção de que se fundavam numa relação ilegal, contrariando a moral e os bons costumes vigentes à época<sup>11</sup>.

O viés negativo e pejorativo que se impunha ao tratamento das relações extramatrimoniais era suportado, especialmente, pela mulher: *“junta-se à sua condição feminina o juízo de valor depreciativo do chamado concubinato, fruto do preconceito forjado nos valores de uma família matrimonializada acolhidos pelo Código numa determinada época*<sup>12</sup>.”

A família moldada no Código Civil de 1916 refletiu os contornos básicos da organização social, política e judiciária nacionais, profundamente marcada pela solenidade e fundada em bases patrimonialistas, alheia aos fatos sociais e à realidade brasileira. Os filhos, sujeitos a uma classificação altamente discriminatória, eram legítimos ou ilegítimos. Aqueles decorriam das justas núpcias, enquanto estes eram fruto de relações incestuosas ou adúlteras. O controle exercido pelo pai era absoluto e tudo se justificava em nome do seu ilimitado pátrio poder.

Luiz Edson Fachin sintetiza o cenário anterior:

Não sendo fruto do acaso, aquela “realidade jurídica” emergiu assentada no sentido clássico da família monolítica e autoritária, hierarquizada e transpessoal, na qual a norma jurídica nos resta servindo de instrumento para dedicar capítulos inferiores a sujeitos naturais que não passam ao estatuto de efetivos sujeitos de direito. Esse regime de exclusão se funda num assento tripartite que une sexo, sangue e família, e propicia que as formulações jurídicas privadas modelem as relações de direitos sob um padrão social de interesses dominantes<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*, p. 28.

<sup>11</sup> RAMOS, Carmen Lucia Silveira. *Famílias sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*, p. 64.

<sup>12</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk, *Op. cit.*, p. 30.

<sup>13</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, p. 52.

A característica mais decisiva na antiga concepção de família, portanto, era seu caráter transpessoal: o ente, o núcleo, era mais importante e predominava em relação aos anseios individuais<sup>14</sup> e, neste panorama, o homem detinha a qualidade de chefe, enquanto a mulher lhe era submissa.

À semelhança de outras sociedades na história da família ocidental<sup>15</sup>, a autoridade marital no ordenamento brasileiro vem acompanhada do poder paterno: *“A autoridade do pai e do esposo domina a célula familiar. Fundamento econômico e chefe moral da família, ele é também o seu centro: tudo deve girar em torno dele”*<sup>16</sup>.

Nesta esteira, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) introduziu a expressão “pátrio poder” no ordenamento brasileiro. A lei<sup>17</sup> reproduziu o tratamento discriminatório da época ao prever que, durante o casamento, o pátrio poder competiria aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Em caso de divergência quando ao seu exercício, deveria prevalecer a decisão do pai.

Inserir-se neste panorama a primeira previsão sobre a possibilidade de o pai licenciar-se do trabalho. O art. 473, III foi incluído na Consolidação das Leis Trabalhistas em 1967. Ao prever que o empregado pode se ausentar do trabalho por um dia por ocasião do nascimento do seu filho, a intenção do legislador foi conceder um prazo para o registro civil do recém-nascido. A licença-paternidade, neste momento, em nada se relacionava com o dever de cuidado e proteção para com o filho. Refletia, ao revés, a noção de que o pai, chefe da família, estaria incumbido de

---

<sup>14</sup> Esclarece Ana Carla Harmatiuk Matos que a importância da entidade familiar em sobreposição aos seus componentes era tamanha que, superava, inclusive, a tutela da figura masculina: *“A hierarquia entre as funções erigia-se. No topo desta ordem, poder-se-ia dizer, situava-se a família enquanto instituição, e não o homem, como num primeiro momento poderia transparecer. (...) Nesta perspectiva, a visão patriarcal coloca-se mais como tutela da instituição e menos como tutela da figura masculina dentro da família. Então, numa certa medida, a luta da mulher não é desvinculada do homem em busca da igualdade de gêneros.”* (As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina, p. 22-23).

<sup>15</sup> Elisabeth Badinter, na obra *Um Amor Construído: o Mito do Amor Materno* realiza estudo das sociedades ocidentais, partindo do legado aristotélico, passando pelo discurso teológico cristão e chegando ao absolutismo político. Em maior ou menor medida, e pautada em diferentes fundamentos (autoridade natural, divina ou natural e divina ao mesmo tempo), o poderio do marido e do pai sempre se fez presente nestas sociedades.

<sup>16</sup> BADINTER, Elisabeth. *Um Amor Conquistado: O Mito do Amor Materno*, p. 77.

<sup>17</sup> A Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962 proporcionou a seguinte redação ao art. 380 do Código Civil: *“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.”*

tratar dos assuntos burocráticos e financeiros, conquanto à mãe caberia cuidar da educação e criação dos filhos.

O panorama abordado altera-se mais sensivelmente com o advento da mais recente Constituição Federal, que consagra a igualdade de gêneros como direito fundamental:

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

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

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A Constituição Federal de 1988<sup>18</sup>, superando a tradicional dicotomia entre o direito público e o direito privado, foi o grande marco legislativo responsável por avanços no campo jurídico, a partir de normas expressas sobre as relações de família e princípios plenamente aplicáveis ao âmbito privado. Paulo Luiz Netto Lôbo entende que dispositivos constitucionais colacionados acima constituem o epílogo da trajetória de emancipação feminina, sendo que o Constituinte optou por tornar explícito o princípio da igualdade, também, no capítulo destinado à família como medida de precaução, já que experiências legislativas e a hermenêutica tradicionais resistiam a manter a inferioridade da mulher em face do homem na sociedade conjugal<sup>19</sup>. Previsto diretamente no texto constitucional, o princípio da igualdade tem natureza de norma de proteção a direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, é passível de aplicação imediata<sup>20</sup>.

As normas infraconstitucionais anteriores à Constituição de 1988 que consagravam direitos e deveres diferenciados entre os cônjuges foram revogadas. O Código Civil de 2002, por sua vez, ratifica esse aspecto isonômico dentro dos núcleos familiares. Em decorrência dos objetivos consagrados pela Constituição

---

<sup>18</sup> Assim esposa Paulo Lôbo: “Se for verdade que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta, a Constituição do Estado social de 1988 foi a que mais interveio nas relações familiares e a que mais as libertou. Consumou-se a redução ou mesmo eliminação, ao menos no plano jurídico, do elemento despótico existente no seio da família, no Brasil”. (Famílias, p. 34).

<sup>19</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Igualdade Conjugal – Direitos e Deveres*, p. 221-222.

<sup>20</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

brasileira – liberdade, justiça e solidariedade - novos grupos familiares passam a ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Rompeu-se em muito com o padrão familiar patriarcal, influência direta da emancipação feminina e de sua ascensão no mercado de trabalho. Em que pese o reconhecimento da plena capacidade feminina a partir do Estatuto da Mulher Casada<sup>21</sup>, até a consagração da igualdade jurídica entre o homem e a mulher através da Constituição, a família era dirigida pelo marido, que detinha os direitos de administrar os bens comuns da sociedade, de fixar o domicílio conjugal e de representar legalmente a família. O marido era o chefe do núcleo familiar, enquanto a mulher era mera colaboradora<sup>22</sup>.

O direito não conseguiu manter-se inerte diante do elevado número de relacionamentos ditos concubinatos, o que ocorria, especialmente, diante da inexistência do divórcio. A primeira resposta veio da jurisprudência e se amparou do direito das obrigações, com a edição da Súmula 380 do STF<sup>23</sup>, responsável por conceder àqueles que não conviviam em matrimônio a garantia da partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, levando a uma primeira tutela em favor das mulheres conviventes em concubinato. Contudo, a solução era insuficiente e se impôs à nova Constituição o papel de conceder status de família às uniões estáveis. Demais direitos e obrigações decorrentes da relação, em muito semelhantes aos advindos do casamento, foram finalmente sistematizados pelo Código Civil de 2002.

No que tange ao tratamento dado aos filhos, deixou de se utilizar classificações ou expressões discriminatórias para diferenciá-los. As crianças e adolescentes, antes tratados como objetos de direito, passam a serem enxergados como personagens ativos da família, como verdadeiros sujeitos de direito<sup>24</sup>. Aos pais

---

<sup>21</sup> Em que pese a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, tenha excluído a mulher casada do rol dos incapazes, mantiveram-se disposições que consolidavam a hierarquia dentro dos núcleos familiares: "Art. 233: O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos".

<sup>22</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Família monoparental*, p. 682-683.

<sup>23</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 380 – 03/04/1964: "*Comprovação – Existência de Sociedade de Fato – Cabimento – Dissolução Judicial – Partilha do Patrimônio Adquirido pelo Esforço Comum. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.*"

<sup>24</sup> Esta mudança de percepção reflete os avanços conquistados no campo internacional. A necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências

cabe educar, proteger e cuidar dos interesses dos menores, sob pena de perderem ou terem suspensa a autoridade que exercem.

A limitação naturalmente imposta pela positivação exclui e impõe definições estanques. As normas positivadas tentam cristalizar algo que é naturalmente dinâmico, pois fruto das relações humanas. A cada época determinada cultura se sobressai, restringindo e localizando os direitos de família que deveriam ser naturais a todos os sujeitos. O Direito não deve ficar inerte; deve atender às novas realidades e disponibilizar mecanismos de proteção e garantias.

A família passa a se estabelecer enquanto lócus de realização de seus componentes, não mais se dirigindo a um fim superindividual, seja de cunho patrimonial, seja de fins reprodutivos. A tutela do instituto está diretamente relacionada à igualdade entre aqueles que a compõem, como bem ensina Pietro Perlingieri acerca do papel da família contemporaneamente:

A função superveniente da família deve ser realizada de forma aberta, integrada na sociedade civil, com uma obrigatória colaboração com outras formações sociais: não como uma ilha, mas como um autônomo território que é parte que não pode ser eliminada de um sistema de instituições civis predispostas para um escopo comum; todas essas formações sociais serão merecedoras de tutela se a regulamentação interna for inspirada no respeito da igual dignidade, na igualdade moral e jurídica dos componentes e na democracia. Valores que representam, juntamente com a solidariedade, o pressuposto, a consagração e a qualificação da unidade dos direitos e dos deveres no âmbito da família.<sup>25</sup>

A família eudemonista baseia-se na comunhão espiritual e de vida dos seus membros. Sua tutela justifica-se no afeto e solidariedade mutuamente sentidos. Nesse panorama, a mulher deixou de ser coadjuvante e passou a exercer papel de destaque, tanto no plano familiar, quanto em outros âmbitos da sociedade. O aumento da quantidade de famílias mantidas e chefiadas por mulheres<sup>26</sup> reflete a superação da definição estanque de funções exercidas por homens e funções

---

Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança. Assim prevê o art. 3º, item 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989: “*Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.*”

<sup>25</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, p. 245-246.

<sup>26</sup> Segundo dados recentes do IBGE, a proporção de lares chefiados por mulheres cresceu de 22,2%, em 2000, para 37,3%, em 2010. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_impresao.php?id\\_noticia=2240](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=2240)>. Acesso em 12/11/2012.

cabíveis às mulheres<sup>27</sup>. A ideologia patriarcal aos poucos é deixada para trás, impondo a comunhão de tarefas decorrentes dos valores igualitários e solidaristas previstos no texto constitucional.

O Código Civil de 2002 substituiu a expressão “pátrio poder” pela designação “poder familiar”. A alteração teve como escopo principal o rompimento com a identidade em vigor no sistema clássico. A noção mais moderna advoga que esse poder só se justifica se exercido no interesse da criança ou adolescente. Nesse sentido, as legislações recentes revelam a preocupação em tratar os filhos como sujeitos de direito, e não como objetos dele<sup>28</sup>.

O direito à licença-paternidade passou a ter sede constitucional e sua duração foi ampliada para 5 (cinco) dias. Remanesce, contudo, a necessidade de sua regulamentação e a reinterpretação do verdadeiro fundamento e função desse instituto.

Constata-se que a consagração do princípio da igualdade foi fundamental para que se pudesse trilhar um novo caminho no Direito das Famílias. Não há que se pensar, contudo, que a operacionalização dos direitos femininos é simples, já que se mantêm resquícios do pensamento clássico e retrógrado dos séculos anteriores:

Não obstante algumas proclamações formais do início deste século e da abolição teórica do princípio da desigualdade, privilégios da masculinidade teimam em resistir. Nota-se até mesmo nas designações, eis que o princípio universal da igualdade está na Declaração dos Direitos do Homem. Nega-se não apenas presença das desigualdades como também o acesso à cidadania, e mesmo das funções públicas, as portas ao exercício da defesa de direitos são cerradas. Ferida de incapacidade civil, o florescimento da mulher na defesa de seus direitos se choca no primado do homem, que começa por vedar-lhe a profissão de advogado. Direitos, quem sabe, mas desde que socorrida pelo advogado, o homem da lei<sup>29</sup>.

Diante dessa visão acerca da “nova família” e a necessidade de garantir a todos os sujeitos envolvidos a plenitude de seus direitos, importa a verdade socioafetiva, os vínculos desenvolvidos entre os indivíduos de cada grupo. Nessa

---

<sup>27</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Desigualdade dos gêneros: o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas*, p. 162.

<sup>28</sup> BRASIL. Lei 8.069, ECA, de 13.07.1990, art. 15: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.”

<sup>29</sup> FACHIN, Edson. *Da Paternidade: relação biológica e afetiva*, p. 105.

medida, é de grande relevância o exercício da paternidade/maternidade responsável.

A distribuição de responsabilidades decorrentes da filiação entre homem e mulher, indistinta e isonomicamente, pode encontrar sede numa diferente concepção de licença-paternidade, funcionando como corolário do melhor interesse da criança e da igualdade de gênero, conforme se pretende demonstrar a seguir.

## 1.2 – A VALORIZAÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS E A PATERNIDADE RESPONSÁVEL

As famílias da contemporaneidade têm como nota principal os laços de afeto, cooperação e solidariedade<sup>30</sup>. A superação do modelo patriarcal está diretamente vinculada a essa característica da família eudemonista, tendo em vista que *“a liberdade de constituir e desconstituir a sociedade conjugal e a ausência de um chefe impõe ao direito o reconhecimento da existência de afetividade como exclusivo suporte do ente familiar e, conseqüentemente, da co-responsabilidade dos que a integram”*<sup>31</sup>.

A estrutura hierárquica cedeu espaço à coordenação e comunhão de projetos e de vida. Os interesses de cunho pessoal e humano que consubstanciam o suporte fático da família definem o fenômeno chamado repersonalização: a pessoa humana passa a ser o centro das destinações jurídicas, valorizando-se o ser e não o ter.

A existência da família para o desenvolvimento da pessoa é sintetizada por Carlos E. Pianovski Ruzyk:

Se é certo que o “ser” da família não encontra no afeto, mesmo contemporaneamente, seu único cimento, a compreensão de que ele é um dos elementos mais relevantes de conformação estrutural das comunidades familiares traz relevantes subsídios para uma nova configuração de um

---

<sup>30</sup> Ensina Luiz Edson Fachin que *“A retomada do valor jurídico da affectio maritalis por si só denuncia a ratio apenas formal do casamento. A afetividade assume dimensão jurídica. Migram para a “constitucionalização” princípios e normas básicos do Direito de Família, espriados na igualdade na neutralidade e na dimensão da inocência quanto à filiação. Da noção excludente e desigual sob a família matrimonializada e patriarcal, a filiação renasce à luz da igualdade e da inclusão de todos os direitos, sem o “desvaler” que atava legitimidade e casamento”*. (*Direito de Família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, p. 49-50)

<sup>31</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Igualdade Conjugal – Direitos e Deveres*, p. 227.

“dever-ser” da família eu apreende a relevância da afetividade, de modo coerente com uma “repersonalização” dessas relações.

Pode-se entender que essa compreensão diferenciada sobre uma família que não encontra fundamento em si mesma – e com funções vinculadas à sua própria reprodução -, mas, sim, busca seu fundamento da formação de vínculos de afeto – e, nessa medida, abre-se a novas possibilidades funcionais, sendo compreendida, inclusive, como meio no qual as pessoas buscam sua felicidade coexistencial – constitui o que se costuma denominar de família eudemonista<sup>32</sup>.

A Lei Maria da Penha traz a definição de família mais coerente com essa valorização dos laços afetivos, em seu art. 5º, II: *“no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”*.

O direito privado, tradicionalmente marcado por seu caráter patrimonialista, passou, portanto, por uma ressignificação, por um movimento de repersonalização, fortemente influenciado pelos valores e princípios constitucionais. A repersonalização significaria o abandono do patrimônio como horizonte da família. O vínculo jurídico-formal que unia as pessoas cede espaço à afetividade. Cabe ao Direito regular as realizações pessoais, imputando ao indivíduo o centro dessas relações. Ana Carla Harmatiuk Matos leciona que *“uma das conseqüências práticas da repersonalização vem a ser a nova concepção de família, espelhando a ideia básica da família eudemonista, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõe”*<sup>33</sup>.

Diante dessa nova concepção, as entidades familiares originalmente identificadas no sistema jurídico não foram suficientes para atender às necessidades de proteção. Neste aspecto reside a importância da valorização do amor e afeto enquanto notas caracterizadoras da família atual, que está *“matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”*<sup>34</sup>.

A família está sujeita à incidência de diversos princípios, dentre os quais, o princípio da solidariedade, o princípio da igualdade e o princípio da proteção integral

<sup>32</sup> RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato da propriedade e da família*, p. 326.

<sup>33</sup> MATTOS, Ana Carla Harmatiuk, *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*, p. 104-105.

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 17

da criança e do adolescente. A solidariedade pressupõe assistência mútua, não só material, mas também através de cuidados imateriais, tais como a instrução e educação dos filhos e o auxílio físico e moral aos idosos e incapazes. A solidariedade “*é valor característico dos tempos contemporâneos e (...) as famílias representam as entidades mais capazes e adequadas para sua mais perfeita concretização com base na ideia de cooperação, auxílio moral e material recíproco*”<sup>35</sup>.

O princípio da igualdade projeta-se no direito à diferença entre os gêneros, com a necessária superação da atribuição do papel de *dona de casa* à mulher. A democratização dos lares impõe a distribuição de responsabilidades e o compartilhamento da possibilidade de decisão. O antiquado pátrio poder é substituído pela decisão conjunta dos cônjuges ou companheiros, que deve ter como norte fundamental o atendimento ao bem-estar dos filhos.

Por fim, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente implica o tratamento dos interesses do menor com prioridade, seja pelo Estado, pela sociedade ou pela família, propiciando as melhores condições físicas e psíquicas de desenvolvimento a criança e ao adolescente, destinatários de tratamento especial e mais protetor<sup>36</sup>.

Nesta nova perspectiva, a criança deve ser sujeita a proteção prioritária e especial, valorizando-se o seu melhor interesse, como preconiza Paulo Luiz Netto Lôbo: “*a criança deve ser posta no centro das relações familiares, devendo ser considerada segundo o ‘espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.’ Tais valores não são compatíveis com razões preferencialmente patrimoniais*”<sup>37</sup>.

Aliados a estes princípios, e reforçando seu conteúdo, tem-se o princípio constitucional da paternidade responsável, previsto no art. 226, §7º da Constituição Federal:

Art. 226:

(...)

§ 7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o

<sup>35</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. GUERRA, Leandro dos Santos. *A Função Social da Família*, p. 158.

<sup>36</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 75.

<sup>37</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das Famílias*, p. 153.

exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O princípio da paternidade responsável redundando no direito ao planejamento familiar e no dever dos pais ou responsáveis providenciar educação, segurança, proteção e as melhores condições possíveis para o desenvolvimento adequado dos filhos, material e imaterialmente. O homem e a mulher, exercendo livremente sua sexualidade e capacidade procriativa, são responsáveis, individual e socialmente, por gerarem uma nova vida, a quem deverão proporcionar cuidados físicos, psíquicos e espirituais, a par de outros direitos fundamentais que lhe são garantidos<sup>38</sup>.

Importante ressaltar que a responsabilidade em relação aos filhos deve ser igualmente compartilhada entre pai e mãe, visando “*não apenas uma conduta omissa do intérprete de respeitar o crescimento da criança e do adolescente –, mas, principalmente, um comportamento comissivo, de modo que os responsáveis possam promover a personalidade do menor*”<sup>39</sup>.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 21 e 22, reflete o princípio da igualdade consagrado na Constituição de 1988 ao definir que o pátrio poder deve ser exercido “*em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe*”. Determina, ainda, que o dever de sustento, guarda e educação dos filhos cabe igualmente a ambos. Tal dever “*constitui a especificação dos encargos cometidos aos cônjuges, relativamente aos filhos comuns, caso os haja. É dever, mas também direito, uma vez que interessa a cada um dos pais a formação, sanidade e convivência dos filhos*”<sup>40</sup>.

No mesmo sentido ensina Rodrigo da Cunha Pereira:

É bem verdade que não se pode obrigar ninguém a amar outrem, mas a relação paterno-materno-filial exige responsabilidades e compromissos, sendo fonte de obrigação jurídica. A afetividade geradora de direitos e deveres “é a que depende mais do braço, do ombro e da razão do que do coração.” Pela supremacia axiológica da Constituição Federal, tem-se o comando da responsabilidade e obrigação, por meio do princípio da dignidade humana, do princípio da solidariedade, do princípio da

---

<sup>38</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. GUERRA, Leandro dos Santos, *A Função Social da Família*, p. 158.

<sup>39</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 132.

<sup>40</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Igualdade Conjugal – Direitos e Deveres*, p. 233.

paternidade responsável, e, obviamente, do princípio do melhor interesse da criança e adolescente<sup>41</sup>.

As tarefas nascidas da autoridade parental competem, indiscriminadamente, ao homem e à mulher, enquanto direitos e deveres de ambos. "*Não se trata, pois, de um ofício de exercício unilateral, mesmo que as mudanças na direção que deixa se der unitária e passa a diárquica se imponham como decorrentes da supremacia do princípio da igualdade e remeta tais funções aos pais*<sup>42</sup>." A nova noção de poder familiar remete a um papel que não concerne apenas ao pai, incluindo obrigatoriamente a mãe.

O afeto, principal valor e princípio norteador da família atual, é responsável pela imposição de deveres aos pais, indistintamente<sup>43</sup>. "*A afetividade pode se traduzir como fonte de obrigação jurídica porque significa atenção, imposição de limites, convivência e todos os cuidados necessários para o desenvolvimento saudável de uma criança ou adolescente*<sup>44</sup>".

A finalidade da família atual é delineada pela incidência de todos esses princípios já citados - a igualdade, a solidariedade, a proteção integral da criança e do adolescente, a paternidade responsável – que se somam à dignidade da pessoa humana, dentre outros, revelando que a família não pode mais ser encarada como um fim em si mesmo. Sua função é possibilitar o desenvolvimento pleno e individual dos seus membros, enquanto primeiro *locus* de contato com a sociedade.

E, nesta medida, a família deve ser capaz de proporcionar aos seus integrantes todas as condições para sua realização completa. Isso significa que os

---

<sup>41</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Indenização por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=1705>>. Acesso em 02/10/2012.

<sup>42</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, p. 263.

<sup>43</sup> José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz propugnam a igualdade entre homens e mulheres no seio familiar, inclusive no que tange à distribuição de deveres concernentes à paternidade: "*A Constituição não reconhece a possibilidade de distribuição fixa de direitos e deveres entre o homem e a mulher no casamento. A repartição rígida de tarefas no interior da família com predeterminação legal de funções gera um modelo de sociedade conjugal de estrutura autoritária, onde à mulher se reserva uma posição de inferioridade, porque então os domínios <<femininos>> não têm o mesmo peso que os domínios <<masculinos>> na vida da família.(...) Concluindo, devemos salientar que a Constituição acentua a paridade de direitos e deveres do pai e da mãe no respeitante à pessoa e bens dos filhos, que devem ser exercidos no interesse destes.* (Curso de Direito de Família, p. 23-25).

<sup>44</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A afetividade como fonte de obrigação jurídica*. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2012-jun-26/rodrigo-da-cunha-pereira-afetividade-obrigacao-juridica](http://www.conjur.com.br/2012-jun-26/rodrigo-da-cunha-pereira-afetividade-obrigacao-juridica)>. Acesso em 30/09/2012.

deveres decorrentes da vida em família não devem impedir a realização do homem ou da mulher junto da sociedade – mais expressivamente, no trabalho.

Tampouco os menores devem ser privados dos cuidados e atenção a serem dispendidos pelos pais, diretamente responsáveis pelo seu bem-estar:

A família, enquanto instituição, perdeu seu valor intrínseco. A falsa paz doméstica não tinha mais que ser preservada. A família passou a valer somente enquanto fosse veiculadora da valorização do sujeito e a dignidade de todos os seus membros. Diante deste quadro, o menor ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho. Precisa dos pais – ou de alguém que exerça a função materna e paterna – para lhe conduzir ao exercício de sua autonomia.

(...)

Em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, o objetivo era promover sua realização enquanto tal. Por isso, deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim, têm posição privilegiada na família, de modo que o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento<sup>45</sup>.

Neste diapasão, importa a regulamentação da licença-paternidade como mecanismo para o implemento de uma verdadeira solidariedade e distribuição de tarefas entre os membros da família. A atual concepção do instituto não permite a efetiva concretização do princípio da paternidade responsável, tampouco atende plenamente o direito à proteção, cuidado e auxílio do recém-nascido ou recém-adotado.

O grupo familiar não deve ser tido como empecilho para o crescimento espiritual, social e profissional do seu integrante. É necessário, conforme pretende se demonstrar a seguir, rever a enraizada divisão de tarefas decorrentes do estabelecimento de um lar e da criação dos filhos para que homem e mulher, igualmente, possam desenvolver ao máximo suas personalidades e potencialidades<sup>46</sup> - o que reforça a necessidade de reestruturar o direito à licença-paternidade.

---

<sup>45</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p. 127.

<sup>46</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. GUERRA, Leandro dos Santos, *A Função Social da Família*, p. 169.

## 2 - A IGUALDADE CONJUGAL E O COMPARTILHAMENTO DE DIREITO E DEVERES

### 2.1 – A DESMISTIFICAÇÃO DO “INSTINTO MATERNA<sup>47</sup>” E A PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER

As diversas transformações ocorridas na economia e no âmbito social a partir, especialmente, do século XVIII, foram decisivas para a reformulação do papel desempenhado pela mulher, seja no seio familiar, seja como mão-de-obra, disponível em grande medida da partir a Revolução Industrial<sup>48</sup>. Contudo, desde então, o ordenamento jurídico não é capaz de apresentar condições satisfatórias de conciliação entre a vida profissional e familiar da mulher:

Por ocasião da Revolução Industrial do século XVIII, o trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão de obra masculina. Os menores salários pagos à mulher constituíam a causa maior que determinava essa preferência pelo elemento feminino. O Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com a sua omissão toda sorte de explorações. Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação, etc. O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Elisabeth Badinter apresenta a ideia de “instinto maternal”, enquanto uma construção inicialmente teórica que, a partir do século XVIII, desenhou uma nova imagem da mãe. A maternidade tornou-se uma tarefa gratificante, pois está impregnada de um ideal. Segundo a autora “*tomou-se consciência de que a mãe não tem apenas uma função ‘animal’, competindo-lhe também o dever de formar um bom cristão, um bom cidadão, um homem, enfim, que encontre o melhor lugar possível no seio da sociedade. O que é novo é o fato de ser ela considerada a mais indicada para assumir esses encargos. É a ‘natureza’, diz-se, que lhe atribui tais deveres*”. (*Um Amor Conquistado: o Mito do Amor Materno*, p. 237).

<sup>48</sup> Beatrice Marinho Paulo relata a inserção da mulher no espaço público, especialmente no mercado de trabalho: “*Assim, a Revolução Industrial e o capitalismo (...) deslocaram a base social da produção da família, que deixou de ter função produtora e manteve apenas a reprodutora, e fizeram com que a participação da mulher como força de trabalho se tornasse necessária, não conseguindo mais o homem, sozinho, garantir a subsistência da família. As mulheres foram impelidas, por conseguinte, a um movimento de ocupação maciça de espaços públicos, buscando não só o trabalho remunerado, mas também o estudo universitário, o poder político, etc.*” (*Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva*, p.18).

<sup>49</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 908.

A mulher abandonou o posto de coadjuvante e assumiu as rédeas de seu próprio destino e, não raro, de todo o grupo familiar. Essa mudança emana da superação do modelo patriarcal, o que possibilitou a inserção feminina no mercado de trabalho<sup>50</sup>.

Rodrigo da Cunha Pereira explica que o Direito sempre concedeu à mulher um “não-lugar”. A personificação da mulher, em verdade, era baseada na ausência, eis que sua vivência, marcada pelo regime da incapacidade jurídica, submetia-se à existência de um marido ou de um pai. A mulher, antes limitada às atividades de reprodução e produção privada, começa a ser considerada na economia global de um país. Essa barreira só é vencida porque a nova divisão sexual do trabalho atende aos interesses do próprio homem: enquanto força produtiva, a mulher é mão-de-obra mais barata<sup>51</sup>.

As mudanças econômicas e sociais levaram ao implemento do número de mulheres disponibilizando sua mão-de-obra no mercado, fenômeno que é mais sentido em medida proporcional ao desenvolvimento de cada país<sup>52</sup>.

Impende destacar que a simples inserção da mulher ao mercado de trabalho não significou a superação de sua subordinação, já que se manteve sua vinculação com os papéis de mãe e esposa. Os valores e necessidades principais de cada sociedade em dada época são responsáveis por definir os papéis exercidos pelo pai, pela mãe e pelo filho. Esclarece Elisabeth Badinter que *“quando a sociedade se interessa pela criança, por sua sobrevivência e educação, o foco é apontado para a mãe, que se torna a personagem essencial, em detrimento do pai”*<sup>53</sup>. É necessário, para que ocorra uma virada, que a construção da identidade feminina se desvincule das figuras do pai e do filho.

Dentre os efeitos sentidos em virtude da crescente presença feminina nos espaços de âmbito público, antes dominados pelos homens, está a preocupação

---

<sup>50</sup> Luiz Edson Fachin também registra suas impressões acerca dessa inserção feminina nos espaços públicos: *“Muda a regra jurídica da aliança e se altera a concepção que informa os valores da sexualidade. Liga-se a isso uma diferenciada noção de patrimônio e de autonomia, que percorre o trajeto da mulher, acompanhando-a do lar ao outro lado da casa. A mulher passa a produzir, e isso a faz gerar-se como sujeito. Prenúncios que se inscrevem no século XX e arrombam portas ainda fechadas às vésperas do terceiro milênio.”* (Da Paternidade: relação biológica e afetiva, p. 108).

<sup>51</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Desigualdade dos gêneros: o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas*, p. 164.

<sup>52</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*, p. 195.

<sup>53</sup> BADINTER, Elisabeth. *Um Amor Conquistado: o Mito do Amor Materno*, p.26.

que os organismos internacionais e o Estado brasileiro passaram a dispensar à mulher e o seu trabalho, especialmente no campo normativo.

As previsões especiais acerca do trabalho da mulher remetem às questões de gênero, que pode ser entendido como “o conhecimento sobre a diferença sexual, complexo e relativo; (...) categoria analítica construída pelas teóricas do feminismo em razão da inadequação das teorias existentes para explicar as desigualdades que atingem as mulheres<sup>54</sup>”. Tal noção – longe de ser aqui esgotada - representa a superação do determinismo biológico<sup>55</sup> e atua como “forma básica de representar relações de poder, apresentadas como naturais e inquestionáveis<sup>56</sup>”.

A partir desta noção, refuta-se qualquer ação discriminatória com base no sexo dos trabalhadores. O princípio da não-discriminação entre mulheres e homens foi consagrado em legislações internas e em regulamentações internacionais. É possível citar a Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher (1967) da Organização das Nações Unidas e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, adotada pela ONU em 1979 e recepcionada, com ressalvas, pelo ordenamento brasileiro em 1981.

Quanto à legislação interna, como já se referiu, o princípio da igualdade entre os sexos foi introduzido pela Constituição Federal de 1988 (art. 3º, IV e art. 5º, I). Especificamente no âmbito das relações de trabalho, a Constituição determina a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (art. 7º, XX). O legislador não poderá afastar-se da igualdade estabelecida no texto constitucional, sendo a ele vedada a criação de direitos desiguais para os seus titulares. O aplicador, do mesmo modo, deverá interpretar a lei com o escopo de conferir equidade entre os possíveis titulares dos direitos por ela afiançados<sup>57</sup>.

As primeiras intervenções legislativas específicas no campo do trabalho da mulher se deram no tema da maternidade. Tais medidas de tutela justificam-se diante da função fisiológica de procriação da mulher, que se manteve mesmo diante

---

<sup>54</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego*, p.73.

<sup>55</sup> Aldacy Rachid Coutinho explica a lógica de distribuição de funções em virtude do gênero: “Há uma distribuição de ocupação e posições na sociedade em função do gênero, por segregação. (...) É o gênero como forma representativa das relações de poder em que o domínio masculino – opressão – é apresentado como natural e inquestionável”. (*Construção das Relações de Gênero no Mercado de Trabalho (Uma incursão no Brasil Cotidiano)*, p. 12).

<sup>56</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Idem*, p. 72.

<sup>57</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Igualdade Conjugal – Direitos e Deveres*, p. 223.

da modificação do seu papel na sociedade. Tendo em vista seu poder de renovação das gerações, a maternidade é dotada de uma função social e, assim, “as medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência da gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações<sup>58</sup>.”

A proteção destinada à maternidade, além de cumprir função social, tem como escopo reduzir os riscos à saúde da mãe, ao correto desenvolvimento da gravidez e da criança<sup>59</sup>. E, nesta medida, as previsões legais de proteção à maternidade se respaldam no art. 196 da Constituição Federal de 1988, ao definir que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Cumprido ressaltar que o desejo de ser mãe não é algo natural, inerente a todas as mulheres. Tornou-se uma verdade quase incontestável o fato de que todas as mulheres carregam consigo um anseio maternal. Aquelas que se desviam desse padrão disseminado causam sempre estranheza, consoante exposição de Beatrice Marinho Paulo:

Mulheres, segundo se crê, não foram feitas para serem “frutos secos”. Afirma-se que a natureza feminina clama para o regular exercício da função biológica da procriação. Assim, qualquer mulher que, por vontade própria decide não cumprir seu “destino biológico”, é imediatamente censurada por seu egoísmo, narcisismo e falta de maturidade. As mulheres sentem-se, portanto, impelidas a se tornarem mãe, mesmo que não o desejem realmente. O “desejo da maternidade” surge, assim, apenas como resposta às coerções sociais. Essas mulheres se esforçam para imitar e seguir todos os passos da “boa mãe” mesmo não encontrando nisso nenhuma satisfação<sup>60</sup>.

A maternidade, à semelhança da paternidade, não é algo dado, pronto. A maternidade se constrói. Questiona-se essa cultura dominante que define a maternidade como o desejo mais instintivo e a maior preocupação da mulher. Reforça-se, com isso, a noção de que a mulher não é naturalmente – e, sim,

---

<sup>58</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*, p. 39.

<sup>59</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego*, p. 207.

<sup>60</sup> PAULO, Beatrice Marinho. *Ser mãe nas novas configurações familiares: a maternidade psicoafetiva*, p. 39.

culturalmente - destinada a se limitar, ocupando tão somente os espaços privados, imergida nas atribuições decorrentes do casamento e da filiação.

Indubitavelmente, a inserção da mulher no mercado de trabalho acarretou alterações na divisão sexual das tarefas. Contudo, persistem discriminações pela ordem de gênero no mercado de trabalho. Os próprios homens e mulheres interiorizam a ideia de “masculinidade” e “feminilidade”, como se fossem inerentes à sua natureza.

Subsistem, assim, noções advindas do sistema patriarcal que limitam a atuação da mulher ao espaço privado, conquanto ao homem é resguardado o espaço público. Esta usual atribuição dos serviços domésticos e cuidados dos filhos às mulheres consiste em um dos principais fatores que dão origem à desigualdade entre homens e mulheres. Nas palavras de Candy Florêncio Thomé:

O problema da conciliação entre a vida familiar e a vida profissional sempre foi determinante no estabelecimento da igualdade efetiva entre homens e mulheres, uma vez que as diferenças em razão de gênero são o reflexo da diferenciação dos papéis no seio da família. Na medida em que somente as mulheres costumam carregar a carga da reprodução, as empresas multiplicam as relações de opressão, atribuindo às mulheres o argumento de que são mais “caras e arriscadas” porque podem ficar grávidas<sup>61</sup>.

A entrada da mulher no mercado de trabalho obriga à redistribuição das tarefas domésticas, antes desempenhadas exclusivamente por ela. Não raro, contudo, a mulher passa a assumir uma dupla jornada, dando conta das atividades no campo profissional e atendendo às necessidades domésticas e dos filhos, por serem consideradas naturalmente vocacionadas para esse tipo de tarefa. Em geral, elas, e não os homens, suportam o ônus da jornada repleta de compromissos.

Em decorrência dessa rotina atribulada, é comum que as mulheres sejam preteridas e prejudicadas nas relações de emprego. As empresas, ao selecionar seus empregados, optam “*por eleger um homem ao invés de uma mulher para determinado posto, porque as mulheres (...) têm mais possibilidades de extinguir seu contrato de trabalho por causa da maternidade e para atender a outras responsabilidades familiares*”<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero – um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*, p. 833.

<sup>62</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *Idem, ibidem*.

A responsabilidade pela educação e criação dos filhos mantém-se entre as atribuições naturalmente maternas<sup>63</sup>. Essa noção reflete-se na previsão da licença-maternidade, período em que a empregada não presta serviços, mas recebe remuneração sob a forma de benefício previdenciário. Trata-se de licença dimensionada em razão das necessidades do recém-nascido, o qual, nos primeiros momentos de sua vida, precisa de constante atenção por parte de seus genitores, a fim de que possa desenvolver-se de forma saudável.

Não há, contudo, dispositivo de lei que preveja semelhante direito-dever ao homem. Embora a Constituição Federal de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho assegurem a licença-paternidade – cujo estudo será aprofundado adiante – o tempo cedido ao homem nos primeiros dias após o nascimento do filho é de apenas cinco dias. O curto período reflete a desigual repartição de atribuições: o homem não pode abdicar, ainda que temporariamente, do seu trabalho. Já a mulher acaba suportando, isoladamente, a incumbência de deixar o emprego para se dedicar aos primeiros cuidados aos filhos.

O dever de cuidado e atenção aos filhos é tratado como atribuição natural das mulheres. A função procriadora do matrimônio atrela-se à função biológica da maternidade, identificado como o dever precípua da mulher na sociedade. A maternidade, somada à menor força física da mulher, é um fator decisivo para a situação de inferioridade feminina. *“A imputação de fatores “naturais” determinantes à situação de inferioridade feminina está relacionada com sua menor força física e com a maternidade. A tradição formou-se na divisão do trabalho: (...) o homem provedor e a mulher dona de casa”*<sup>64</sup>.

Diante da igualdade de gênero, impõe-se o princípio da não-discriminação em matéria salarial. Isso significa que, para trabalhos idênticos desempenhados por homens e mulheres o salário deve ser de valor equivalente<sup>65</sup>. Havendo necessidade

---

<sup>63</sup> Aduz Beatrice Marinho Paulo que as mulheres, num primeiro momento, eram coagidas a renunciar a sua carreira e demais interesses em nome de um alegado melhor interesse dos filhos: *“O novo tipo de relação materno-filial exigia a presença efetiva da mulher-mãe no lar, fazendo com que abandonasse a “vida mundana” e sacrificasse não apenas a carreira, mas dez, quinze anos de sua vida para bem educar os filhos, garantindo-lhes a felicidade e o equilíbrio psicoafetivo, através de sua presença no lar.”* (Ser mãe nas novas configurações familiares: a maternidade psicoafetiva, p. 39).

<sup>64</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*, p. 26.

<sup>65</sup> Thereza Cristina Gosdal ressalta a importância da igualdade salarial entre homens e mulheres como meio de realização pessoal e elevação da auto-estima da mulher: *“O trabalho não tem apenas a dimensão remuneratória, constituindo para as trabalhadoras também uma forma de elevação da consciência de seu potencial humano, individual e coletivo. (...) Contudo, a igualdade de remuneração*

de que um dos cônjuges deixe o seu emprego, é comum que a mulher abandone o seu posto, já que, na maioria dos casos, o homem é responsável pela maior parte da renda do casal. Nesta dimensão, a diferença entre as remunerações<sup>66</sup> pagas a homens e mulheres é outro dado decisivo para a manutenção da estrutura familiar que privilegia o trabalho do homem em detrimento da função da feminina.

Esta atribuição desigual de tarefas se funda na arraigada impressão de que as mulheres teriam certo “instinto maternal”, com base em dados biológicos e culturalmente difundidos na sociedade ao longo dos tempos, como expõe Thereza Cristina Gosdal:

As práticas discriminatórias estão associadas à naturalização e universalização de padrões de comportamento, desconsiderando-se as diferenças presentes na sociedade. As relações de gênero interferem na inserção da mulher no mundo do trabalho, que responde às transformações que se operam na cultura, economia, sociedade; mas também o trabalho da mulher produz transformações nas relações de gênero, num relacionamento de mútua interação e implicação.

(...)

O processo de naturalização da família inclui a divisão por sexo do trabalho e dos papéis, no seu interior. Influencia não apenas o senso comum, mas também a própria análise científica. Os papéis e as atividades femininas são encarados como derivações biológicas, que não podem, ou não devem ser modificados. A desigualdade entre os sexos é vista como uma condição natural necessária, não como um produto da cultura e da sociedade que, de consequência, pode ser mudado<sup>67</sup>.

É comum que às mulheres caiba a maioria das obrigações e direitos decorrentes da criação dos filhos e da manutenção da família em virtude de um arraigado pensamento de que elas seriam predispostas naturalmente a exercerem estas tarefas, biologicamente dotadas deste “instinto maternal”. Aos homens, por sua vez, sempre foi atribuída aptidão para o espaço público<sup>68</sup>.

---

*está associada à identidade da mulher como trabalhadora, ao rompimento com os estereótipos de uma sociedade masculinizada”. (Discriminação da Mulher no Emprego, p. 191).*

<sup>66</sup> O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE avaliou o panorama geral da mulher no mercado de trabalho. Concluiu-se que: “o rendimento médio do trabalho das mulheres em 2011 foi R\$ 1.343,81, 72,3% do que recebem os homens (R\$ 1.857,63). (...) Pelo terceiro ano consecutivo o rendimento feminino mantém a mesma proporção (72,3%) em relação ao rendimento dos homens; em 2003 as mulheres recebiam 70,8% do que recebia, em média, um homem.” A pesquisa concluiu que, independentemente do nível de escolaridade, as mulheres, em média, recebem menos que os homens.

Disponível

em:

<[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/Mulher\\_Mercado\\_Trabalho\\_Perg\\_Resp\\_2012.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf)>. Acesso em 21/11/2012.

<sup>67</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da Mulher no Emprego*, p. 70.

<sup>68</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero – um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*, p. 834.

Todavia, é imperioso refutar a prevalência deste instinto maternal sobre o dever masculino para com os filhos, pois, longe de ser um instituto, trata-se de um dado cultural e não biológico. Assim, a paternidade não deve ser menos promovida ou protegida que a maternidade, eis que *“biologicamente, depois da gravidez e amamentação, tanto o pai como a mãe têm as mesmas condições para educar e criar os filhos”*<sup>69</sup>.

Não há, portanto, um dever exclusivo das mulheres referentes à educação, cuidado e dedicação aos filhos<sup>70</sup>. É necessário ter em mente que a licença-maternidade destina-se, principalmente, a atender aos interesses dos filhos, para que lhe sejam fornecidos a devida atenção e cuidados, além de ser um importante momento na constituição da unidade de afeto e convivência, como se demonstrará adiante. A legislação, objetivando proteger o vínculo familiar, deve contemplar todo trabalhador com responsabilidades familiares, independentemente do seu sexo.

As licenças concedidas aos pais quando do nascimento ou adoção dos seus filhos não deveriam ter uma definição estanque quanto ao seu titular e duração. A estrutura atual dos institutos somente reforça a divisão sexual do trabalho e das atividades familiares.

Necessário, diante do que se expôs, repensar a distribuição de funções atribuídas, prioritária ou exclusivamente às mulheres, o que exige a reelaboração do papel desempenhado pelos homens nos grupos familiares – e, particularmente do direito à licença-paternidade - conforme pretende-se demonstrar a seguir.

## 2.2 - O DIREITO-DEVER DO HOMEM AO PLENO EXERCÍCIO DA PATERNIDADE

---

<sup>69</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero – um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*, p. 834.

<sup>70</sup> Beatrice Marinho Paulo também refuta a tese de que as mulheres seriam incumbidas de um dever natural, biológico e exclusivo, de cuidado dos filhos: *“Entretanto, a biologia não nos traz muitos artifícios para explicar essa tradicional divisão de tarefas; nem o instinto maternal é algo tão comprovadamente certo e universal para justificá-la. Anatomia, ao contrário do que disse Freud, está longe de ser destino, e essa relação padrão família nuclear burguesa, em que o pai é facilmente excluído da criação dos filhos, longe de ser natural e biologicamente determinada, foi construída historicamente, determinada pelas relações socioculturais e político-econômicas, constituindo, assim, uma atribuição e uma prática social, como veremos a seguir.”* (*Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva*, p. 6).

A superação do modelo patriarcal das famílias transpessoais conduziu à reflexão acerca das funções exercidas pelas mulheres dentro do grupo familiar e, igualmente, fora dele. Em contrapartida, é necessário ampliar a dimensão da atuação masculina no âmbito privado, inclusive no desempenho das tarefas concernentes aos filhos.

Inobstante a existência de normas constitucionais e legais que impõem a igualdade de direitos entre os gêneros, como já se abordou, o fato e o Direito permanecem distantes, já que “*A mulher continua sendo objeto da igualdade, enquanto o homem é o sujeito e o paradigma deste pretensão sistema de igualdade*” e “*qualquer tentativa de normatização sobre esta igualdade terá como paradigma um discurso que é masculino*”<sup>71</sup>.

O pensamento jurídico, por si só, não é capaz de apreender a complexidade das relações entre homens e mulheres. Há certa resistência, quase natural, ao envolvimento masculino com os afazeres domésticos ou ao cuidado com os filhos. O homem ocupava um lugar estruturante na organização familiar patriarcal, fundamentado num ideal de virilidade, de oposição ao feminino<sup>72</sup>. A identificação do homem usualmente se confirma por evitar algo do que por ser alguma coisa, propriamente. “*Ser homem significa: não ser feminino, não ser homossexual, não ser dócil, dependente ou submisso; não ser efeminado, não ter relações íntimas com outros homens*”<sup>73</sup>. A construção da identidade masculina baseou-se num processo de diferenciação.

Na família monogâmica tradicional, as figuras paternas não tinham tanta relevância, tampouco eram a única fonte de modelo e inspiração para os filhos. Inobstante esse distanciamento, a imagem do pai “*tinha enorme relevância, porque ele era o todo-poderoso, tendo poderes não só de vida – a escolha da profissão, do*

<sup>71</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Desigualdade dos gêneros: o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas*, p. 162.

<sup>72</sup> No mesmo sentido, Beatrice Marinho Paulo afirma que o homem, desde criança, é instado a repelir as referências femininas, como forma de afirmar a sua identidade: “*Na tentativa de negar a identificação primária e a ligação profunda e dependente que havia tido com a mãe, garantindo, desta forma, sua identidade de gênero e sua masculinidade, o menino tem que rejeitar, denegrir, reprimir tudo o que é feminino, esteja dentro ou fora de si mesmo.*” (...) *A mesma sociedade que incumbe as mulheres do cuidado com as crianças, simultaneamente, exime e afasta os homens desse papel. Assim sendo o desejo de maternidade a origem primária do desejo de paternidade, e sendo aquele um desejo, em nossa sociedade, proibido para o homem e imediatamente associado à homossexualidade, o menino, em se tornando adulto, se vê inibido de assumir de modo mais afetivo a paternidade.* (*Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva*, p. 16).

<sup>73</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Desigualdade dos gêneros: o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas*, p. 168.

*casamento e a tomada de todas as decisões mais importantes sobre a vida do filho - mas também de morte sobre os filhos*<sup>74</sup>”.

Ao longo do tempo, a consagrada noção de pátrio poder, derivada do *patria potestas* perde espaço. A autoridade parental passa a ser concebida como um “poder-dever”, eis que condicionada e limitada pelo interesse da criança. Os princípios constitucionais vedam a formação de relações hierarquizadas entre pais e filhos “*porque isto seria incompatível com o princípio da igualdade das pessoas no interior da família (que se estrutura em base igualitária e está dominada por ideias de solidariedade e de predominância dos laços afetivos)*”<sup>75</sup>. As relações entre pais e filhos devem atender ao primado absoluto do interesse do menor.

A proteção aos interesses da criança encontra lugar na família eudemonista, marcada pela afetividade e pelo respeito ao desenvolvimento individual de cada um de seus membros. Contudo, o desenvolvimento da afetividade na família nuclear não bastou para desfazer a estanque divisão das funções, já que “*os papéis dentro dela (...) eram claramente divididos: se à mulher coube o cuidado com a casa e os filhos, ao homem restou a função de prover materialmente a família e de dirigi-la, como seu chefe*”<sup>76</sup>.

O homem representava a autoridade dentro da família. Sem maior resistência, ao pai foi sendo relegado um papel secundário no trato dos filhos. Figura distante e bastante idealizada, o homem tinha uma função paterna bastante restrita, alheia aos fatos corriqueiros relativos à educação dos menores. “*Sua obrigação consistia unicamente em ir diariamente para o espaço público, distante dos filhos, para lá conseguir os recursos necessários à sua manutenção e de toda a família, tendo pouco envolvimento direto com eles.*”<sup>77</sup>”

A divisão sexual do trabalho impôs a distribuição de tarefas a homens e mulheres de acordo com uma imaginada aptidão natural de cada sexo. A concentração de tarefas referentes aos filhos às mulheres reproduzia os interesses socioeconômicos da época. Não se tratava, assim, de uma consequência de ordem natural e biológica, mas algo imposto, reflexo de tendências culturais.

---

<sup>74</sup> PAULO, Beatrice Marinho. *Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva*, p. 7.

<sup>75</sup> LAMARTINE CORREA, José. MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*, p. 39.

<sup>76</sup> PAULO, Beatrice Marinho. *Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva*, p. 8.

<sup>77</sup> PAULO, Beatrice Marinho. *Idem, ibidem*.

Da mesma forma que o “instinto maternal” é uma criação cultural e sociológica, naturalizada pelas gerações ao longo do tempo, a paternidade deve ser construída cotidianamente. O homem não nasce pai, do mesmo modo que a mulher não nasce mãe. As identidades parentais são realidades construídas. Na atual configuração, vigora um sistema cultural e simbólico que implica a subordinação da mulher ao homem e cria relações específicas de poder e limitação ao exercício de direitos. Nessa esteira, a maternidade deve ser compreendida enquanto um valor social, a fim de que o trabalho familiar seja distribuído de forma equânime entre os sexos<sup>78</sup>.

Vislumbra-se, mais recentemente, uma crescente preocupação masculina com relação aos temas ligados à educação, criação e desenvolvimento dos filhos, chamada por Beatrice Marinho Paulo de “Revolução Masculina”:

Com a Revolução Masculina, os homens abandonaram e desconstruíram o antigo ideal de virilidade, e evoluíram rumo a um novo homem, um homem mais “feminilizado”, que tem a sensibilidade mais desenvolvida, assume e expõe suas emoções, é mais próximo de seus filhos, capaz de cuidar deles, de levantar de madrugada para fazer mamadeira, e de construir com eles uma forte relação de afeto e intimidade.

Repensaram e recriaram, estes homens, toda a paternidade, diante do novo espaço que se lhes abria...Buscaram um novo sentido para o “ser pai”, novas maneiras de exercer essa função, desvinculando o ato de prestar cuidados e atender às necessidades das crianças (maternar) da figura da mãe, da mulher<sup>79</sup>.

Mais adiante, prossegue a autora:

Quando a criança nasce, o novo pai já se sente também responsável pelo filho, e pronto para lhe dar amor, cuidados e sacrifícios: alterna com a mãe, nos “plantões noturnos” e participa de todas as tarefas diárias, antes exclusivas dela (com exceção, obviamente, da amamentação). Ele sabe interpretar os sinais expressos pelo comportamento do bebê e fornece as respostas nos termos e momentos adequados. Pode, assim, desempenhar com bastante habilidade a maternagem, e o faz com competência, disposição e motivação, mostrando-se bastante apto e capaz<sup>80</sup>.

Os homens agora se sentem autorizados a assumir um vínculo muito mais forte e estreito com os seus filhos, inclusive praticando demonstrações de afeto – sem que isso resulte em ameaça às características do seu gênero ou de sua

<sup>78</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego*, p. 54-55.

<sup>79</sup> PAULO, Beatrice Marinho. *Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva*, p. 18-19.

<sup>80</sup> PAULO, Beatrice Marinho. *Idem*, p. 20.

identidade masculina. O ato de ter um filho deixa de ser apenas parte do processo de reprodução de sua linhagem e passa a constituir uma importante parcela da rotina diária do homem, mais atento e participativo na criação e educação dos filhos.

Essa nova concepção de paternidade acabou por refletir na aprovação da Lei da Guarda Compartilhada. Os pais, pretendendo garantir maior convivência e melhor relacionamento com os filhos, encabeçaram uma mobilização que resultou na promulgação da Lei 11.698, responsável por estabelecer como modelo preferencial a guarda compartilhada<sup>81</sup>.

A referida lei visa superar a resistência judicial no que tange à concessão da guarda dos menores aos pais. A guarda é concedida, na maioria absoluta dos casos, de forma unilateral à mulher, que, em muitos casos, resiste ao compartilhamento de tarefas<sup>82</sup>. Embora tenha sido um avanço, e impulsionado pela atuação dos próprios pais, há resistência do Judiciário, que reproduz um incompreensível senso comum.

É necessário, portanto, redimensionar a identidade masculina, intrinsecamente relacionada à existência de um poder sobre as mulheres. Enquanto a feminilidade e a sexualidade feminina passam a ser vislumbradas independentemente do âmbito doméstico, o homem é instado a repensar o papel desempenhado na relação com a sua companheira – que se afasta da lógica da dominação e começa a ser regida pelas regras de solidariedade e cooperação – e no exercício da paternidade. Sua relação com os filhos supera a função de mantenedor e lhe impõe os deveres – e direitos - de cuidado, educação, proteção e afeto.

A atenção dispensada aos filhos é tida como uma atividade naturalmente incumbida às mulheres, o que, contudo, deve ser repensado. O homem se vê

---

<sup>81</sup> A Lei 11.698 de 2008 alterou a redação de dispositivos do Código Civil referente à guarda dos filhos menores. O art. 1.584, § 2º passou a vigorar com a seguinte redação: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.”

<sup>82</sup> Beatrice Marinho Paulo explica essa oposição feminina ao envolvimento masculino mais engajado na criação dos filhos: “Quando a questão é educar os filhos, parece que as mulheres têm uma forte resistência em compartilhar, como se a criação dos filhos tivesse que ser monopólio exclusivo seu. Se, explicitamente, buscam envolvimento masculino da criação dos filhos, secretamente sentem qualquer tentativa de participação como uma invasão do seu território, uma intromissão no seu domínio de poder. (...) Tal ambivalência é facilmente explicável: há sucessivas gerações, o papel de mãe e a maternagem baseiam toda a construção da identidade feminina, estando essa ideia já profundamente arraigada nas mentes de homens e mulheres de nossa sociedade. Não é fácil para as mulheres abrir mão de parte dessas funções, sem se sentirem profundamente afetadas por isso.” (Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva, p. 22)

instigado a refletir, não só suas relações amorosas, mas também sua relação com a paternidade. “*Entra aí uma outra grande influência que é o discurso psicanalítico, trazendo as noções de que paternidade e maternidade não são propriamente um dado instintual e da natureza, mas uma função exercida*”<sup>83</sup>.

A superação dessa divisão estanque de tarefas que incumbe preferencialmente à mulher os cuidados relacionados ao desenvolvimento dos filhos leva à reflexão acerca do instituto da licença-paternidade. A paternidade e a filiação são construídas a partir de relações interpessoais com importante valoração do afeto, que podem e devem ser firmadas desde os primeiros momentos de vida do filho. Ademais, a divisão das tarefas – com os privilégios e os ônus que delas advirem – impõe-se como consectário da paternidade responsável e da igualdade de gênero, como advogam Lucas Abreu Barroso e Marcos Catalan:

Para Sousa (2011) “é como se a presença do pai fosse menos importante do que a da mãe, gerando diretamente uma desigualdade de direitos e, indiretamente, uma discriminação ao trabalho da mulher, que certamente será preterida por um homem na obtenção de um emprego, tendo em vista que o dispêndio é muito maior com uma empregada mulher do que com um homem, v.g., contratação e treinamento de empregado temporário para suprir a falta de gestante durante o período de licença”. Urge fazer valer a igualdade de direitos preconizada no inciso I do art. 5º do Texto Constitucional. Os sentimentos e as emoções humanas não são mensuráveis pela propensão natural da espécie a que pertencem, senão pelos laços construídos com fundamento no amor e na confiança<sup>84</sup>.

Nesse contexto, a licença-paternidade deve ser repensada para se correlacionar à licença-maternidade, oportunizando-se à entidade familiar optar pelo mais adequado desfrute dos 120 (cento e vinte) dias – preferencialmente de forma compartilhada pelos dois progenitores – originariamente previsto às mães. A reestruturação do direito deve ocorrer de modo a abarcar outras entidades familiares que não se componham por um casal heterossexual, seja as uniparentais, seja as homoafetivas, dentro outras possibilidades, que hoje se veem restringidas a fornecer ao recém-nascido ou recém-adotado apenas 5 (cinco) dias de cuidado e atenção.

<sup>83</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família*, p. 150.

<sup>84</sup> BARROSO, Lucas Abreu. CATALAN, Marcos. *A licença-paternidade e a demanda por equidade na formação socioafetiva do vínculo familiar por adoção*, p. 92. APUD: SOUZA, Fabíola Böhlmer de. *O Direito à Licença-paternidade nos casos de adoção por família homoafetivas*. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/O%20Direito%20C3%A0%20Licen%C3%A7a-Paternidade%20nos%20Casos%20de%20Ado%C3%A7%C3%A3o%20por%20Fam%C3%ADlia%20Homoafetiva%20-%20Fab%C3%ADola%20B%C3%B6hmer%20de%20Souza.pdf>>.

Sugere-se, no capítulo seguinte, a reformulação do direito à licença-paternidade, enquanto medida necessária para vencer os estigmas impostos pela qualificação da mulher enquanto “mãe e esposa” e do homem visto como chefe, superior e apartado das relações afetivas com os filhos. É imperioso que se atenda primordialmente o direito do novo membro da entidade familiar, fazendo prevalecer a lógica da cooperação e solidariedade entre companheiros verdadeiramente iguais na edificação das verdades parentais.

### 3 – A LICENÇA-PATERNIDADE ENQUANTO DIREITO DA ENTIDADE FAMILIAR

#### 3.1 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LICENÇA-PATERNIDADE

O direito à licença-paternidade foi previsto no ordenamento jurídico pátrio muito anteriormente à Constituição de 1988, enquanto uma das causas de interrupção do contrato de trabalho, elencadas no art. 473 da Consolidação das Leis Trabalhistas<sup>85</sup>. Fala-se em interrupção quando há paralisação da prestação de serviços sem o respectivo desconto na remuneração ou do tempo de afastamento.

O pai era autorizado pela lei a não comparecer ao trabalho por um dia, no decorrer da primeira semana do nascimento do seu filho. Ao investigar as causas que inspiraram a concessão de tal direito, afirma Guilherme José P. de Figueiredo que é equivocada “*supor que o legislador, (...) ao introduzir em nosso ordenamento positivo tal permissivo legal, tivesse em mente qualquer preocupação relacionada ao compartilhamento, pelo homem, dos momentos iniciais do parto da mulher e da vida da criança*”<sup>86</sup>.

A ausência do pai ao serviço foi pensada originalmente para permitir que o fosse efetuado o registro civil do filho. O referido dispositivo não objetivou conceder ao pai a possibilidade de passar um tempo, ainda que exíguo, com o seu filho. A finalidade, muito mais burocrática, era possibilitar o cumprimento do dever imposto pelo art. 9º, I do Código Civil<sup>87</sup> e pelo art. 50 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73)<sup>88</sup>: a obrigação de inscrição dos nascimentos em registro público<sup>89</sup>.

No campo internacional, a licença parental foi objeto de estudos pela Organização Internacional do Trabalho na Convenção nº 156 (Igualdade de

---

<sup>85</sup> BRASIL, Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 473: “O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário: (...) III - por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana.”

<sup>86</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável*, p. 1230.

<sup>87</sup> BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil: “Art. 9º: Serão registrados em registro público: I - os nascimentos, casamentos e óbitos.”

<sup>88</sup> BRASIL, Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973: “Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.”

<sup>89</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*, p. 503.

Oportunidades e de Tratamento entre Trabalhadores e Trabalhadoras), regulamentada pela Recomendação 165 (Igualdade de Oportunidades e Tratamento para Trabalhadores de Ambos os Sexos: Trabalhadores com Encargos de Família)<sup>90</sup>, que prevê a concessão de uma licença a um dos pais, imediatamente, após a licença-maternidade, bem como a possibilidade de que um dos membros da família se licencie em caso de doença de outro integrante da família que necessite de seus cuidados.

Desde 1988, a licença-paternidade é um direito de sede constitucional, tendo sido objeto de grande atenção durante as discussões da Assembleia Constituinte. A previsão do instituto não foi bem recepcionada por todos os parlamentares, “*insensíveis à grandeza da ideia que a norteou: a de que a presença do pai ao lado da companheira nos primeiros dias da nova vida trazida à luz era essencial à unidade familiar*”<sup>91</sup>.

A resistência ao direito paterno de se licenciar encontrou lugar, também, na doutrina. Amauri Mascaro Nascimento afirmou que “*no Brasil, essa licença é inovação concedida pelo legislador, não precedida de reivindicações sindicais, daí a sua artificialidade*”<sup>92</sup>.

Em meio às divergências, risos e ironias<sup>93</sup>, aprovou-se a inclusão da licença-paternidade dentre os direitos dos trabalhadores, trazidos pelo art. 7º da Constituição Federal: “*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei*”. Enquanto não sobreviesse a referida lei regulamentadora, assim dispôs o art. 10, parágrafo primeiro do Ato das Disposições

---

<sup>90</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero – um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*, p.837.

<sup>91</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável*, p. 1231.

<sup>92</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*, p. 188.

<sup>93</sup> Reportagem da Revista Época sobre a fase da Constituinte revela que a propositura do direito à licença-paternidade não foi bem recebida de imediato pelos Congressistas: “*O que mudou foi o Brasil que surgiu a partir daqueles 18 meses de debates que envolveram 489 deputados e 72 senadores e mobilizaram a sociedade. O caso da licença-paternidade é exemplar. Autor da emenda, o deputado Alcení Guerra (DEM, ex-Pfl do Paraná) subiu à tribuna sob os risos do plenário. “Como diz Chico Anysio, o dia dos pais é nove meses antes”, ironizara, segundos antes, o presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães.*” (O Monstro criou um Brasil Melhor. Disponível em: <[http://www.istoe.com.br/reportagens/4169\\_O+MONSTRO+CRIOU+UM+BRASIL+MELHOR](http://www.istoe.com.br/reportagens/4169_O+MONSTRO+CRIOU+UM+BRASIL+MELHOR)> Acesso em 13/10/2012).

Constitucionais Transitórias<sup>94</sup>: “*Até que lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença a que se refere o inciso é de cinco dias.*” Diante da ausência da lei regulamentando a matéria, prevalece, até os dias atuais, a duração de cinco dias para a referida licença.

Conforme se extrai da leitura da Instrução Normativa n. 01 da Secretaria de Relações do Trabalho, de 12 de outubro de 1988, os cinco dias trazidos pela Constituição não se somam ao dia de licença concedido pela CLT: “*A licença-paternidade deve-se entender como ampliação da falta legal por motivo de nascimento de filho, de 1 (um) para 5 (cinco) dias (inciso, III, art. 473 da CLT, até o advento de legislação posterior.*”

Trata-se de um direito social assegurado tanto aos trabalhadores urbanos quanto aos trabalhadores rurais. Está previsto, ainda, nas legislações especiais que cuidam da categoria dos domésticos, militares e servidores públicos civis. É norma de ordem pública e direito absolutamente irrenunciável pelo trabalhador, pois concedido em favor da entidade familiar em sua integralidade.

Os referidos dispositivos constitucionais representaram um passo muito significativo na aproximação entre os deveres e direitos correlatos à maternidade e à paternidade. A intenção do Constituinte, desta vez, não seria tão somente conceder um tempo ao pai para registrar o seu filho, mas “*conservar o pai o mais próximo possível da sua mulher em momento importante da vida em que dá à luz o filho do casal. O objetivo é essencialmente social*”<sup>95</sup>.

Em muito se questiona a natureza da licença-paternidade. Guilherme José Purvin de Azevedo<sup>96</sup> entende que este seria um direito trabalhista ou social, e não

---

<sup>94</sup> Sílvia Regina da Rocha narra os esforços durante a Constituinte, que redundaram na previsão contida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “*Durante as discussões na Assembléia Constituinte, houve divergências relativas ao prazo da licença-paternidade, quando se pretendeu, inicialmente, aumentar seu prazo de 1 (um) para 8 (oito) dias. Parcela considerável de Constituintes entendeu que o prazo de 8 (oito) dias era excessivo. Esse novo prazo foi retirado do dispositivo, que condicionou a licença à regulamentação da lei. No entanto, talvez para induzir o legislador, a Comissão de Redação inseriu no parágrafo primeiro do artigo 10 das Disposições Transitórias o prazo de 5 (cinco) dias enquanto não aprovada a regulamentação a matéria.*” (O Trabalho da Mulher à Luz da Constituição de 1988, p. 75).

<sup>95</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável*, p. 1231. Apud: OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Direito do trabalho em sintonia com a Nova Constituição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 289.

<sup>96</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Idem*, p. 1232.

benefício previdenciário. Já Candy Florêncio Thomé<sup>97</sup> acredita que a licença-paternidade deve ser concedida como um benefício previdenciário, pago pela Previdência Social, para que a discriminação não seja ainda maior, já que a licença respectiva concedida à mulher é custeada na forma de benefício previdenciário (salário-maternidade<sup>98</sup>).

Até mesmo antes da previsão constitucional e logo após a edição dos dispositivos referentes à licença-paternidade, se impunha a discussão acerca da natureza do instituto. Octavio Bueno Magano defendia o caráter previdenciário do auxílio-paternidade, pois a Lei 8.112/90<sup>99</sup> (referente ao regime aplicado aos servidores públicos), ao tratar de temas relacionados à Seguridade Social, asseguraria o direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias. Para o autor, *“reconheceu, com isso, o legislador, o caráter previdenciário do auxílio-paternidade”*<sup>100</sup>. Valentin Carrion<sup>101</sup>, por sua vez, defende que a licença concedida pela Constituição ao pai não deve ser interpretada como direito previdenciário, como é o salário-maternidade, tendo em vista a distinta evolução jurídica de cada um dos direitos.

Prevaleceu na doutrina o entendimento que aqui segue esposado por Thereza Cristina Gosdal<sup>102</sup>:

O benefício ainda não tem natureza previdenciária, por não haver previsão legal a esse respeito. Tem natureza salarial, pois quem paga é o empregador, constituindo-se hipótese de ausência legal ao trabalho. A duração reduzida da licença-paternidade e o fato de estar ao encargo do empregador revelam por parte do legislador constitucional uma postura impregnada da idéia de que o trato dos filhos constitui tarefa da mulher. Mas

<sup>97</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero – um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*, p.837.

<sup>98</sup> Consoante ensinamento de Sílvia Regina da Rocha, o salário-maternidade teria natureza previdenciária: *“Sendo pagamento efetuado diretamente pelo empregador, embora indiretamente o seja pela Previdência, sua natureza é previdenciária, expressando-se como benefício da Previdência Social (CLPS, arts. 44 e 139, §1º), definição que mais se aproxima da sua realidade. Não há como considerar o salário-maternidade, apesar da denominação, como salário, uma vez que tem cunho assistencial e não se identifica com os pagamentos de natureza salarial, contraprestativos ou não, vinculados ao contrário individual de trabalho.”* (O Trabalho da Mulher à Luz da Constituição, p. 78).

<sup>99</sup> BRASIL, Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 208: *“Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.”*

<sup>100</sup> MAGANO, Octavio Bueno, *O Direito do Trabalho na Constituição*, p. 236.

<sup>101</sup> CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 342.

<sup>102</sup> No mesmo sentido é a compreensão de Amauri Mascaro Nascimento acerca do direito à licença-paternidade: *“A finalidade é permitir o acompanhamento da mulher e do filho recém-nascido pelo pai. É encargo do empregador, ao contrário da licença-maternidade, que, embora sendo salário pago pelo empregador diretamente à empregada, é deduzível dos recolhimentos previdenciários a que a empresa estiver obrigada. O sistema é, assim, sob forma de reembolso, numa tentativa de evitar discriminação contra a mulher”* (Curso de Direito do Trabalho, p. 916).

representa um avanço em relação à disciplina original da CLT, já que permite ao pai maior assistência à mulher e ao filho ao menos nos primeiros dias<sup>103</sup>.

Não havendo concessão da licença, o empregado tem direito a indenização, através do pagamento pelo empregador do valor equivalente ao período trabalhado durante a licença. Todavia, tal reparação não atende a finalidade da previsão constitucional, que é propiciar o contato do pai com o grupo familiar<sup>104</sup>.

A tímida evolução do direito à licença-paternidade reflete a crescente preocupação com o contato entre pai e filho, possibilitando-lhes maior convívio. É sinal de que o papel do homem no seio da família está sendo revisto, ainda que comedidamente, a fim de oportunizar aos cônjuges maior cooperação e harmonia entre as responsabilidades familiares e profissionais.

Enquanto direito do grupo familiar – em benefício, especialmente, do recém-nascido ou recém-adotado – o direito à licença-paternidade não se limita aos grupos tradicionais, mas é estendido a todos os pais, casados ou não casados, abarcando, inclusive, os pais solteiros. Por certo que a Constituição de 1988, ao proteger a união estável entre homem e mulher como entidade familiar<sup>105</sup>, proíbe a discriminação do pai solteiro. “O direito à licença-paternidade nenhuma perturbação sofre em razão do estado civil. Ele será devido independentemente da situação pessoal específica do pai.”<sup>106</sup> A licença poderá ser usufruída pelo pai em união estável; pelo pai solteiro separado da mãe do seu filho; e, é possível, inclusive, que o viúvo em razão do falecimento da esposa quando do parto venha a utilizar esse direito<sup>107</sup>.

Guilherme José Purvin de Figueiredo afirma que um dos objetivos da licença-paternidade seria criar uma proximidade qualificada entre homem e mulher e entre pai e filho. Os primeiros dias após o nascimento do filho seriam o início de um processo de conscientização de paternidade. Ademais, o instituto possibilitaria a

<sup>103</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego*, p. 219.

<sup>104</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável*, p. 1233.

<sup>105</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

<sup>106</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin, *Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável*, p. 1233.

<sup>107</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin, *Idem, ibidem*.

“revisão do papel tradicionalmente reservado ao homem, impondo-se a repartição entre os cônjuges das responsabilidades familiares<sup>108</sup>”. Igualmente, Alice M. de Barros assevera ser esse um efeito da “transição entre o conceito de “pátrio poder” e o de “autoridade parental”: objetiva tornar o pai cada vez mais participante das responsabilidades familiares e (...) impedir que recaiam exclusivamente sobre a mãe os cuidados e a educação dos filhos<sup>109</sup>”.

Em que pese essa tendência, é gritante a diferença existente entre a licença concedida à mãe e aquela concedida ao pai. Acompanhada de outras medidas protetivas da maternidade, a licença concedida à mulher tem o objetivo de compatibilizar a maternidade e o trabalho, conforme ensina Thereza Cristina Gosdal:

A licença-maternidade corresponde ao período em que a mulher fica dispensada da prestar trabalho, embora receba o benefício previdenciário correspondente ao salário-maternidade. O início do afastamento ocorre mediante atestado médico, que deve ser apresentado ao empregador (art. 392, § 1º, com a redação dada pela Lei n. 10.421 de 15 de abril de 2002)<sup>110</sup>.

Adiante, complementa a autora:

O salário-maternidade consiste no benefício custeado pela Previdência Social à empregada que se afasta do trabalho em razão do parto ou adoção, nos casos previstos e anteriormente mencionados. (...) É pago no valor integral igual à remuneração da obreira, ou calculado de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, no caso de remuneração variável (art. 393 da CLT)<sup>111</sup>.

Assim como a licença concedida ao pai, a licença-maternidade tem sede constitucional, prevista no art. 7º, XVIII: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.” A CLT, igualmente, prevê o referido direito: “Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.”, estendendo-o às mães adotivas ou em processo de adoção: “Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º.”

<sup>108</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável*, p. 1231.

<sup>109</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*, p. 91.

<sup>110</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego*, p. 209.

<sup>111</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Idem*, p. 215-216.

O tempo dedicado à licença-maternidade poderá ser estendido até 180 dias, consoante previsão da Lei 11.770/08, em seu art. 1º: “*É instituído o Programa Empresa Cidadão, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no art. XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.*” A lei regulamenta tal possibilidade, determinando que a empregada da empresa que aderir ao Programa poderá requerer a prorrogação até o final do primeiro mês após o parto. A prorrogação, então, será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade já prevista na Constituição. Esse direito é garantido, na mesma proporção, à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

Constata-se, assim, a absoluta assimetria entre o tratamento dado às figuras paterna e materna: enquanto as mães biológicas e adotivas têm o direito de gozar entre 120 (cento e vinte) e 180 (cento e oitenta) dias de licença, aos pais, em situações semelhantes, é concedido apenas 5 (cinco) dias a título de licença-paternidade. A regra não conseguiu antever a pluralidade e evolução das relações familiares, que acabou por redefinir a atuação masculina e a superação da absoluta dicotomia entre os gêneros humanos.

A extensão do direito à licença-maternidade a outras hipóteses fáticas, como aos casos de adoção, não atingiu, do mesmo modo, o direito à licença-paternidade. O referido direito contempla tão somente os pais biológicos, excluindo de sua abrangência os pais adotivos (sejam eles solteiros, viúvos, divorciados, ou parceiros de união homoafetivas), o que é criticado por Lucas Abreu Barroso e Marcos Catalan:

Sem embargo da força normativa que emana do princípio constitucional da função social da família (art. 226), cumpre ainda lutar para afastar toda e qualquer discriminação que possa sofrer a relação paterno-filiar dentro do projeto familiar. Na abordagem aqui trazida à colação, vê-se que mal iniciado o liame da parentalidade e os filhos já ficarão privados de momentos imprescindíveis para a concretude da união de sentimentos com os pais por adoção.

É paradoxal perceber que ao tempo em que o Direito permite ao adotado superar obstáculos existenciais quase intransponíveis (abandono, violência, etc.) e (re)iniciar a vida em uma estrutura à qual ele estava acostumado, possa negar-lhe os primeiros instantes de fruição do recém-conquistado direito à paternidade, lastrando-se para tal, exclusivamente, no critério do sexo biológico do adotante e relegando sua atuação nos meandros da família que se inicia<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> BARROSO, Lucas Abreu. CATALAN, Marcos. *A licença-paternidade e a demanda por equidade na formação socioafetiva do vínculo familiar por adoção*, p. 93.

De todo o exposto, critica-se a exígua duração do período de licença-paternidade, principalmente se comparado ao período de licença concedido à mulher. Tal desigualdade reflete a arraigada noção de que as tarefas decorrentes da criação dos filhos seriam exclusivamente maternas, que poderia ser combatida através da reestruturação do direito às licenças em favor do melhor interesse dos filhos. A licença-paternidade, se repensada, pode auxiliar no combate à discriminação estatística, significando uma primeira iniciativa para uma real distribuição de papéis sociais, *“tendo como bens jurídicos protegidos a ajuda à recuperação bio psicológica da mãe, quando há parto, o cuidado do filho e o desenvolvimento da relação de convivência e de afeto entre pai (ou mãe em caso de casal homossexual) e filho<sup>113</sup>.”*

A licença-paternidade, em que pese sua importância prática, tem relevante expressão simbólica, ao evidenciar que não só à mulher cabe conciliar vida profissional e vida familiar. *“(...) Os pais podem ser agentes da mudança dentro das organizações, uma vez que apoiem a maternidade/paternidade da mesma maneira e ganhem direito a períodos de licença mais longos que não tenham que negociar com as mães<sup>114</sup>.”*

A atual concepção da licença-paternidade, além de acarretar prejuízos à mulher, que termina por ser preterida no mercado de trabalho em virtude do seu afastamento, é prejudicial, especialmente, aos interesses do menor, que tem reduzido o contato paterno desde os seus primeiros momentos. A licença é direito da entidade familiar, passível de propiciar um convívio de qualidade entre pai e filho, auxiliando na construção dos laços parentais, devendo, por isso, ser concedida indistintamente a pais casados ou solteiros, adotivos ou biológicos, parceiros em uniões hetero ou homossexuais.

A licença não deve mais ser compreendida como “recuperação do estado puerperal”, mas sim como a inserção no seio familiar de um novo membro (quer biológico, quer adotivo). Esse papel de “maternagem”, ou seja, de aninhamento, acolhimento, formação de vínculo, proteção, deve ser exercido independentemente

---

<sup>113</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero – um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*, p.836

<sup>114</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *Idem*, p.837.

do gênero, e deve a família, se houver mais de um no exercício do poder familiar, poder escolher isonomicamente o modo de usufruto dos 120 (cento e vinte) ou 180 (cento e oitenta) dias originariamente previstos à mulher.

A seguir, pretende-se demonstrar como a reformulação do direito às licenças parentais pode auxiliar na construção de maior equidade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, além de constituir um instrumento de nítida relação com o princípio da paternidade responsável, corolário do melhor interesse da criança.

### 3.2 – A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE E DO PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL ATRAVÉS DA LICENÇA-PATERNIDADE

Noticiou-se recentemente o caso de um pai solteiro<sup>115</sup> que obteve judicialmente o direito a fruir da licença-paternidade por 120 dias, à semelhança da licença-maternidade. Garantiu o direito de perceber, durante o período, o “salário-maternidade”, já que a mãe não demonstrou interesse em ficar com a criança. Trata-se de hipótese excepcional, já que o pai, em princípio, não estaria inserido dentre os destinatários desse direito previdenciário<sup>116</sup>.

O caso exposto evidencia que a previsão constitucional referente à licença-paternidade não atende aos seus propósitos em todas as possibilidades fáticas. A atual definição da licença concedida aos pais é absolutamente insuficiente, pois exclui o homem – casado, solteiro, viúvo, parceiro de união homoafetivas - do efetivo

---

<sup>115</sup> O professor Marcos Antônio Mendonça Melo, ao saber que sua ex-namorada, grávida, não queria ter o filho de ambos, intentou ação judicial a fim de garantir o direito de usufruir da licença-paternidade e conseguir cuidar sozinho da criança nos seus primeiros momentos de vida. Ele obteve, em sede de antecipação de tutela, a licença por 120 (cento e vinte) dias, à semelhança da licença-maternidade, recebendo o respectivo salário, pago pelo INSS. Mais informações sobre o caso podem ser obtidas no sítio: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/61895-tempo-do-pai.shtml>. Acesso em 28/09/2012>. Acesso em 30/08/2012. O Processo 0006090-88.2012.4.03.6303, em trâmite no Juizado Especial Federal de Campinas, encontra-se concluso para julgamento desde 26/09/2012.

<sup>116</sup> BRASIL, Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, “Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.” “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.” (Grifou-se).

convívio com os filhos recém-nascidos. Com esse recorte, acaba por prejudicar o núcleo essencial do licenciamento: o acolhimento, cuidado e formação de vínculos com o filho, que possibilitem a proteção integral da criança.

Os primeiros meses de vida dos filhos são fundamentais ao desenvolvimento dos seus laços emocionais e afetivos. A paternidade não é desempenhada plenamente, seja pela resistência quase natural à divisão das atividades relacionadas à filiação entre homens e mulheres, seja porque as previsões legais e o sistema previdenciário não comportam normas e mecanismos protetores da paternidade, à semelhança do que ocorre com a maternidade. Embora isto tenha uma razão de ser, - relacionada aos desgastes físicos e emocionais decorrentes da gestação e do parto, suportados exclusivamente pelas mulheres – os dispositivos legais não são mais satisfatórios para regulamentar as infinitas hipóteses do caso concreto.

Existe uma pressuposição instalada de que a natureza feminina é desenhada para o exercício da maternidade, e que o homem está à margem nesse cenário. Contudo, como já se expôs, não há que se falar em instinto ou tarefas naturais a um gênero ou outro. Não há uma supremacia feminina na relação com a prole que garanta à mulher a autoridade de excluir o homem do contato afetivo com os filhos. Tampouco a condição masculina é óbice ao desempenho de todas as responsabilidades decorrentes da paternidade.

Destarte, a reformulação do direito à licença-paternidade, em comunicação com o direito à licença-maternidade, é essencial para o estreitamento do vínculo paterno-filial, já que o fundamento de ambos os institutos “é a *necessidade de fornecer cuidado e atenção do filho e constituição da unidade de afeto e convivência*<sup>117</sup>.” Propõe-se, assim, que o licenciamento de 120 (cento e vinte) a 180 (cento e oitenta) dias a favor do novo membro familiar – hoje usufruído exclusivamente à mulher - seja exercido, independentemente do gênero do progenitor, de forma compartilhada e convencionada entre os pais, tendo como verdadeiro norte o direito fundamental à proteção da criança.

Ao mesmo tempo, a reestruturação das licenças parentais é medida basilar para o equilíbrio das condições de trabalho entre homens e mulheres. Consoante já se referiu, além de acumularem os afazeres domésticos com o desempenho do seu

---

<sup>117</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero – um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*, p. 836.

trabalho, as mulheres são preteridas no ambiente de trabalho, tendo em vista o juízo de que seriam mais suscetíveis a criar instabilidades decorrentes da gravidez e maternidade e que, por isso, seu custo seria mais elevado.

A atual configuração das regras protetoras da maternidade, bem como a ausência de serviços públicos que auxiliem o desenvolvimento da mãe enquanto profissional, são fatores que perpetuam a ordem simbólica de hierarquia entre os gêneros e reforçam a separação de um espaço específico para cada um dos sexos: ao homem, o ambiente público; à mulher, tocam os assuntos relacionados à esfera privada. É necessário repensar esta conformação, como defende Thereza Cristina Gosdal:

A maternidade deve ser considerada como um valor social e o trabalho familiar redistribuído entre os sexos, revisando-se e ampliando-se o conceito de cidadania, o sentido e o alcance dos serviços públicos, mostrando-se que a divisão sexual do trabalho não é apenas um princípio de organização social, mas também um sistema simbólico e cultural que pressupõe a subordinação da mulher ao homem e conforma uma ordem social determinada e relações específicas de poder, que condicionam o exercício de direitos<sup>118</sup>.

Ressalte-se que não se defende a abolição das normas que prezam pelo contrato entre a mulher e sua família. Até mesmo por fatores biológicos, é impensável privar a mãe do contato inicial e mais íntimo com o filho. Advoga-se, contudo, que as distinções bio-funcionais inerentes aos gêneros não sejam encaradas como definidoras de papéis limitados e imponham valores discriminatórios, inclusive no ambiente de trabalho<sup>119</sup>. “A *discriminação pressupõe, portanto, um tratamento diferenciado comparativamente desfavorável, que nem sempre advém de preconceito contra as mulheres, mas do fato de que sua contratação poderá elevar os custos operacionais da empresa*<sup>120</sup>.”

Pugna-se pela superação do pensamento primitivo acerca do papel exercido pela mulher na sociedade e na sua família para que, então, sejam vencidas as concepções desabonadoras do seu trabalho. E, neste diapasão, as condutas conservadoras em relação à mulher nos âmbitos familiar e social avigoram a discriminação. A experiência tem evidenciado que, a partir do momento em que

---

<sup>118</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego*, p.54-55.

<sup>119</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Idem*, p. 69.

<sup>120</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*, p. 138.

esses comportamentos evoluem, transforma-se também a feição da mulher no emprego<sup>121</sup>.

Indubitavelmente, a proteção à saúde e à integridade física e emocional do nascituro e da gestante é matéria de interesse social, em harmonia com as normas internacionais e com o próprio texto constitucional vigente. Entretanto, passado o estágio de maior instabilidade à saúde da gestante, deve-lhe ser facultada a volta ao trabalho, mediante práticas de cooperação com seus maridos ou companheiros.

É sabido que à maternidade e à paternidade são imputados valores distintos e, conseqüentemente, produzem efeitos dessemelhantes nos âmbitos familiar e profissional para homens e mulheres. Logo, ao longo do tempo os ordenamentos jurídicos passaram a prever especial proteção à maternidade em suas legislações, não compreendida como discriminatória, e, sim, *“compatível com a normativa internacional da OIT e com a Constituição Federal vigente. O interesse social evidencia-se na proteção ao nascituro e à gestante, relativamente a sua saúde e integridade física e emocional”*<sup>122</sup>.

Nesta medida, o sistema jurídico trabalhista deve ser capaz de prover trabalhadores e trabalhadoras de instrumentos específicos que atendam às peculiares necessidades de cada gênero:

Para que se alcance a igualdade formal consagrada no art. 5º, I da Constituição Federal, é necessário que as leis estabeleçam benefícios para aqueles que estão em condições desiguais. Estes “benefícios legislativos” constituem atualmente o que denominamos de ações afirmativas. (...) No campo específico do Direito de Família essas ações afirmativas viriam reconhecer as diferenças, não só biológicas, mas principalmente as de ordem cultural, evitando-se, inclusive, a dupla jornada de trabalho. Sabemos todos, por exemplo, que o investimento profissional da mulher, em decorrência da maternidade, não é o mesmo do homem, em razão da paternidade. Maternidade e paternidade, pelo menos até que estes valores sejam repensados ou restabelecidos em nossa cultura, são exercidos de formas completamente diferenciadas. As discriminações positivas viriam equilibrar as diferenças históricas quando, por exemplo, valorizassem o espaço doméstico, tanto quanto o espaço público historicamente foi valorizado<sup>123</sup>.

Por conseguinte, a criação de benefícios legislativos que visem à redução das desigualdades entre os gêneros deve ser tida como uma iniciativa louvável de concretização do direito à igualdade.

<sup>121</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*, p. 138.

<sup>122</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego*, p. 69.

<sup>123</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Desigualdade dos gêneros: o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas*, p. 171-172.

A licença-paternidade em sua atual concepção não é capaz de promover grandes alterações na estrutura assimétrica que impõe de sobremaneira às mulheres os ônus decorrentes das obrigações familiares. É providencial que a licença concedida aos pais seja repensada, a fim de proporcionar maior equidade de condições de trabalho entre homens e mulheres que desejem ter filhos: “*O que se pode discutir é acerca da concessão de licença-parental, ao invés de licença-gestante, que poderia se usufruída em parte pelo pai, para cuidar da criança*”<sup>124</sup>.

Sugere-se, assim, que a licença-paternidade não encontre limite estanque e exíguo na legislação. A solução ideal parece ser oportunizar à entidade familiar o debate e a escolha sobre o modo de exercício do direito que melhor atenda à vida profissional de ambos os cônjuges e, primordialmente, que propicie o contato de qualidade entre pais e filhos.

Se uma nova concepção da licença pode servir como instrumento para a efetivação da igualdade entre os gêneros, ao mesmo tempo pode significar uma diferente percepção a respeito do exercício pleno e responsável dos deveres de pai. Embora ainda haja resistência à tomada pelo homem de maiores atribuições decorrentes da paternidade, devem-lhe ser garantidas as condições para o máximo envolvimento e participação na rotina de criação e educação dos seus filhos desde o nascimento:

As práticas profissionais e a cultura dos locais de trabalho, ao contrário do que acontece com as mães, não facilitam em nada a saída desse homem-pai, para que possa estar presente em momentos importantes das vidas de seus filhos. Prova disso está na imensa dificuldade que se enfrentou para aprovar a licença paternidade de 5 dias na Constituição Federal de 1988. Para que o pai possa estar mais diretamente envolvido na criação de seus filhos, portanto, é preciso que se reconheça, socialmente e, por consequência, no mercado de trabalho, a legitimidade dessa aspiração masculina, e a importância que ele desempenha na vida e no desenvolvimento de seus filhos<sup>125</sup>.

É necessário pontuar que o campo de utilização do instituto da licença-paternidade não se resume às famílias formadas por casais heterossexuais. Diante da pluralidade de formas familiares, é imperativo que os mecanismos protetores da paternidade e da maternidade sejam usufruídos por todos os grupos, por tutelar, primordialmente, o interesse dos filhos envolvidos. Neste diapasão, é mister que as

<sup>124</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego*, p. 219.

<sup>125</sup> PAULO, Beatrice Marinho. *Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva*, p. 31.

famílias distantes do modelo tradicional – sejam as uniparentais, as uniões estáveis, as homoafetivas, exemplificativamente – tenham resguardado o direito à convivência e à proteção do filho recém-nascido.

Em virtude da atual formatação da licença-paternidade, é possível que, no caso de adoção unipessoal ou de casais formadas por dois homens, o filho recém-nascido ou adotado não disponha de mais do que 5 (cinco) dias na companhia do(s) seu(s) pai(s). Resta evidente que o maior prejudicado em virtude dessa incoerência legislativa é a criança. Enquanto direito de todo o grupo familiar, os filhos não devem ser privados da convivência e cuidado dispensados pelos pais e, especialmente no caso da adoção, “o contato entre pai e filho nos primeiros dias é essencial para o sucesso do relacionamento futuro”<sup>126</sup>.

Segundo Sílvia Regina da Rocha, a licença-paternidade se justificaria por razões práticas, jurídicas e emocionais. A presença do pai seria importante no auxílio à mãe, especialmente nos casos de debilidade emocional e física, seja da mulher, seja do recém-nascido, que demandam maior cuidado e atenção. Ademais, haveria uma dimensão cultural envolvida, referente ao significado da paternidade e da responsabilidade, exigências e obrigações dela decorrentes<sup>127</sup>.

A revisão do papel comumente destinado ao homem, proporcionada pelo art. 7º, XIX da Constituição ao prever a licença-paternidade, comina na repartição das responsabilidades familiares entre os cônjuges. Com isso, evidencia-se a sua estreita conexão com o princípio da paternidade responsável:

Torna-se nítido o íntimo relacionamento de tal direito social com o chamado princípio da paternidade responsável, constante do § 7º do art. 226, que trata da decisão do casal no planejamento familiar. Pela conjugação dos dois dispositivos, pode-se concluir que o direito à licença-paternidade não constitui patrimônio particular do trabalhador do sexo masculino, mas direito social da entidade familiar. Por isso, referida norma é de ordem pública e, como tal, indisponível e irrenunciável<sup>128</sup>. (...)

O lapso temporal de 5 (cinco) dias é flagrantemente insuficiente para o envolvimento satisfatório entre pai e filho<sup>129</sup>. “Não pode haver coerência no

<sup>126</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável*, p. 1234.

<sup>127</sup> ROCHA, Sílvia Regina. *O Trabalho de Mulher à Luz da Constituição de 1988*, p. 71-72.

<sup>128</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Op. cit.*, p. 1232.

<sup>129</sup> Segundo Guilherme José Purvin Figueiredo, o tempo atualmente concedido a título de licença-paternidade é excessivamente escasso, sendo incompatível com a plena efetivação dos deveres e direitos decorrentes da paternidade: “Não temos, por outro lado, ilusão no que diz respeito a

*argumento que pretenda justificar que aquele que sozinho se propõe a ser pai, ou que o faça pela adoção por companheiros homens, possa desenvolver uma convivência plena e duradoura com o adotado em (...) cinco dias<sup>130</sup>.”*

Compete ao Estado propiciar as condições necessárias para ampliar a reflexão acerca do papel do homem dentro das famílias. O ideal é que esta iniciativa esteja inserida dentre outras medidas capazes de reestruturar o compartilhamento das atividades inerentes à paternidade responsável. *“É preciso que essa mudança (...) seja complementada por uma mudança estrutural da política social e dos códigos das macrorrelações, que estão longe de dar o suporte necessário à participação equitativa de ambos os pais na educação dos filhos<sup>131</sup>.”*

Impõe-se, deste modo, que a licença-paternidade seja reestruturada a contento, ciente dos impactos que o exercício deste direito é capaz de proporcionar. A redimensão da licença-paternidade pode ser compreendida como uma medida apta a harmonizar os deveres familiares e profissionais de homens e mulheres. O presente desenho da licença concedida ao pai não permite às famílias estabelecerem uma verdadeira comunhão das tarefas domésticas e concernentes à convivência e cuidados com os filhos, baseada no auxílio mútuo e na solidariedade.

O Poder Público não deve intervir a ponto de determinar a divisão das tarefas familiares e impor o modo de convivência familiar, *“mas não menos certo é que o Estado deve garantir que as pessoas tenham, efetivamente, possibilidade de adoção de um modo familiar igualitário.<sup>132</sup>”*

Para a conquista da efetiva igualdade entre homens e mulheres é imperativo que se possibilite o real compartilhamento das obrigações familiares *“e que se lute contra a ideia de que a mulher é a principal, ou, na maioria das vezes, a única responsável pelas tarefas domésticas, bem como pelo cuidado com os filhos e familiares dependentes<sup>133</sup>.”*

---

*alterações substanciais no comportamento do homem trabalhador médio, decorrentes da aplicação isolada deste novo direito social. Uma licença de cinco dias, objetivamente considerada, ainda constitui muito pouco para a compreensão do princípio da paternidade responsável em toda sua extensão” (Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável, p. 1232).*

<sup>130</sup> BARROSO, Lucas Abreu. CATALAN, Marcos. *A licença-paternidade e a demanda por equidade na formação socioafetiva do vínculo familiar por adoção*, p. 92.

<sup>131</sup> PAULO, Beatrice Marinho. *Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva*, p. 31.

<sup>132</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero – um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*, p. 835.

<sup>133</sup> PAULO, Beatrice Marinho. *Op. cit.*, p. 31.

Em sintonia com as exigências das ditas “novas” entidades familiares, o direito à licença-paternidade deve ser repensado. Urge a regulamentação do direito destinado aos pais, para que tenha a possibilidade de assumir maior duração – a fim de atingir satisfatoriamente os objetivos de promover o contato de qualidade entre pai e filho, bem como a divisão de tarefas entre os cônjuges – e o pagamento respectivo durante a interrupção do trabalho, à semelhança do que ocorre com a concessão do salário-maternidade.

Neste sentido, seria recomendável que a licença-paternidade fosse redimensionada de modo a possibilitar ao pai dividir com a mãe o usufruto dos 120 (cento e vinte) dias que lhes são concedidos a título de licença, com o pagamento de um auxílio durante este período. Nos casos das famílias uniparentais, a licença poderia ser usufruída integralmente pelo pai ou pela mãe. Já nas famílias formadas por casais hetero ou homoafetivos, a licença poderia ser gozada parte por um dos parceiros, parte pelo outro, proporcionando a distribuição de afazeres entre os cônjuges e o maior contato entre todos os envolvidos no projeto parental. Thereza Cristina Gosdal defende essa tratativa, ressaltando que, para proteger a saúde da mulher, fragilizada após a gestação e o parto, o primeiro mês de licenciamento deve ser usufruído pela mulher:

Claro que as normas relativas à gestação e ao nascituro, assim como as relativas à amamentação, não podem constituir garantias concedidas indistintamente a homens e mulheres. Porém, é possível pensar-se numa licença-parental, podendo os pais decidirem pelo gozo da licença pela mãe, ou pelo pai, ou em parte por um e em parte pelo outro, ressalvado o primeiro mês após o parto, que deve ser gozado pela mulher em razão da necessária recuperação de seu organismo dos processos de gestação e parto. Permaneceria, em qualquer caso, a vedação de trabalho nesse período, como forma de se tentar evitar que o homem usufrua da licença para outro fim qualquer que não seja cuidar do filho. Também é possível pensar-se em alguma forma de estabilidade provisória ao futuro pai que viva em união estável ou matrimonializada com a mãe de seu filho, já que o objetivo da garantia seria o de resguardar o vínculo familiar e a paternidade responsável<sup>134</sup>.

À semelhança da licença concedida às mulheres, a licença usufruída pelos pais deveria ser acompanhada do respectivo auxílio financeiro. O salário maternidade<sup>135</sup> é pago às seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas,

---

<sup>134</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego*, p. 220.

<sup>135</sup> A Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, determina o pagamento do salário-maternidade à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na

empregadas domésticas, contribuintes individuais, facultativas e seguradas especiais por ocasião do parto, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial em processo de adoção.

Trata-se de um benefício custeado pela Previdência Social através das contribuições previdenciárias recolhidas dos trabalhadores segurados, diretamente ou por meio dos seus empregadores<sup>136</sup>. O INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social), autarquia federal incumbida de executar as políticas relativas à previdência social, é o responsável por conceder administrativamente o benefício e efetuar o seu pagamento, evitando que este custo recaia sobre os empregadores e gere maior discriminação em relação à mão-de-obra feminina. Do mesmo modo, caso haja a reformulação aqui proposta, deverá ser concedido ao homem o salário correspondente, ainda que ele não esteja contemplado originalmente como um dos contemplados pelo referido benefício.

A título de exemplificação, cita-se a experiência de alguns países que têm evoluído na tratativa da licença-paternidade, estabelecendo moldes mais aptos a proporcionar a igualdade de gênero e a paternidade responsável. Na Espanha, a Lei 3/2007 (Lei Orgânica para a Igualdade Efetiva entre Homens e Mulheres) criou a licença-paternidade<sup>137</sup>, contando com a duração de treze dias, “*ampliáveis nos casos de parto, adoção ou acolhimento múltiplos em dois dias a mais para cada filho a*

---

legislação no que concerne à proteção à maternidade. Do mesmo modo, o salário maternidade é concedido à mãe que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. A referida Lei estabelece, também, os moldes de concessão do referido benefício: “Art. 73. *Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consistirá: I - em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica; II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial; III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas.*”

<sup>136</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 656.

<sup>137</sup> ESPANHA, Ley Organica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, “Artículo 48 bis. *Suspensión del contrato de trabajo por paternidad. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4. En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.(...).*”, Publicado no Boletín Oficial del Estado, núm. 71 de 23 de marzo de 2007, páginas 12611 a 12645, disponível no sítio da Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado do Governo da Espanha: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-6115>>. Acesso em 10/11/2012.

*partir do segundo, sendo que a disposição transitória nona assinala que, em seis anos, essa licença terá uma duração de quatro semanas*<sup>138</sup>.”

A licença é concedida por ocasião do nascimento de filhos biológicos ou na hipótese de adoção e, no caso de famílias monoparentais, o progenitor tem direito a acumular a licença-paternidade à licença-maternidade, já que o primordial objetivo desses benefícios é cercar os menores de cuidado e atenção. Contudo, nas famílias compostas por casais não pode haver acúmulo das licenças por somente um dos parceiros, já que o intuito da norma é impedir que somente a mãe usufrua desses benefícios e que o pai não auxilie na vida familiar. À semelhança do benefício pago às mães, o auxílio é pago ao trabalhador pela seguridade social e equivale a 100% da base reguladora correspondente<sup>139</sup>. Defende Candy Florêncio Thomé que o tempo atualmente concedido aos pais na Espanha a título de licença-paternidade ainda não reflete suficientemente o necessário comprometimento dos homens com as responsabilidades familiares. Para o autor, *“o ideal seria que a ampliação da licença-paternidade seja aumentada gradualmente até alcançar a licença-maternidade.”*

Em Portugal, num sistema que soa mais adequado, abre-se ao casal a possibilidade de convencionar a forma de desfrute da licença. O Código do Trabalho de Portugal, em seu art. 40, item 1<sup>140</sup>, determina que *“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.”*

A mãe, obrigatoriamente, deve gozar de seis semanas de licença a seguir do parto. Contudo, a legislação possibilita que pai e mãe partilhem o gozo da licença. O

---

<sup>138</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero – um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*, p. 835.

<sup>139</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *Idem, ibidem*.

<sup>140</sup> PORTUGAL, Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009, Código do Trabalho: *“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”*. Disponível no site da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego do Governo de Portugal: <<http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CodigoTrabalho2009.pdf>>. Acesso em 11/11/2012.

pai deve licenciar-se por, no mínimo, 10 dias úteis<sup>141</sup>, seguidos ou interpolados, nos 30 dias seguintes ao nascimento do filho, cinco dos quais gozados de modo consecutivos imediatamente a seguir a este.

O art. 44<sup>142</sup>, por sua vez, define que, nos casos de adoção, o adotante poderá licenciar-se por 120 (cento e vinte) ou 150 (cento e cinquenta) dias consecutivos, caso o adotado tenha menos de 15 (quinze) anos. A previsão, feita genericamente, não estabelece qualquer distinção de sexo; assim, mães e pais adotivos têm a mesma ordem de direitos.

Já na Suécia, os pais têm direito, ao menos, a dois meses da licença de 18 meses concedida quando do nascimento do filho. A licença-paternidade em substituição à licença materna é prevista no país desde 1974. No princípio, houve pouca adesão dos pais, seja pela força da tradição, seja pela pressão dos empregadores. Em 1995<sup>143</sup>, introduziu-se no sistema a chamada “licença-papai”. A partir de então, caso o homem não se licenciasse, a família perdia um mês do subsídio pago. Atualmente, 85% dos pais suecos tiram licença-paternidade. Os efeitos já são sentidos: além da aceitação das empresas, que não aplicam

---

<sup>141</sup> PORTUGAL, Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009, Código do Trabalho: “Artigo 43.º Licença parental exclusiva do pai. 1 – É obrigatório o gozo pelo pai de uma licença parental de 10 dias úteis, seguidos ou interpolados, nos 30 dias seguintes ao nascimento do filho, cinco dos quais gozados de modo consecutivos imediatamente a seguir a este. 2 – Após o gozo da licença prevista no número anterior, o pai tem ainda direito a 10 dias úteis de licença, seguidos ou interpolados, desde que gozados em simultâneo com o gozo da licença parental inicial por parte da mãe. 5 – Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1, 2 ou 3.” Disponível no site da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego do Governo de Portugal: <<http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CodigoTrabalho2009.pdf>>. Acesso em 11/11/2012.

<sup>142</sup> PORTUGAL, Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009, Código do Trabalho: “Artigo 44.º Licença por adoção: 1 – Em caso de adoção de menor de 15 anos, o candidato a adoptante tem direito à licença referida nos n. os 1 ou 2 do artigo 40.º (...) 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. 10 – Caso a licença por adoção não seja partilhada, o candidato a adoptante que gozar a licença informa o respectivo empregador, nos prazos referidos no número anterior, da duração da licença e do início do respectivo período. (...)” Disponível no sítio da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego do Governo de Portugal: <<http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CodigoTrabalho2009.pdf>>. Acesso em 11/11/2012.

<sup>143</sup> SUÉCIA, Parental Leave Act (1995:584), Section 5: “A parent is entitled to full leave for the care of a child until the child reaches 18 months, irrespective of whether the parent receives parental benefit. (...) With respect to an employee who has adopted a child or received a child with the intention of adopting it, the eighteen month period shall instead be counted from the time when the employee received the child into her or his care (...)”. Fica garantida, ainda, a possibilidade de redução do período normal do trabalho, mediante o pagamento do benefício respectivo equivalente. Disponível no sítio oficial do Governo Sueco: <<http://www.government.se/sb/d/5807/a/104985>>. Acesso em 11/11/2012.

penalidades aos trabalhadores que optam pelo desfrute da licença, “o contracheque das mulheres está se beneficiando, e a mudança no papel dos pais é vista como um dos motivos para a redução nos divórcios e para o aumento da custódia compartilhada de filhos<sup>144</sup>.”

No Brasil, há alguns projetos legislativos que tratam do tema abordado. O Projeto de Lei 6753/2010 visa o acréscimo de dispositivos à CLT que asseguram ao empregado a licença-paternidade durante todo o período de licença-maternidade ou pela parte restante que caberia à mãe em caso de morte, de grave enfermidade, ou do abandono da criança, bem como nos casos de guarda exclusiva do filho pelo pai. O projeto garante, ainda, o direito à licença-paternidade nos casos de adoção, desde que a licença-maternidade não tenha sido requerida. Conforme o Projeto, as despesas decorrentes da concessão das licenças previstas correrão à conta das dotações próprias do orçamento da seguridade social. Não há previsão sobre a possibilidade de que os companheiros venham a dividir o desfrute das licenças mediante comum acordo.

O Projeto 725/2011 acrescenta e altera dispositivos da CLT para possibilitar que a licença concedida à mãe adotante seja estendida, também, ao empregado que, sozinho, adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, excluindo a licença de meros cinco dias. O Projeto 879/2011, por sua vez, busca a alteração do art. 473-A da CLT, determinando que a licença-paternidade seja fixada em 30 (trinta) dias consecutivos, no caso de nascimento de filho ou no caso de pai adotante, a contar do nascimento ou da data de adoção da criança, respectivamente, sem prejuízo do emprego e do salário. Na justificção do Projeto alega-se que “Os primeiros dias de vida de um recém-nascido e (...) as primeiras semanas de convivência com a família adotante, demandam uma união familiar no sentido de estreitar laços, criar vínculos e promover o convívio e a integração da criança e seus pais.<sup>145</sup>”

O Projeto de Lei 3212/2012 propõe a concessão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade aos pais de recém-nascidos por ocasião do óbito da mãe ou em face da invalidez temporária ou permanente da genitora<sup>146</sup>. Prevê, ainda,

---

<sup>144</sup> BENNHOLD, Katrin. *A masculinidade do futuro*, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/newyorktimes/ny2806201001.htm>>. Acesso em 28/09/2012.

<sup>145</sup> BRASIL, Projeto de Lei nº 879/2011, Justificação.

<sup>146</sup> BRASIL, Projeto de Lei nº 3.212/2012, 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 do seguinte dispositivo:

que o período da licença tenha 180 (cento e oitenta) dias e que haja o pagamento do salário-paternidade nos moldes do salário-maternidade<sup>147</sup>. O Projeto peca ao limitar as causas de concessão da benesse às hipóteses de óbito e invalidez da genitora, impossibilitando o desfrute da licença pelos pais em outras situações, inclusive nos casos de famílias monoparentais ou de acordo entre os cônjuges ou companheiros.

Os projetos exemplificativamente citados representam avanços, mas não atendem em sua completude a necessária instrumentalização da licença-paternidade. A licença deve ser concebida como um direito em prol da entidade familiar, destinado à proteção, contato e a possibilitar a criação ou estreitamento do vínculo entre os membros da família, independentemente do gênero e de sua composição. O ordenamento jurídico deve proporcionar à entidade familiar a chance de escolher, sem distinções pré-definidas, a forma de gozo e partilhamento da licença. Ainda, às famílias uniparentais deve ser concedido o direito ao desfrute integral da licença pelo único progenitor, consoante o princípio da proteção integral da criança.

A revisão das condições de fruição das licenças concedidas a homens e mulheres, além de promover a aproximação entre o pai e seu filho, é necessidade premente para a efetivação do direito à igualdade entre os gêneros. Essa iniciativa atuaria como uma garantia no objetivo de promover a *“conciliação da vida laboral e familiar que possibilitem e fomentem a criação de uma nova corresponsabilidade familiar, com o compartilhamento das responsabilidades familiares e domésticas entre o pai e a mãe ou entre os dois progenitores”*<sup>148</sup>.

---

*Art. 392-C. Concede ao pai empregado o direito a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, nos casos de falecimento da mãe, em decorrência de complicações no parto ou nos casos de invalidez permanente ou temporária da genitora, declarada por junta médica. §1º Entende-se por invalidez permanente ou temporária da genitora, os casos em que a mesma ficar impedida de cuidar de seu filho durante o período de licença-maternidade. §2º O período de licença será de 180 (cento e oitenta) dias, debitando, se for o caso, o número de dias decorrido do nascimento até a data do óbito da genitora ou da invalidez.”*

<sup>147</sup> Os artigos 2º e 3º do Projeto de Lei nº 3.212/2012 fazem referência ao pagamento do “salário-paternidade”: “Art. 2º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo: Art. 71-C. O Segurado da Previdência Social terá direito ao salário-paternidade nos moldes de salário-maternidade, nos casos de falecimento da mãe, em decorrência de complicações no parto ou nos casos de invalidez permanente ou temporária da genitora, declarada por junta médica, pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, debitando, se for o caso, os valores pagos a este título à genitora;” e “No caso dos segurados da previdência social beneficiados pelo estabelecido nesta Lei, 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 e julho de 1991.”

<sup>148</sup> THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero – um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*, p. 837.

Assim, sugere-se a reflexão do direito à licença-paternidade, partindo do melhor interesse no novo membro familiar (seja biológico, seja adotivo). O licenciamento de 120 (cento e vinte) a 180 (cento e oitenta) dias concedido pelo sistema não deve ser imposto exclusiva e integralmente à mulher. Como medida de concretização da igualdade de gênero, é necessário oportunizar à família – caso haja mais de um membro no exercício da autoridade parental – optar pela forma de exercício das licenças, de modo a proporcionar uma melhor distribuição de tarefas. No caso das famílias monoparentais, por outro lado, a licença deveria ser usufruída integralmente pelo único progenitor, independentemente do seu sexo, fazendo jus ao real alicerce da licença parental: a proteção integral ao melhor interesse da criança.

## CONCLUSÃO

As discussões sobre o direito à licença-paternidade parecem ter encontrado seu auge no período imediatamente posterior à promulgação da Constituição de 1988. Nos idos de então se debatiam os doutrinadores – trabalhistas, em sua maioria – sobre aspectos muito mais burocráticos e práticos do que teleológicos ou principiológicos. É direito previdenciário ou social? Quem deve pagar é o empregador ou a Previdência? Os 5 (cinco) dias somam-se àquele já concedido pela CLT?

Essas inquietações se acalmaram, facilmente respondidas pelos pragmáticos. Curioso, todavia, que a configuração da licença-paternidade não tenha levantado maiores questionamentos, salvo em casos pontuais mais noticiados. A disposição “provisória” acerca do referido direito mantém-se há quase 25 anos, revelando quão ultrapassado encontra-se o instituto.

Impõe-se, assim, uma profunda reflexão sobre os contornos da licença parental.

A desigualdade de gênero permeia os diversos ambientes do meio social. Em que pese as normas protetoras do direito da mulher, o mercado de trabalho é mais receptivo aos homens e os remunera melhor, refletindo a lógica interiorizada de que a verdadeira vocação feminina é lidar com os temas domésticos e relacionados à educação dos filhos – por isso à mulher são concedidos até 180 (cento e oitenta) dias de licença, enquanto aos homens, meros 5 (cinco) dias.

A ponderação que se propõe a respeito do direito à licença-paternidade visa abalar a atual configuração, erigida dessa base discriminadora e ultrapassada. A licença-paternidade deve ser encarada como um direito em prol da proteção e cuidado do novo membro da família, além de possibilitar um melhor compartilhamento das atividades da vida familiar e social e das atividades profissionais entre o homem e a mulher. A limitação que inflige esse escasso tempo destinado à relação entre pai e filho reproduz e perpetua essa lógica conservadora.

Ao ordenamento jurídico cabe a implementação de mecanismos que viabilizem a conciliação entre a atividade profissional e a vida pessoal da mulher, e não a criação de óbices discriminatórios a tal inserção.

Do mesmo modo, o princípio da paternidade responsável está diretamente intrincado com a reformulação do direito à licença-paternidade, por revelar o dever de ambos os cônjuges em arcar com os encargos decorrentes da filiação comum. Ressalte-se que é dever, mas também é direito, vez que interessa a cada um dos pais a convivência com os filhos e a solidificação dos laços parentais.

E neste particular, mostram-se ainda mais vulneráveis à incompletude e incompreensão do sistema os filhos das uniões homoafetivas de parceiros do sexo masculino e das famílias monoparentais (seja por viuvez, formadas por adoção ou no caso dos pais solteiros). Ao novo membro da família só é oportunizado o exíguo tempo de 5 (cinco) dias para o contato e convivência iniciais. Resta evidente que esse indivíduo recém-inserido no núcleo familiar está desprotegido, corroborando a tese de que a atual definição de licença-paternidade não atende à proteção integral da criança.

O licenciamento deve propiciar condições concretas à formação do vínculo entre pai e filho. Além de beneficiar, sobretudo, os interesses do menor, uma nova configuração da licença-paternidade poderia significar um estímulo para o compartilhamento isonômico de atribuições entre cônjuges ou companheiros.

A alternativa mais condizente com os princípios da igualdade e da paternidade responsável parece ser oportunizar à família, caso haja mais de um membro desempenhando o poder familiar, a escolha sobre o modo de exercício das licenças concedidas aos pais. É desinteressante o atual engessamento desses direitos, já que não atendem a todas as famílias.

A elaboração de uma forma de compartilhamento da licença de 120 (cento e vinte) ou 180 (cento e oitenta) dias entre ambos os pais ou garantir integralmente o direito à licença quando haja só um membro no exercício da autoridade parental, independentemente do seu sexo, seria uma construção mais apta a atender à proteção integral da criança – verdadeiro norte e fundamento da licença-paternidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Theodoro Vicente. *O salário-maternidade concedido ao homem*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?tl=1&id=1299161&tit=O-salario-maternidade-concedido-ao-homem>>. Acesso em 28/09/2012.

BADINTER, Elisabeth. *Um Amor Conquistado: o Mito do Amor Materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARROSO, Lucas Abreu. CATALAN, Marcos. *A licença-paternidade e a demanda por equidade na formação socioafetiva de vínculo familiar por adoção*. In: Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 28 (jun./jul., 2012), p. 91-96.

BENNHOLD, Katrin. *A masculinidade do futuro: uma transformação social que começou com a aprovação da licença-paternidade*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/newyorktimes/ny2806201001.htm>>. Acesso em 28/09/2012.

BITTAR, Eduardo C. B. *Família, Sociedade e Educação: um Ensaio sobre Individualismo, Amor Líquido e Cultura Pós-Moderna*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 0, (out./nov. 2007). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 7-25.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 21<sup>a</sup> ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário* - 11<sup>a</sup> ed. Florianópolis: Editora Conceitual, 2009.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Construção das Relações de Gênero no Mercado de Trabalho (Uma Incursão no Brasil Cotidiano)*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Da Paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1996.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu Ferreira. *A Filiação Adotiva na Família Contemporânea Brasileira e a Construção da Afetividade*. In: Apontamentos Críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Eroulths Cortiano Junior (Coord.). Curitiba: Editora Juruá, 2007.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável*. In: Revista LTr, vol. 58, nº 10, outubro de 1994, p. 1230-1234.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Direito e história : relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de Antonio Manuel Hespanha*. Curitiba, 1997. 118 p. Dissertação de Mestrado em Direito – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Família monoparental*. In: Direito Civil: Direito Patrimonial, Direito Existencial. Flávio Tartuce e Ricardo Castilho (Coords.). São Paulo: Editora Método, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. GUERRA, Leandro dos Santos. *A Função Social da Família*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, v. 8, n. 39, dez./jan. 2007, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, p. 154-170.

GOLDENBERG, Mirian. *O direito de ser pai*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/equilibrio/57702-o-direito-de-ser-pai.shtml>. Acesso em 28/09/2012.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAGO, Rudolfo; PATI, Camila. *O monstro criou um Brasil melhor*. Disponível em: [http://www.istoe.com.br/reportagens/4169\\_O+MONSTRO+CRIOU+UM+BRASIL+MELHOR](http://www.istoe.com.br/reportagens/4169_O+MONSTRO+CRIOU+UM+BRASIL+MELHOR)>. Acesso em 13/10/2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das Famílias*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.6, n.24 (jun./jul., 2004), p. 136-156.

\_\_\_\_\_ *Igualdade Conjugal – Direitos e Deveres*. In: Direito de Família Contemporâneo, Doutrina Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997, p. 221-236.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *Curso de Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

PAULO, Beatrice Marinho. *Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 10, jun./jul. 2009, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 5-33.

\_\_\_\_\_ *Ser mãe nas novas configurações familiares: a maternidade psicoafetiva*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 9, abr./maio 2009, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 35-58.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Desigualdade dos gêneros: o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas*. In: Repensando o Direito de Família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, fls. 161-173.

\_\_\_\_\_ *A afetividade como fonte de obrigação jurídica*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-26/rodrigo-cunha-pereira-afetividade-obrigacao-juridica>>. Acesso em 30/09/2012.

\_\_\_\_\_ *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_ *Indenização por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=1705>>. Acesso em 02/10/2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed., ver. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira. *Famílias sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROCHA, Marília. *Tempo do Pai*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/61895-tempo-do-pai.shtml>>. Acesso em 28/09/2012.

ROCHA, Sílvia Regina da. *O Trabalho da Mulher à Luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SOUZA, Fabiola Böhmer de. *O Direito à Licença-paternidade nos casos de adoção por família homoafetivas*. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/O%20Direito%20%C3%A0%20Licen%C3%A7apaternidade%20nos%20Casos%20de%20Ado%C3%A7%C3%A3o%20por%20Fam%C3%ADlia%20Homoafetiva%20Fab%C3%ADola%20B%C3%B6hmer%20de%20Souza.pdf>>.

THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero – um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*. In: Revista LTr: legislação do Trabalho, v. 74, n. 07 (jul. 2010), p. 832-838.