

DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE AOS PAIS SOLTEIROS E CASAIS HOMOSSEXUAIS MASCULINOS

Renata Olandim Reis¹; Livia Mendes Moreira Miraglia²

RESUMO

O presente trabalho visa a discorrer sobre a licença-maternidade, o salário-maternidade e a evidente desigualdade de tratamento que vem sendo gerada por tais institutos no Brasil. Em face do Princípio da Igualdade, previsto constitucionalmente como garantia de tratamento igual a todos aqueles que se encontrem na mesma situação, a concessão de um afastamento do trabalho por um período remunerado diferente para homens e mulheres, e a ausência de previsão legal para concessão de um período condizente com as necessidades da criança quando os trabalhadores do sexo masculino se encontram ausentes de uma figura materna no âmbito familiar, a licença-maternidade, nos moldes em que hoje vigora, tem trazido efeitos na esfera trabalhista que ofendem o princípio retro citado, causando danos incalculáveis aos pais obreiros e seus filhos.

Desse modo, o presente estudo pretende defender a possibilidade de se estender tais benefícios ao trabalhador do sexo masculino quando, devido aos seus deveres paternos, estes lhe forem imprescindíveis para a proteção, cuidado e adaptação da criança sob sua tutela.

Palavras chaves: Licença-Maternidade; Homens; Princípio da Igualdade; Direito do Trabalho

¹Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Advogada. Email: renataolandim@hotmail.com

²Bolsista do CNPQ. Doutoranda em Direito do Trabalho pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora de Direito Material e Processual do Trabalho do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

THE POSSIBILITY OF GRANTING MATERNITY LEAVE TO SINGLE MALE PARENTS AND HOMOSSEXUAL MALE COUPLES

ABSTRAT

The present article aims to discuss the maternity leave, the maternity pay and the evident inequality of treatment that keeps being generated by these institutes in Brazil. In light of the principle of equality, constitutionally established as a guarantee of equal treatment for all people in the same situation, the concession of a paid leave for a period that is different for men and women and the absence of legal provision for the concession of a time befitting with the child's needs when male workers don't have a mother figure in their home environment, the maternity leave, in the way it currently prevails, has been bringing effects in the labor sphere that offend the above mentioned principle, causing incalculable damages to the working parents and their children.

Thereby, the present study intends to defend the possibility of extending these benefits to the male worker when, due to his paternal duties, they are essential for the protection, care and adaptation of the child under his custody.

Keywords: Maternity Leave; Men; Principle of Equality; Labor Law

1 - INTRODUÇÃO

Diante dos novos modelos de constituição das famílias contemporâneas, nota-se uma veemente necessidade de se adequar os direitos trabalhistas de licença-maternidade e salário-maternidade a atual realidade da família brasileira.

Contrariando o amparo constitucional destinado às famílias, com a previsão de dever do Estado, da sociedade e dos pais de proteção e às crianças e adolescentes, que devem receber toda a estrutura necessária ao seu crescimento e desenvolvimento, a legislação trabalhista vigente vem ignorando os novos modelos de família presente em nossa sociedade, negligenciando os trabalhadores e crianças membros de famílias ausentes de uma figura materna, como se tais famílias também não fossem merecedoras da tutela constitucional.

Com o intuito de erradicar tamanha discriminação, propõe-se o emprego da analogia para a interpretação e aplicação da legislação que trata de tais institutos trabalhistas, de modo a ultrapassar a letra fria da lei e efetivar seu real significado de proteção às crianças e às famílias brasileiras.

Desse modo, se propõe o presente trabalho a oferecer formas de se buscar a efetivação da igualdade constitucionalmente prevista, de modo a garantir a todos os pais trabalhadores o direito de gozar de tempo razoável com seus filhos, almejando alcançar o caráter protetivo do Direito do Trabalho.

2 - Princípio da igualdade na perspectiva do Estado Democrático de Direito em face dos institutos da licença-maternidade e paternidade.

Inicialmente, cabe-nos fazer uma breve digressão acerca do conceito de igualdade nos três modelos estatais do capitalismo contemporâneo.

No Estado Liberal, prevalecia a noção da igualdade perante a lei, ou “isonomia formal”. O objetivo era afirmar a abstenção estatal, a liberdade negativa, a generalidade e abstração da lei, que deveria ser interpretada uniformemente para todos (o que, na época, foi um avanço, uma vez que antes a igualdade se dava apenas entre as classes privilegiadas).

Nessa época, contudo, a cidadania – e, portanto, a igualdade – era direito assegurado apenas aos detentores dos meios de produção. Baseava-se na premissa de que o Estado era inimigo e de que as leis do mercado, por si só, eram capazes de garantir o patamar existencial mínimo de maneira uniforme para todos.

Assim, a igualdade formal representava privilégio para poucas classes, negando-se às demais categorias sociais o acesso a direitos fundamentais básicos, como, por exemplo, o de ser reconhecido como sujeito detentor de direitos.

No paradigma seguinte, do Estado de Bem-Estar Social, assentou-se a noção de igualdade na lei, ou “igualdade material”. Em um primeiro momento, isso implicou a concretização da liberdade positiva e a vedação de tratamentos desiguais a pessoas em situações de igualdade, repelindo-se a discriminação. A “igualdade substancial” perseguia a realização do mínimo existencial a todas as pessoas.

Nos países que, de fato, vivenciaram (e muitos ainda vivenciam) esse modelo estatal, é possível certificar-se de que esse objetivo foi atingido na maior medida possível.

Impende lembrar que o Brasil não experimentou efetivamente a concretização de um Estado de Bem-Estar Social, pois a igualdade substancial não logrou êxito na realidade social pátria.

Em um segundo momento, a “igualdade material” foi utilizada pelos regimes totalitários para justificar a implantação do socialismo e do comunismo, o que resultou na supressão de direitos individuais básicos, como a liberdade.

No atual paradigma, o Estado Democrático de Direito, a igualdade deve ser interpretada como “igualdade através da lei”³, assumindo contornos de igualdade formal e de igualdade substancial.

Não pode ser lida restritivamente como igualdade perante a lei (isonomia formal), tampouco no sentido de igualdade na lei que alguns Estados totalitários lhe imprimiram, corrompendo seu verdadeiro conceito.

Há de ser compreendida como “igualdade através da lei”, legitimamente construída pelos seus destinatários, por meio de seus representantes democraticamente eleitos.

Nesse sentido, o princípio da igualdade sugere a criação de um direito material pautado no tratamento diferenciado a pessoas ou grupos portadores de desigualdade fática em relação a outros grupos, com o intuito de alcançar a igualdade real.

Disserta Pimenta:

O relevo e a importância dados pelo legislador constituinte ao princípio da igualdade não deixa dúvidas quanto à sua natureza de princípio e norma verdadeiramente supraconstitucional – assim, até mesmo as demais normas constitucionais lhe devem respeito, devendo ser afastada qualquer interpretação destas últimas que implique em vulneração ou esvaziamento daquele princípio fundamental que, como um dos direitos e garantias individuais, integra as chamadas cláusulas pétreas da Constituição, que são insuscetíveis de modificação até mesmo através de Emendas Constitucionais (artigo 60, §4º da Carta Fundamental). (PIMENTA, 2000, p. 176)

Barroso ensina que a idéia de igualdade não barra o estabelecimento de situações jurídicas desiguais, pois a própria Constituição da República impõe o tratamento diversificado (em relação a sexo, idade e nacionalidade, desde que, logicamente, não importe em discriminação). Não obstante, o fundamento dessa conduta deve perseguir fim legítimo e ser baseado em fatores razoáveis. (2000, p. 32-34)

³ A expressão é de ROCHA, mas também aparece na obra de LORENTZ.

Ou seja, erige-se o princípio da proporcionalidade como parâmetro para aferir a validade do tratamento diferenciado e para conceituar a discriminação.

De acordo com Pimenta, não se pode interpretar o princípio da igualdade literalmente e de forma simplista. Significa dizer que não se pode conceber que toda e qualquer discriminação seria, por princípio, vedada. (2000, p. 176-179)

Considera o autor, embasado na doutrina de Rocha, que no estágio atual:

O Direito assume uma postura dinâmica, procurando 'igualar iguais desigualeados por ato ou com a permissão da lei. O que se pretende, então, é que a igualdade perante a lei signifique igualdade por meio da lei, vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas.(PIMENTA, 2000, p. 179)

Consoante Delgado, a não-discriminação labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência. Por outro lado, a igualdade busca igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações com ponto de contato, devendo ser expressa na lei (2007, p. 49).

O autor considera que ambos os princípios se correlacionam com o princípio da dignidade da pessoa humana, em especial o princípio da não-discriminação. A dignidade consiste exatamente em preservar a singularidade de cada pessoa e levar em consideração a particularidade do caso concreto (uma vez que as normas são criadas como comandos genéricos e abstratos). (2007, p. 49).

O princípio da igualdade deve ser pautado na lei, pois só a norma jurídica pode estabelecer o parâmetro do tratamento desigual a ser delegado a determinados grupos sociais, em razão de sua necessidade ou peculiaridade em relação aos seus demais pares. Além disso, deve ser fundado em critérios razoáveis que não impliquem discriminação (que é o tratamento desigual em virtude de fator injustificado). (DELGADO, 2007, p. 49).

A não-discriminação fixa critério geral de aplicação e interpretação das normas jurídicas, em especial as trabalhistas. Isso porque, a não-discriminação inviabiliza a prática de condutas agressoras do patrimônio moral e material dos indivíduos e deve ser privilegiada, independente de norma expressa que a determine. (DELGADO, 2007, p. 49).

O princípio da não-discriminação, assim, seria o que melhor se coaduna com a complexidade da vida real e com a finalidade do Direito do Trabalho, que é o de estabelecer

um padrão civilizatório mínimo a todos (empregados) garantido. Todavia, permitem-se as distinções, desde que pautadas no critério da proporcionalidade.

O problema de se utilizar o princípio da igualdade como regra deriva da dificuldade de precisar o seu conceito e das diversas interpretações que lhe foram atribuídas ao longo do tempo.

Para PláRodríguez, deve-se separar o principal, que é a dignidade da pessoa humana – e que deve ser assegurada a todos – e o acessório, que é a singularidade de cada um e de cada caso concreto. Cabe ao Direito do Trabalho garantir esse mínimo existencial, qual seja a dignidade humana, pois o que se combate é a existência de situação discriminatória. (2002, p. 445)

Desse modo, permite-se que um trabalhador alcance patamar mais elevado do que os demais, em razão de suas virtudes e de seu desempenho. A igualdade plena (igualdade na lei) afeta a finalidade do ramo trabalhista e impede a concessão de melhorias e benefícios ao trabalhador. (RODRIGUEZ, 2002, p. 445)

Sob a ótica da concepção constitucional brasileira, ordenadora da edificação do Estado Democrático de Direito, Lorentz constrói o conceito de igualdade a partir do qual se deve interpretar a norma jurídica:

[...] a igualdade como norma constitucional que deve ser lida como a obrigatoriedade de tratamento isonômico a todos os cidadãos e a possibilidade de tratamentos diferenciados a pessoas ou grupos que, por sua qualidade diferencial ou desequilíbrio fático em relação ao resto da sociedade, necessitam de um tratamento diferenciado, justamente porque igualdade pressupõe o respeito e a preservação das diferenças individuais e grupais ou da diversidade que é inerente à natureza humana [...] Evidentemente esta possibilidade de tratamento diferenciado a determinadas pessoas ou grupos não pode ser aleatória, e tampouco discriminatória em sentido negativo. (2006, p. 58)

Ensina Bonavides que o princípio da igualdade obriga o Estado a prestações positivas, a fim de materializar os comandos jurídicos normativos de isonomia (substancial entenda-se). (2007, p. 378)

Disserta o autor que “a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo”. Isso não quer dizer que a igualdade revogue a liberdade, mas sim que essa sem a igualdade é valor vulnerável. (BONAVIDES, 2007, p. 378)

A igualdade de condições é pressuposto indispensável à concretização das liberdades materiais.

Desta feita, pode-se dizer que a igualdade substancial corresponde ao “patamar mínimo civilizatório”⁴ e solidifica-se mediante a consecução da “igualdade de oportunidades”⁵ e da redução das desigualdades.

O sentido da expressão “igualdade de oportunidades” condiz com a igualdade de condições (social, econômica e cultural) como elemento essencial da própria dignidade humana. Nesse sentido, ressalta-se a existência de um mínimo existencial equivalente a essa igualdade e que deve ser assegurado a todos para a edificação dos direitos individuais e de liberdade e para a efetivação da justiça social e da democracia.

Nessa esteira disserta Rocha:

[...] igualdade é uma dessas formas de dizer a democracia. É conteúdo desta e [...] é o princípio que dá corpo e alma às normas jurídicas, logo é com o sentido e a matéria de igualdade que se compõem e não de ser compreendidas as normas jurídicas. (1990, p. 22)

Assim, o Estado brasileiro deve garantir “as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais”. (BONAVIDES, 2007, p. 378)

Nessa senda, conclui-se que, embora o art. 5º da CR/88 pareça prescrever a igualdade formal, a sua interpretação deve ser feita em consonância com os demais princípios constitucionais, que refletem os valores estruturais do ordenamento jurídico pátrio.

Dessa maneira, o sentido balizador do princípio da igualdade consubstancia-se na idéia de “igualdade através da lei”. Afirma-se a igualdade formal e a igualdade substancial, assecuratória do mínimo existencial digno e autorizadora do tratamento desigual pautado no princípio da proporcionalidade.

Isto exposto, depreende-se que, com relação à licença-maternidade e paternidade, deflagra-se uma notória desigualdade de tratamento entre homens e mulheres, sem que, contudo, tal diferenciação gere efetiva igualdade no plano concreto.

Tanto a Constituição da República, quanto a Consolidação das Leis do Trabalho, com o intuito de resguardar a proteção às crianças e suas respectivas famílias, determina o direito à licença-maternidade, e a não-interrupção de salário, às empregadas gestantes ou às

⁴ A expressão é de DELGADO.

⁵ A expressão é de BOBBIO, mas também é aduzida por ROCHA.

empregadas que adotarem ou obtiverem guarda legal para fins de adoção de crianças⁶, sendo cabíveis aos empregados homens, segundo os supracitados diplomas legais, licença paternidade pelo período de somente 05 dias.⁷

Tais preceitos nos parecem defasados e não condizentes com as diversas conjunturas familiares existentes na atualidade, por não abarcarem as hipóteses de estruturas familiares formadas unicamente por homens que, seja atuando como pais solteiros, seja atuando em parceria com um companheiro, possuem tanta responsabilidade e necessidade de estarem com seus filhos, biológicos ou adotados, quanto uma mulher teria.

Ao elencar os direitos e garantias fundamentais, o art. 5º da Constituição da República preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.⁸

Portanto, ao garantir os supra referidos benefícios trabalhistas somente aos empregados do sexo feminino, diante de inúmeros casos em que é possível que empregados homens estejam em situações análogas às vivenciadas pelas trabalhadoras mães, biológicas ou adotivas, está a legislação brasileira confrontando princípios basilares do Estado Democrático de Direito, uma vez que dispõe o sexo do trabalhador como mais importante que a proteção à criança e à família. Deste modo, está a legislação pátria tratando homens e mulheres de maneira desigual, sem que haja, entretanto, fundamento para tal diferenciação, uma vez que tal discriminação não gera a efetivação da igualdade entre os trabalhadores.

Ainda, mais do que tratar de forma preconceituosa e discriminatória os homens que se encontram na condição de pais, ausentes da figura materna, a interpretação restrita e literal de tais preceitos vigentes trata com desigualdade, também, as crianças que se encontram sob a guarda unicamente masculina, contrariando o real intuito da legislação, ou seja, resguardar o interesse social de que o novo ser humano alcance desenvolvimento pleno e satisfatório sob os aspectos físicos e psicológicos, contribuindo para sua formação saudável e plena.

Enquanto perdura a lacuna legislativa referente à licença-paternidade, uma vez que falta regulamentação para a mesma, prevista no ADCT, desde a promulgação da Constituição

⁶ A Consolidação das Leis do Trabalho: Art. 392: “A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.”;

Art. 392 – A: “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 (...).”;

Art. 393: “Durante o período a que se refere o art. 392, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.”

⁷ Constituição da República de 1988, art. 7º, XIX: “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;” Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 10 - “Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição: §1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no Art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.”

⁸ Constituição da República de 1988, 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”;

da República, a jurisprudência majoritária tem aplicado a regra geral, prevista no artigo 10º, § 1º, do ADCT, conferindo os somente cinco dias de licença-paternidade ao pai solteiro, adotante ou não, e ao pai componente de casal homossexual masculino.

Desse modo, em tais casos, ao se aplicar a regra dos cinco dias para a licença-paternidade, estamos permitindo, na realidade, tratamento diverso a pessoas que se encontram na mesma situação, qual seja, a de buscar promover para seus filhos uma melhor adaptação e convívio familiar.

Ainda que, para o Direito do Trabalho, se faça mister a desigualdade de tratamento entre homens e mulheres em alguns casos específicos, de modo a conferir igualdade de condições no plano fático, não há nenhum fundamento constitucional capaz de corroborar tal discrepância existente entre o período de tempo concedido na licença-maternidade e na licença-paternidade, quando a família se encontra ausente da figura materna. Pelo contrário, ao não se conceder iguais condições ao trabalhador que acaba de se tornar pai, está-se contrariando preceitos basilares contidos na Constituição da República, além de negligenciar e discriminar a criança que somente possuem figuras paternas.

Afirma Rocha:

O princípio jurídico da igualdade é o que a sociedade quer que ele seja. Não é obra de Deuses, nem formas heterônomas, nem de forças exógenas que se impõem a uma sociedade com explicações místicas e mistificadas. O ser humano iguala-se a outro quanto à sua natureza e à sua essência e desiguala-se em sua contingência humana e em sua continência social. O Direito é o que a sociedade – ou muita vez, o eventual detentor da capacidade de ditar normas – diz que ele é. (1990, p.120)

Sendo assim, é imperativo que essa aplicação da tradicional licença-paternidade aos casos de pais ausentes da figura materna seja ultrapassada, através da jurisprudência e de leis que garantam a proteção dos trabalhadores e de suas famílias, de forma efetiva e uniforme, a efetivação da igualdade no caso concreto.

3 - O novo conceito de família e o princípio do melhor interesse da criança

Desde o advento da Constituição da República de 1988, o conceito de família vem evoluindo, não mais se confundindo com o conceito de casamento, sendo a família

contemporânea constituída não somente por laços biológicos, mas também pela afetividade ou afinidade.

Tais famílias trouxeram consigo diversas inovações em seu modo de organização e constituição, refutando os tradicionais e conservadores paradigmas que somente consideravam incluídos no conceito de família aqueles grupos sociais possuidores de uma figura paterna, do sexo masculino, e de uma figura materna, do sexo feminino.

Atualmente, é bastante comum na sociedade a existência de famílias não-convencionais, como as famílias monoparentais, compostas somente por uma figura materna/paterna e seu(s) filho(s), e as famílias homoafetivas, compostas por um casal homossexual, seja de homens ou mulheres, que exercem, ambos, a função de pais/mães.

Sobre o surgimento deste novo conceito de família, Dias leciona:

Romperam-se os paradigmas em que a família era identificada pelo casamento. A evolução dos costumes, a emancipação da mulher, o surgimento dos métodos contraceptivos, a própria globalização levaram à reformulação da estrutura da família. De um reduto da conjugalidade, a família se transformou em um espaço da afetividade que alberga todas as modalidades vivenciais, gerando seqüelas que devem ser inseridas no âmbito do Direito de Família. Assim, tanto as uniões que prefiro chamar de homoafetivas (expressão que cunhei na obra que escrevi preconizando o reconhecimento das relações homossexuais), quanto os relacionamentos em que há comprometimento mútuo merecem ser chamados de família, independente do número ou do sexo de seus integrantes. (DIAS, 2009, p. 382)

Dentre esses novos modelos familiares, encontram-se os que são ausentes das tradicionais figuras maternas, mas, ainda assim, são considerados pela doutrina e pela jurisprudência como legítimas instituições detentoras do status de entidade familiar e do poder paternal sendo, portanto, merecedoras da tutela jurídica dispensada às famílias, uma vez serem tais instituições, conforme a Constituição da República, bases da sociedade brasileira, consoante prevê o art. 226 que dispõe que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Acerca do artigo constitucional supra, Dias:

A norma (CF 226) é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de

reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer a tutela legal. (DIAS, 2009, p. 382)

Ainda, sobre a tutela jurídica brasileira dispensada a essas famílias não-convencionais, o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, que discorreu acerca do caráter familiar dos casais homoafetivos, em julgamento da ADPF nº 132-RJ e ADI 4277, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo:

II.3. que a terminologia “entidade familiar” não significa algo diferente de “família”, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da sub-família, família de segunda classe ou família “mais ou menos” (relembrando o poema de Chico Xavier). (...) Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, **mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se preferir, uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos.** (...) Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)? II.4. que as diferenças nodulares entre “união estável” e “casamento civil” já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que **não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem.** E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equivalência jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os

homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.(grifo original)

Também corroborando com o atual tratamento dispensado às famílias homoafetivas, de modo a combater a desigualdade de tratamento entre estas e as famílias convencionais, recente voto do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, que admitiu casamento civil entre pessoas do mesmo sexo:

“Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana. Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.(...) Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada "família", muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica. Atentando-se a isso, o pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes, tanto desta Corte, quanto do STF -, impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.(...) Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua co-participação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.”⁹(grifo nosso)

⁹ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249>. Acesso em: 22 nov. 2011.

No entanto, delimitando, o que nos é relevante no presente trabalho é o estudo das famílias homossexuais masculinas e das famílias monoparentais compostas somente por pais solteiros, em que estes assumem o dever de educar seus filhos sozinhos.

A ausência de uma figura feminina nas famílias monoparentais pode ter diversos motivos, tais como, divórcio, óbito do cônjuge, abandono do lar, adoção por uma só pessoa, geração de filhos por modo independente, entre outros tantos.

Esse tipo de família encontra-se constitucionalmente prevista e resguardada, conforme disposição do artigo 226, §4º, da Constituição Federal de 1988 que preceitua que: “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Às famílias, sejam elas formadas a partir do casamento, da união estável, por pais solteiros ou quaisquer outras formações em que estejam presentes os laços da afinidade e efetividade, foi atribuído o dever de proteção da criança e do adolescente e a promoção de seu bem-estar, conforme prescreve a Carta Constitucional, em seu art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No mesmo sentido, o artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também assegura, categoricamente, o direito da criança à devida convivência familiar:

“Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.” (grifo nosso)

Diante de tais normas, depreende-se que, ao não se conceder aos pais trabalhadores ausentes de uma figura materna em seu meio familiar um período de licença digno e razoável, como aquele concedido as trabalhadoras do sexo feminino, estão sendo feridos não somente os direitos dos trabalhadores, mas, também, o direito dos filhos destes que, por não possuírem mãe, vêm sendo tratados de forma desigual e preconceituosa, sendo privados da convivência com os seus pais no momento em que esta se faz tão necessária.

Tais normas de proteção, elencadas pelo ECA e pela Constituição da República, são oriundas do princípio do melhor interesse da criança, ou *bestinterestofthechild*, princípio este plenamente incorporado e consagrado por nosso ordenamento jurídico e que encontra raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959. Tal princípio aduz, em suma, que, quando houver conflitos envolvendo um menor, sua solução buscará alcançar o melhor resultado para a criança, devendo os seus interesses serem sobrepostos aos demais.

Sobre tal princípio, Meira:

Por estar estritamente ligado aos direitos e garantias fundamentais conferidos pela ordem constitucional pátria, a adequada aplicação do princípio está na garantia de aplicação de tais direitos. E essa estreita ligação obriga a família, Estado e sociedade a zelarem pelo melhor interesse do menor, cuidando de sua boa formação moral, psíquica e social, como determina o art. 5º do Estatuto da Criança e do adolescente (...) Assim, o Princípio do Melhor Interesse da Criança seria uma garantia de efetivação dos direitos fundamentais a eles conferidos diante do caso concreto. (MEIRA, 2004, p. 206)

Ainda sobre tal princípio, Pereira:

Identificamos o ‘melhor interesse da criança’, nos dias de hoje, como uma norma cogente não só em razão da ratificação da Convenção da ONU (através do Decreto 99.710/90), mas também porque estamos diante de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma. Destacando o seu caráter interpretativo, o referido princípio cumpre uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio direito da infância-adolescência, ao mesmo tempo em que permite interpretar, sistematicamente, suas disposições, reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância.” (PEREIRA, 1999, p. 223)

Desse modo, conclui-se que deve ser um dos fins últimos das famílias (e, aqui, incluídas também as monoparentais e as compostas por casais homossexuais, conforme já explicitado) do Estado e de toda a sociedade, a proteção da criança e do adolescente e a superveniência de seus interesses acima de todos os outros.

Assim sendo, mais do que razoável, é veementemente necessária a adequação dos direitos trabalhistas de licença-maternidade e salário-maternidade à realidade fática da atual família brasileira, superando a visão estritamente biológica dos laços parentais, e ampliando-se os direitos do trabalhador do sexo masculino quando, devido aos seus deveres paternos, estes lhe forem imprescindíveis para a proteção, cuidado e adaptação da criança e adolescente sob sua tutela.

4 - Licença-maternidade e licença-paternidade

Para uma melhor compreensão do cenário trabalhista concernente à proteção dispensada à família, devemos, inicialmente, realizar um breve estudo acerca dos institutos da licença maternidade e paternidade.

A licença-maternidade é uma garantia constitucional extensiva às empregadas, contribuinte individual, trabalhadora avulsa, domésticas, segurada especial e segurada facultativa, estando prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição da República, que conferiu a esta a duração de 120 dias.

Tal licença possui forte caráter social e tem como fundamento o amparo que o Estado Brasileiro concede à maternidade e, principalmente, à família, que, como célula da sociedade, deve ser, desde sempre, preservada.

Assim leciona Barros:

“A maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de 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.” (BARROS, 2008, p. 1084)

No Direito Brasileiro, a licença-maternidade encontra-se regulamentada pelos artigos 391 a 401 da Consolidação das Leis do Trabalho, no capítulo destinado a proteção à maternidade.

Fundamental ressaltar que a licença-maternidade independe do estado civil da trabalhadora, possuindo sua razão de existir na busca do bem-estar da criança, que, durante seus primeiros meses de vida, necessita do amparo materno em tempo integral.

Nesse sentido, Mandalozzo:

“A finalidade da licença-maternidade não visa somente à mãe, mas também e principalmente ao filho. Os primeiros momentos de convivência entre mãe e filho são primordiais ao desenvolvimento pleno deste.(...) Esses períodos foram previstos para se preparar a acolhida à criança, inclusive com roupas e acomodações e, principalmente, para possibilitar a integração mãe-filho. “ (MANDALOZZO, 1996, p. 54)

Barros, em entendimento consubstanciado pela doutrina e pela jurisprudência, possuindo como fundamento a Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho¹⁰, ensina, ainda, que a proteção garantida pela licença-maternidade abrange o bem estar da mulher independentemente da criança nascer ou não com vida, conforme demonstra nas seguintes lições:

“O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Alias, inúmeros doutrinadores, igualmente juízes e alguns ex-ministros do TST, que abordam o tema, especificamente, defendem o descanso, independentemente de a criança nascer com vida, salvo a hipótese de aborto, dada a previsão legal específica. Se o legislador pretendesse reduzir a licença, nesta hipótese, deveria tê-lo

¹⁰CONVENÇÃO Nº 103 - PROTEÇÃO À MATERNIDADE (REVISADA), 1952

Aprovação: Decreto Legislativo nº20, de 30 de abril de 1965.

Ratificação: 18 de junho de 1965.

Promulgação: Decreto no 58.821, de 14 de julho de 1966.

Área de Aplicação: Mulheres empregadas na indústria e em trabalhos não-industriais e agrícolas, inclusive assalariadas que trabalham em seu domicílio.

CONTEÚDO BÁSICO

1. Direito da mulher à licença-maternidade de pelo menos doze semanas, mediante apresentação de atestado médico contendo a data prevista do parto.
2. Obrigação de que pelo menos seis semanas da licença sejam após o parto, período esse que não será reduzido, mesmo quando o parto ocorra após a data prevista.
3. Direito da mulher de:
 - Remuneração durante a licença, não inferior a dois terços de sua remuneração prévia e suficiente para garantir plenamente sua manutenção e de seu filho em boas condições de saúde e em padrão de vida adequados, e a assistência médica, proporcionada por seguro social compulsório pago por empregadores ou conjuntamente por empregadores e empregados de ambos os sexos ou ainda por fundos públicos;
 - cuidados pré-natais, durante o parto e puerperais por profissionais qualificados e hospitalização quando necessária, respeitando-se a livre escolha do médico e entre hospital público e privado;
 - licença suplementar em caso de doença conseqüente à gravidez ou parto;
 - interrupção do trabalho para amamentação, contando-se e remunerando-se esse tempo como horas de trabalho.
4. Ilegalidade de demissão durante a licença-maternidade.

feito expressamente, como ocorre com o Código do Trabalho da Hungria, entre outras legislações.” (BARROS, 2008, p. 1089)

Encontra-se a licença-maternidade vinculada ao salário-maternidade, este, de natureza previdenciária, sendo este devido, durante 120 dias, às seguradas empregada, empregada doméstica, contribuinte individual e facultativa, por ocasião do parto, da adoção ou da guarda judicial para fins de adoção. Tal benefício é pago diretamente pelo INSS às trabalhadoras avulsas, autônomas e domésticas, e pelo empregador, às trabalhadoras empregadas (exceto nos casos de adoção, sendo nestes casos pago pelo INSS), sendo compensado quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, conforme previsão da Lei 8.213/91.¹¹

Sua concessão independe do tempo de serviço da empregada e de período de carência, sendo que o valor do benefício não está sujeito a um limite, como ocorre com outras prestações previdenciárias.

Percebe-se que, ao conferir à licença-maternidade o caráter previdenciário, buscou-se coibir a discriminação do trabalho da mulher, uma vez que, ao retirar do empregador o encargo antes incumbido apenas a ele, pretendeu-se desonerá-lo, para que o mesmo não se sentisse compelido a limitar a contratação de mulheres em idade fértil.

Ademais, para assegurar e corroborar tal proteção, determinou o legislador, no artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, constituindo, assim, a garantia de emprego da gestante.

Cumpre ressaltar, ainda, que a Lei 11.770/08, que criou o programa “Empresa Cidadã”, instituiu a prorrogação da licença-maternidade por mais 60 dias, garantida à empregada de pessoa jurídica que aderir ao programa, desde que a requeira até o final do

¹¹ 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.

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

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral.

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

primeiro mês após o parto, sendo esta concedida imediatamente após o gozo da licença constitucional de 120 dias.¹²

As referidas garantias trabalhistas concedidas à mulher foram previstas como forma de se resguardar a empregada e sua atuação no mercado de trabalho, coibindo que o empregador aja com discriminação na fase de seleção de pessoal, em decorrência de seu sexo, estado gravídico ou fase fértil. Desse modo, busca-se conceder às mulheres oportunidades iguais as percebidas pelos homens dentro do mercado de trabalho, impedindo-se que a gravidez, ou a possibilidade desta, sejam fatores determinantes no momento de contratação de empregados.

Em contrapartida, a licença-paternidade não goza de grande amparo no direito brasileiro, estando previsto no artigo 7º, XIX e §único da Constituição da República de 1988, e possuindo, segundo o art. 10, §1º, do ADCT, enquanto não promulgada lei que regulamente tal benefício, duração de somente cinco dias.

É devida a licença-paternidade ao empregado urbano, rural e doméstico, ao trabalhador avulso, aos militares e aos servidores públicos. Diferentemente da licença-maternidade, tal benefício não possui natureza previdenciária, constituindo ônus do empregador, sendo somente prevista como tal para os servidores públicos, uma vez previsto no artigo 208, da Lei 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Também, distinguindo-se da licença concedida à empregada mulher, a licença-paternidade não assegura ao trabalhador o pagamento de salário durante o período de gozo da referida licença, uma vez que não há lei que institua tal obrigação para o empregador, constituindo, somente, hipótese de interrupção do contrato de trabalho, não podendo o empregador descontar os dias não trabalhados. Ainda, não previsão de garantia de emprego para o pai, sendo esta restrita à mãe empregada.

Tendo em vista tais normas que regem a licença-maternidade e a licença-paternidade no direito brasileiro, constata-se a presença de uma visão ultrapassada e em flagrante discrepância com a atual realidade das famílias brasileiras, no que concerne aos direitos maternos e paternos dos empregados, tendo em vista que tais normas tomam como base uma

¹² Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal. § 1º A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

sociedade patriarcal, em que cabe somente às mulheres a obrigação de cuidado com seus filhos, relegando ao pai trabalhador apenas um papel coadjuvante e meramente financeiro na assistência e amparo de sua família.

Sobre esse pensamento retrógrado que ainda vigora na legislação brasileira, a professora Pereira, em seu artigo “Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar”:

“(...) destacamos a mulher que guarda em si a especial prerrogativa da maternidade, a qual, no entanto, desde criança é desconsiderada em suas necessidades e direitos; na família ou fora dela, a mulher deve exercer seu papel primordial de realização como cidadã e membro da comunidade, sem excluir suas funções familiares. Sua discriminação viola princípios de igualdade de direitos e respeito à dignidade humana.(...) Assumi-la como pessoa produtiva, cujo trabalho fora de casa interessa à família e à sociedade, se apresenta como uma realidade irreversível em um novo contexto de final de século. (...) O protótipo do homem que vive para o trabalho, é esforçado e inteligente, mas incapaz de cuidar da casa, tem levado a sociedade a manter um modelo irreal, impedindo de revelar a situação paradoxal de um ser humano que possui também suas fragilidades e contradições e, sobretudo, outras potencialidades que bem se revelariam na harmonia da convivência familiar.” (PEREIRA, 2004, p. 206)

Desse modo, temos que o tratamento dispensado aos trabalhadores do sexo masculino, como veremos, não coaduna com as mudanças no conceito de família sofridas pela sociedade brasileira e, para tanto, necessita, com urgência, ser superado.

5 - A possibilidade do emprego da analogia no instituto da licença-maternidade

Como já vimos, a família monoparental é reconhecida e protegida por nosso ordenamento jurídico, bem como a família formada por casais homossexuais masculinos, sendo, portanto, um total contra-senso o direito desses pais e de suas famílias continuar sem a devida proteção efetiva, não sendo razoável que, de acordo com a legislação trabalhista atual, esses pais tenham direito aos somente 5 dias de licença-paternidade.

Ressalta-se que, pela legislação brasileira, o direito à licença-paternidade decorre do fato do obreiro se tornar pai, não importando se tal circunstância se deu mediante adoção ou meio biológico.

É esse o entendimento retirado da Lei 12.010, de agosto de 2009, que dispõe sobre a adoção:

Art. 42: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.”

§2º - Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Portanto, tem-se que não há, na legislação brasileira, qualquer exigência de que a pessoa que pretenda adotar uma criança pertença ao sexo feminino, não havendo, ainda, vedação à adoção realizada por pessoa do sexo masculino ou a exigência de que este possua uma mulher como companheira.

Dentre as hipóteses biológicas, existem, atualmente, inúmeras maneiras de se tornar pai de uma criança, sem que exista, de fato, uma figura materna na família. Como exemplo, cita-se o método das inseminações artificiais, com a utilização das famosas “barrigas de aluguel”, ou, pelo “modo natural”, os pais que perdem a companheira em decorrência de seu falecimento, no momento do parto, ou pelo abandono de lar desta, logo após dar à luz.

Entretanto, ainda que existam tantas possibilidades de paternidade sem a presença de uma figura materna e presentes tamanhas particularidades na família brasileira, a legislação pátria ainda é silente quanto a alguns direitos necessários a sua efetiva proteção e prosperidade, dentre estes, a previsão de afastamento do emprego, por um período de tempo razoável e apropriado, sem prejuízo de seu salário, para homens solteiros e para casais homossexuais masculinos que, mediante adoção ou método biológico, tornam-se pais.

Tanto a Consolidação das Leis do Trabalho, quanto a Lei 12.010 de 2009, que trata da adoção, foram silentes a respeito de tais situações e, ao editarem regras para a licença-maternidade, deixaram de considerar ponto muito importante na sociedade atual, qual seja, a existência de famílias monoparentais e homossexuais masculinas, nas quais o pai é o único responsável pela adaptação e bem-estar da criança ao meio familiar.

A Lei 12.010/2009, ao revogar dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que estipulavam a duração da licença-maternidade conforme a idade do adotado¹³, buscando, desse modo, promover a igualdade entre as mães e filhos adotivos e biológicos, esqueceu-se de que o pai, em certos casos, também desempenha o papel de mãe, sendo o responsável integral pela vida e educação de seus filhos, como ocorre nas famílias monoparentais retro citadas.

¹³ 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.

Se o objetivo da licença-maternidade é promover a criação de laços afetivos entre a mãe e a criança, zelando, inclusive, por um maior cuidado para aqueles que dele necessitam, tal raciocínio também se aplicaria ao pai que precisa criar esse laço e promover esse cuidado a seu filho.

Importante ressaltar que, quanto às famílias monoparentais constituídas por mãe solteira, em caso de adoção, essa terá o direito a 120 dias de licença, independentemente da idade da criança, conforme mudanças trazidas pela Lei 12.010/2009.

A supracitada lei, entretanto, foi omissa a respeito das adoções realizadas por pais ausentes de figura materna, não disciplinando a situação do pai na família monoparental e homossexual masculina, causando visível violação ao princípio da isonomia, uma vez que promoveu tratamento diferenciado entre pessoas que claramente se encontram na mesma situação.

Diante dessa desigualdade, e em conformidade com a evolução do conceito de família, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, ao julgar decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, entendeu que a licença-maternidade também deve ser concedida ao pai solteiro adotante, como se lê no trecho decisão abaixo transcrita, parte integrante do processo CSJT – 150/2008-895-15-00-0:

“(…) tem-se como essencial uma interpretação sistemática do artigo 210 da Lei nº 8.112/90 com o artigo 5º, caput, da Constituição da República, que consagra o princípio da isonomia. Com efeito, se o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 42 da Lei nº 8.069/90) confere a qualquer pessoa com idade superior a 21 (vinte e um) anos, independente do sexo, o direito à adoção, afigura-se-me normal que um servidor, ainda que não casado, opte por adotar ou obter a guarda judicial de uma criança. Aliás, conduta desta natureza, além de se encontrar em perfeita harmonia com o artigo 227 da Constituição da República, que prevê ser dever do Estado, da família e da sociedade assegurar, com absoluta prioridade, proteção à criança e ao adolescente, é digna de louvor, principalmente se levarmos em consideração que vivemos num país que, embora em desenvolvimento, convive ainda com elevado número de crianças em total abandono e às margens da criminalidade. Não é menos verdade que o lapso temporal de 90 dias previsto no artigo 210 da Lei nº 8.112/90, para gozo de licença da servidora, deve-se ao fato de, em se tratando de criança com idade inferior a 1 (um) ano, serem imprescindíveis, tanto cuidados especiais e essenciais à adaptação ao novo ambiente familiar, como a aquisição de materiais a serem utilizados pela criança e, quiçá, a contratação de uma babá de confiança para zelar pelo menor. Esses cuidados, como se sabe, não deixam de ser primordiais à boa adaptação da criança, apenas por ser

o adotante um servidor do sexo masculino que não tenha firmado sociedade conjugal. Aliás, eventual conclusão no sentido de se obstaculizar o direito do servidor implicaria, a meu ver, manifesta ofensa ao princípio constitucional da isonomia, além da consagração de tese que, certamente, não conseguiu acompanhar a evolução da nossa sociedade.”(grifo nosso)

Também nesse sentido, outras recentes decisões de nossos tribunais pátrios:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ADOÇÃO DE MENOR. LICENÇA-MATERNIDADE DE 120 DIAS. CONCESSÃO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88.

1. A licença maternidade visa, antes de tudo, assegurar os direitos da criança, que, independente de ser biológica ou adotiva, necessita dos cuidados maternos em tempo integral, nos primeiros meses de vida. Aplicação analógica do art. 7º, XVIII, bem como dos arts. 226 e 227, § 6º, ambos da Constituição Federal/88.
2. Apelação e remessa oficial não providas. “ (TRF 01ª Região - AMS 2003.38.00.032368-0/MG - Rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão – 01ª Turma Suplementar – DJF1 pag. 70 em 15.06.2011)¹⁴

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

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

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

Diante do exposto, defiro o pedido liminar para conferir ao Impetrado o direito de gozar da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade prevista no art. 207 da Lei nº 8.112/90 c/c art. 2º, §1º, do Decreto nº 6.690/08” (Justiça Federal do Distrito Federal – 06ª Vara – Decisão em Mandado de Segurança com Pedido de Liminar nº 6965-

¹⁴ Disponível em:

<

Entretanto, ainda que o judiciário já tenha se pronunciado acerca da grave ofensa ao princípio da isonomia gerado pela aplicação com base na interpretação restritiva dos dispositivos que tratam da licença-maternidade, tais decisões ainda são extremamente raras na jurisprudência pátria, fato este inadmissível, uma vez que tal falta de posicionamento judicial vem frustrando a garantia de proteção às famílias, crianças e adolescentes, bem como os direitos dos trabalhadores brasileiros.

Sendo a proteção à criança e à família prioridades fundamentais de nosso Estado, faz-se necessária a concessão aos obreiros pais, nos casos de ausência das mães, de um período de tempo mais apropriado ao lado dos filhos, e a continuação de recebimento de salário durante esse período, para que possam promover a sua melhor inserção e adaptação no seio familiar.

Leciona Diniz, conceituando a analogia:

“a analogia consiste em aplicar a um caso não previsto de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundado na identidade do motivo da norma e não da identidade do fato.”
(DINIZ, 2000, p. 140)

Estabelece o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC) que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Da mesma forma, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê, em seu artigo 8º:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Desse modo, temos que a analogia é método aceito e positivado no ordenamento jurídico brasileiro, sempre que houver lacuna legal ou contratual.

Diniz conceitua as lacunas como:

(...) faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora” (DINIZ, 2002, p. 70)

Ainda, Maria Helena Diniz classifica as lacunas em três diferentes espécies:

(...) ante a consideração dinâmica do direito e a concepção multifária do sistema jurídico, que abrange um subsistema de normas, de fatos e de valores, (...) três são as principais espécies de lacunas: 1ª) normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, (por exemplo, o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso técnico acarretarem o anciloso da norma positiva); e 3ª) axiológica, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta” (DINIZ, 2002, p. 95) (grifo nosso)

Desse modo, depreende-se que, ainda que se considere que a legislação pátria não apresente, quanto ao instituto da licença-paternidade, lacunas normativas, uma vez que há norma que o prevê e regulamenta, constata-se a presença de lacunas ontológicas e axiológicas, resultando na aplicação de normas injustas e não condizentes com a realidade social de nosso país.

Assim sendo, uma vez que a legislação brasileira relativa aos direitos dos pais trabalhadores se encontra materialmente superada, por não ter acompanhado a evolução da família e da sociedade brasileira, não se pronunciando a respeito de tais situações em que uma duração maior da licença-paternidade seria tão fundamental, é perfeitamente cabível a utilização da analogia e, conseqüentemente, a concessão da licença aos pais obreiros nos moldes da licença-maternidade.

Defendemos, portanto, a aplicação de licença de duração de 120 dias e remunerada também aos trabalhadores homens, nos casos das hipóteses já explicitadas, abrangendo a aplicabilidade dos dispositivos que tratam da licença-maternidade para além de sua mera interpretação gramática/literal.

Similar exercício hermenêutico acerca do instituto da licença-maternidade já foi, inclusive, anteriormente realizado pela jurisprudência pátria, quando, no ordenamento jurídico brasileiro, a mãe adotante não fazia jus a tal direito, ou seja, anteriormente à Lei 12.010/2009, conforme demonstra o seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

“RECURSO DE REVISTA. LICENÇA MATERNIDADE. MÃE ADOTIVA.O escopo da norma constitucional que instituiu o benefício da licença maternidade (art. 7º, XVIII) não está adstrito apenas à proteção da mãe biológica, mas, sobretudo, à proteção do filho recém-nascido que, por razões óbvias, necessita do contato diuturno com a figura materna, dos cuidados, da proteção e atenção constantes desta, sendo irrelevante, neste contexto, que se trate de mãe biológica ou adotiva. Negar o benefício à mãe adotiva, com base na interpretação literal do preceito constitucional citado, implicaria em discriminar o filho adotado, o que é defeso, a teor do disposto no art. 227, § 6º, da Constituição da República. Recurso conhecido e não provido.” (Processo: RR - 559639-06.1999.5.15.5555 Data de Julgamento: 23/04/2003, Relator Juiz Convocado: Paulo Roberto Sifuentes Costa, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 16/05/2003.)¹⁵(Grifamos)

Percebe-se que, pelo entendimento presente nas razões da decisão supra, a leitura restritiva dos preceitos relativos à licença-maternidade foi afastada, prevalecendo não o vínculo material da criança com os pais, mas, em benefício da criança, o vínculo formal pais/filhos, independentemente da origem de tal vínculo, se natural ou oriunda de construção jurídica.

Sob essa ótica, portanto, o presente trabalho propõe a realização de uma interpretação mais ampla a respeito da concessão de tais direitos trabalhistas, uma vez que não se pode conceber o prejuízo da criança não possuidora de figura materna em virtude, somente, do sexo de seus pais ou do vínculo entre eles existente.

Recentemente, preocupada com a flagrante desigualdade de tratamento presente em nosso ordenamento, a OAB, Ordem dos Advogados do Brasil, através da Senadora Marta Suplicy, apresentou Proposta de Emenda Constitucional, PEC 110/11, que propõe, dentre outras alterações (dentre estas, destaca-se a previsão de união estável e casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (como vimos, recentemente autorizado pelo STJ) a criação de uma “licença-natalidade”, a ser prevista no artigo 7º, da Carta Magna, conforme texto que se segue:

“Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

¹⁵ Disponível em:
<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2070600092.1999.5.09.0661&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAsvaAAT&dataPublicacao=21/08/2009&query=recurso%20de%20revista%20licen%E7a%20maternidade%20m%E3e%20adotiva>> Acesso em 20 nov. 2011.

XVIII – licença-natalidade, concedida a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias;

XIX – durante os 15 dias após o nascimento, a adoção ou a concessão da guarda para fins de adoção, a licença é assegurada a ambos os pais. O período subsequente será gozado por qualquer deles, de forma não cumulada.”¹⁶(grifamos)

Como justificativa ao projeto, a Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil expôs:

“(…)é apresentada esta proposta de Emenda à Constituição Federal para que seja afirmada a proibição de discriminação em decorrência orientação sexual ou identidade de gênero. Também é indispensável permitir a extensão de todos os direitos e garantias fundamentais às uniões homoafetivas e aos seus integrantes, quer o direito de verem seus vínculos afetivos reconhecidos como entidade familiar, quer a expressa concessão do direito ao casamento. Ao depois, nada justifica deixar de impor a quaisquer dos genitores os deveres inerentes ao poder familiar. Daí a necessidade de se deixar de se falar em maternidade e paternidade e assegurar licença-natalidade para que os pais possam acompanhar o desenvolvimento dos filhos da maneira que lhes seja mais conveniente. Proibir discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, reconhecer a família homoafetiva e assegurar todos os direitos decorrentes da homoparentalidade são dispositivos que precisam ser inserido na Carta Constitucional, sob pena se comprometer a própria estrutura do Estado que se quer pluralista, livre e digno de todos os seus cidadãos.¹⁷”(grifo nosso)

Tal Projeto de Emenda à Constituição encontra-se, no presente momento, aguardando apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). A nós, cabe aguardar e esperar que nossos representantes no Congresso, e o Poder Judiciário, quando da interpretação e aplicação das leis, respondam aos anseios da sociedade e ultrapassem, de vez, concepções tão defasadas, preconceituosas e em dissonância com os preceitos constitucionais de nosso país.

Ainda que, conforme defendido neste trabalho, tais mudanças na legislação não sejam indispensáveis para a aplicação de uma licença mais razoável para os trabalhadores pais, uma vez que a integração analógica e, conseqüentemente, a aplicação da licença-maternidade é perfeitamente cabível nos casos expostos, além de fundamental, tais inovações

¹⁶ Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/PROPOSTA_DE_EMENDA_CONSTITUCIONAL.pdf> Acesso em 21 nov. 2011.

¹⁷ Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/PROPOSTA_DE_EMENDA_CONSTITUCIONAL.pdf> Acesso em 21 nov. 2011.

legislativas promoveriam uma maior facilidade de acesso à concessão da licença, posto que sua aplicação seria efetuada pelo próprio empregador, não sendo necessário o acesso ao judiciário para a obtenção de tal direito.

Todavia, enquanto as mudanças na legislação não vêm, cabe ao judiciário brasileiro, por meio da analogia, promover uma interpretação e aplicação mais ampla dos direitos trabalhistas referentes à paternidade, de modo que o real intuito da legislação que disciplina tais institutos, qual seja, resguardar o interesse social de que o novo ser humano alcance desenvolvimento pleno e satisfatório sob os aspectos físicos e psicológicos, contribuindo para sua formação saudável e plena, venha a ser, de fato, alcançado.

6 - Considerações Finais

O presente trabalho buscou apresentar os problemas sociais e jurídicos ligados à licença-maternidade e licença-paternidade no Brasil atual, buscando demonstrar a necessidade de uma (re)leitura e (re)intepretação que se coadune com a realidade social brasileira de famílias de formações diversificadas e, ainda assim merecedoras da tutela estatal, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da igualdade e da proteção do menor.

Nesse sentido, previsão legal de se conceder uma licença com duração digna e razoável para os primeiros cuidados e convívio com seus filhos somente às trabalhadoras mulheres é indispensável.

Não obstante, cumpre salientar que é possível, por meio de uma hermenêutica constitucional progressista e democratizante, aduzir a utilização da analogia, de modo a afastar a interpretação literal e restritiva das normas que regem a matéria e, assim permitir um tratamento mais justo e igualitário entre os trabalhadores, e entre as crianças e famílias ausentes de figuras maternas.

Saliente-se que, tendo em vista a força normativa dos princípios constitucionais, o tratamento igualitário entre os trabalhadores de ambos os sexos já é possível, por meio da interpretação analógica da lei infraconstitucional. É essa, aliás, uma das funções precípua dos princípios constitucionais: permitir a atualização da legislação vigente sem que seja necessária se esperar pelo legislador promover a modificação pertinente.

Todavia, cumpre ressaltar que a pacificação da questão por meio de lei infraconstitucional é algo desejável e que sepultará por vez e definitivamente toda e qualquer

discussão acerca do tema, afastando assim, de uma vez por todas, a discriminação ainda existente.

Ademais, a criação de lei nesse sentido permitiria a aplicação do tratamento igualitário a todos os destinatários da lei, evitando que seja necessário ao cidadão recorrer ao Poder Judiciário para ver consolidado seu direito. Assim, permitir-se-ia a incidência imediata e concreta da lei, de observância obrigatória a todos, restando ao Judiciário apenas garantir a sua aplicação em casos pontuais em que fosse descumprida.

Nesse sentido, teríamos que os casos aqui estudados seriam a regra e não a exceção, consolidando, na própria sociedade um sentimento mais igualitário e despido de preconceitos.

O atual cenário jurisprudencial e até mesmo legislativo, por meio dos projetos de lei em tramitação permitem-nos ficar esperançosos. Há um movimento que nos levam a crer que boas mudanças estão por vir, novos ventos sopram em direção a uma sociedade mais receptiva e tolerante.

Cabe aos legisladores a elaboração de leis capazes de refletir de modo mais fidedigno nossa realidade social e que impeçam toda e qualquer forma de discriminação, concretizando, assim, o real significado de justiça.

7 - Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios- da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 07ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2008.
CANARIS *apud* ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. O modelo de família para a nova sociedade do Século XXI. Revista Jurídica Consulex. Brasília, p. 8-10, 29 de fev. de 2004.

DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.
MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 27º ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. A maternidade no Direito do Trabalho. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. in Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil - Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2004.

PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais da luta contra a discriminação na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas. In:RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio. Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes: O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROMITA, Arion Sayon. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

SILVA, Antônio Álvares da. Direito do Trabalho no Pós-Moderno. 1ª ed. Belo Horizonte: RTM, 2010.