

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LETICIA ROCHA DE SOUZA

**LICENÇA-PATERNIDADE E A DESIGUALDADE DE GÊNERO: UMA
CRÍTICA ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DO PRAZO SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

VITÓRIA
2018

LETICIA ROCHA DE SOUZA

**LICENÇA-PATERNIDADE E A DESIGUALDADE DE GÊNERO: UMA
CRÍTICA ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DO PRAZO SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como
requisito parcial para graduação no curso de
bacharelado em Direito.

Orientadora: Profa. Me. Francisca Jeane Pereira
da Silva Martins.

VITÓRIA

2018

LETICIA ROCHA DE SOUZA

LICENÇA-PATERNIDADE E A DESIGUALDADE DE GÊNERO: UMA
CRÍTICA ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DO PRAZO SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória –
FDV, como requisito parcial para graduação no curso de bacharelado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Me. Francisca Jeane Pereira da Silva Martins.
Faculdade de Direito de Vitória – FDV
Orientadora

Prof. (nome)
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

RESUMO

O presente estudo objetiva realizar uma crítica acerca da distribuição do prazo da licença-paternidade e debater a possibilidade de equiparação desse prazo com o da licença-maternidade. Primeiramente, será realizada uma análise acerca da ordem constitucional brasileira e a igualdade de direitos entre homens e mulheres, sob a ótica do princípio da igualdade de gênero. Para isso, também será realizada uma análise histórica acerca dos institutos da licença-maternidade e licença-paternidade no ordenamento jurídico, bem como a compatibilidade do tratamento legal dado a essas licenças com a ordem constitucional. Será abordada também a evolução do papel paterno no âmbito familiar e como o prazo de licença-paternidade, previsto atualmente, atua como fator de violação aos preceitos constitucionais, bem como corrobora com a reiteração de uma sociedade patriarcal. Por fim, através de argumentos doutrinários e jurisprudenciais, será defendida uma equiparação entre os prazos das licenças-maternidade e paternidade, sob a ótica do princípio da igualdade.

Palavras-chave: Licença-paternidade. Licença-maternidade. Discriminação. Família. Equiparação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1 A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES ENTRE HOMENS E MULHERES.....	08
1.1 IGUALDADE E ISONOMIA: CONTEÚDO E ALCANCE.....	11
1.2 IGUALDADE DE GÊNERO.....	14
2 A COMPATIBILIDADE DO TRATAMENTO LEGAL DADO ÀS LINCEÇAS PATERNIDADE E MATERNIDADE COM A ORDEM CONSTITUCIONAL.....	19
2.1 A LICENÇA-MATERNIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	19
2.2 A LICENÇA-PATERNIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	22
2.2.1 Evolução do papel paterno no âmbito família: desconstruindo paradigmas.....	23
3 EQUIPARAÇÃO ENTRE OS PRAZOS DAS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE: ATUAÇÃO NECESSÁRIA DO LEGISLADOR.....	28
3.1 A AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À LICENÇA-PATERNIDADE.....	28
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	33
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, ao elevar o direito de igualdade à categoria de fundamentos da República, passa a exigir dos criadores e dos intérpretes do Direito uma postura que leve em conta este princípio. Nesse contexto, a criação de normas trabalhistas, assim como a interpretação e a aplicação destas, não pode representar um retrocesso nas conquistas socialmente garantidas aos trabalhadores.

Neste sentido, é importante destacar que os direitos fundamentais vinculam as demais normas constitucionais, tendo em vista a supremacia que possuem dentro do ordenamento jurídico e as suas demais características determinantes, tais como a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade.

Analisando especificamente o direito de igualdade notou-se que a sua proteção no texto constitucional de 1988 tornou ilícita qualquer prática de discriminação em razão de gênero, inviabilizando, desta forma, qualquer conduta deste tipo, garantido o seu caráter igualitário na previsão de direitos entre homens e mulheres.

Ao analisarmos o instituto da licença-maternidade, entende-se que é um direito voltado às gestantes e adotantes contribuintes da Previdência Social (INSS), regulamentado pelo art. 7º, XVIII, da Constituição de 1988, com duração fixada em 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, podendo ser estendida por um período de até 180 (cento e oitenta) dias.

Já a licença-paternidade possui um período de licença de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 7º, inc. XIX, da Constituição da República de 1988. Da mesma maneira como ocorre na licença-maternidade, o período de licença-paternidade também se estende aos pais adotivos, garantindo-lhes o direito de afastarem-se das suas atividades laborais durante os primeiros dias de vida de seu filho.

Essa desigualdade de tratamento é fruto de uma organização social retrógrada, em que os homens e mulheres desenvolviam papéis dentro da sociedade totalmente

diversos da realidade atual, pautados na estrutura patriarcal dominante, em que cabia aos homens proverem o sustento financeiro da família e às mulheres competia às funções de cuidar da casa e dos seus filhos.

Ocorre que, com o passar dos anos, o modelo familiar passou por algumas alterações, contudo a evolução jurídica e social no Brasil não acompanhou de maneira igualitária a questão do prazo de licença-paternidade, tendo em vista a gritante diferenciação existente em relação ao da licença-maternidade.

Daí a relevância do problema que se pretende enfrentar durante esse estudo, qual seja: “De que modo pode-se afirmar que o prazo da licença-paternidade atua como fator de violação aos preceitos constitucionais, bem como corrobora com a reiteração de uma sociedade patriarcal”?

No decorrer da pesquisa, foram utilizados os métodos indutivo e dedutivo, sendo o primeiro mediante estudo da doutrina e da legislação nos ramos do Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito de Família, com o objetivo de obter conclusões mais amplas a partir dos dados coletados, e o segundo através da identificação de informações gerais acerca dos princípios e fundamentos que ladeiam as relações familiares, visando confirmar se a tese de ampliação do prazo da licença-paternidade.

Os passos que serão percorridos, na busca de resposta para o problema proposto, serão os seguintes: no primeiro tópico analisaremos a previsão da igualdade de gênero na Constituição da República de 1988, bem como seu caráter de direito fundamental. No segundo capítulo discorreremos sobre os institutos da licença-paternidade e maternidade na legislação brasileira e a evolução do papel paterno no âmbito família, como uma forma de desconstruir o paradigma patriarcal existe na regulamentação do tema abordado. No terceiro tópico, por sua vez, apresentaremos uma discussão sobre o prazo da licença-paternidade como fator de violação dos direitos fundamentais e princípios constitucionais e, por fim, defenderemos, a partir de alguns argumentos doutrinários e jurisprudenciais, a equiparação dos prazos das licenças-paternidade e maternidade como forma de garantir a efetividade da

igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres.

1 A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES ENTRE HOMENS E MULHERES

O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico são considerados premissas essenciais de um Estado Democrático de Direito, sob o qual organiza-se a República Federativa do Brasil.

Neste sentido, Carl Schmitt¹ institui dois critérios formais com objetivo de identificar e caracterizar os direitos fundamentais dentro de um sistema jurídico. O primeiro critério afirma que todos os direitos ou garantias elencados e identificados ao longo do texto constitucional podem ser classificados como direitos fundamentais. Já o segundo, afirma que os direitos fundamentais são apenas aqueles especificamente nomeados pela Constituição da República de 1988², possuindo um caráter de maior segurança jurídica, sendo modificados apenas através de emenda constitucional.

Como critério material, o referido autor afirma que cada Estado possui seus direitos fundamentais próprios, de acordo com a sua organização governamental, suas ideologias, seus valores e princípios identificados na Constituição de 1988.

Em razão da importância do conteúdo normativo dos direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, percebe-se que eles ocupam um espaço privilegiado, vinculando a eles todas as demais normas jurídicas existentes, uma vez que possuem uma supremacia em relação às demais leis, uma vez que estabelecem um parâmetro jurídico-social dentro da sistemática vigente. Neste sentido, afirma Marmelstein³:

O mesmo se pode dizer dos direitos fundamentais, já que também possuem a natureza de norma constitucional. **Eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (poder constituinte), que seriam dignos de uma proteção normativa privilegiada. Eles são**

¹ SCHMITT, Carl, 1954, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 575.

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 248.

(perdoem a tautologia) fundamentais porque são tão necessários para a garantia da dignidade dos seres humanos que são inegociáveis no jogo político. Daí porque essa concepção pressupõe um constitucionalismo rígido, no qual a Constituição goza de uma supremacia formal sobre as demais normas jurídicas e, por isso, os mecanismos de mudança do texto constitucional impõem um processo legislativo mais complicado em relação às demais leis. (Grifo nosso).

Além da supremacia, os direitos fundamentais possuem outras características específicas, que objetivam resguardar e efetivar a sua aplicação, tais como: (i) historicidade; (ii) inalienabilidade; (iii) imprescritibilidade; (iv) irrenunciabilidade.

A historicidade traduz a ideia de que os direitos fundamentais são fruto de um desenvolvimento histórico-cultural, sendo iniciados na revolução burguesa, passando pelas diversas transformações sociais ocorridas, até chegar aos dias atuais.

Quanto à inalienabilidade, diz respeito ao caráter não-patrimonial desses direitos, sendo, portanto, intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis. Esta característica se relaciona, inclusive, com a irrenunciabilidade, ou seja, os direitos fundamentais não são renunciáveis, podendo apenas deixar de exercê-los, contudo, não é possível renunciá-los.

Em relação à imprescritibilidade, entende-se que estes direitos não podem ser prescritos, sendo sempre exercíveis, de acordo com Silva⁴:

Vale dizer, nunca deixem de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

No presente estudo, o direito fundamental prioritariamente analisado será o de igualdade, previsto na Constituição da República de 1988 logo em seu preâmbulo, o qual estabelece que um Estado Democrático, como o Brasil, destina-se a assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos, com o propósito de constituir uma sociedade fraterna e desprendida de qualquer tipo de preconceito.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 183.

É importante destacar o papel essencial da Constituição de 1988 na efetiva regulamentação do direito de igualdade no Direito brasileiro, dando destaque à natureza antidiscriminatória de maneira mais abrangente.

Traçando uma breve análise histórica, percebe-se que o combate à discriminação esteve inserido nas constituições pretéritas, conforme aduz Martins⁵:

A Constituição de 1934 estabeleceu a “proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade, ou estado civil (art. 121, §1º, a). A Constituição de 1937 não tratou do tema. Já a Constituição de 1946 trouxe de volta a mesma redação prevista na Constituição de 1934, no inciso II do art. 157. A Constituição de 1967 especificou sobre a “proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil” (art. 158, III).

No entanto, ainda que as Constituições anteriores vedassem as discriminações em razão de gênero, tal impedimento, apesar de formalmente identificado, não possuía pequena eficácia prática, uma vez que as condutas discriminatórias eram regularmente cometidas, contudo raramente punidas.

Assim, o texto constitucional de 1988 atuou veementemente na proteção da igualdade, tornando ilícita qualquer prática de discriminação contra sexo, inviabilizando qualquer prática deste tipo, inclusive dentro do Direito do Trabalho, o que será posteriormente analisado nesta pesquisa.

Nessa toada, o caput do art. 5º, I, da Constituição da República de 1988 estabelece que homens e mulheres são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo, deste modo, a igualdade de gênero.

É relevante observar que a Constituição reúne diversos direitos fundamentais em seu artigo 5º, conferindo especial destaque aos de cunho sociais na ordem jurídica brasileira.

⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 733.

Contudo, não se pode deixar de evidenciar que não apenas os conteúdos abarcados pelos artigos supracitados são reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro como direitos fundamentais.

Como dispõe Tavares⁶:

Assim, embora proibindo a discriminação em função do sexo, o legislador constituinte não se absteve de, ele mesmo, estabelecer discriminações entre homens e mulheres, de maneira bastante explícita. Três são as hipóteses em que há tratamento privilegiado da mulher em função de sua condição. **É o que se dá com a licença gestante (art. 7º, XVIII), com a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos próprios (art. 7º, XX), e com prazo, menor, para obter aposentadoria por tempo de serviço (arts. 40, III, a e b, e 201, §7º, I e II).** (Grifo nosso).

Em razão do caráter materialmente aberto da constituição, conceituado pelo artigo 5º, §2º, da Constituição da República de 1988, os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil.

1. 1 IGUALDADE E ISONOMIA: CONTEÚDO E ALCANCE

A discriminação pode ser entendida como uma conduta de tratamento desigual ou injusto à determinada pessoa ou grupo de pessoas, em razão um conceito pré-estabelecido, colocando-as em posição de inferioridade em relação às demais.

No que concerne à discriminação no mercado de trabalho, identifica-se o papel fundamental da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho⁷ na sua conceituação:

Art. 1º. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cõr, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha

⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 469.

⁷ BRASIL. **Decreto-lei n 41.721, de 25 de junho de 1957**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d41721.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Nota-se que a Convenção 111, ratificada pelo Brasil, enumera as possibilidades de ocorrência da discriminação em matéria de emprego e profissão. Assim, consegue-se identificar a prática dessas condutas discriminatórias de forma mais clara, podendo combatê-las de modo mais preciso e concreto, visando erradicá-las.

É importante atentar-se às várias formas de discriminações existentes, podendo classificá-las como direta e indireta. A primeira é aquela explícita, notada a partir de uma conduta de tratamento discriminatório, com efeitos prejudiciais a terceiros.

A discriminação indireta pode ser entendida com uma conduta que aparentemente se mostra como neutra, contudo, posteriormente surtirá efeitos discriminatórios sobre determinados grupos, independente se o intuito principal do agente foi discriminar ou não.

Já a discriminação oculta “vem disfarçada sob a forma de outro motivo e o verdadeiro é ocultado, daí sua intenção de discriminar”⁸. Essa última pressupõe o objetivo do agente de discriminar, diferentemente da discriminação indireta.

Posto isso, um dos principais objetivos de um Estado Democrático de Direito é justamente combater a discriminação entre o povo, seja ela de cunho social, regional, racial ou de qualquer outro tipo.

Neste sentido, as proteções jurídicas contra discriminação surgiram como forma reafirmar a sociedade democrática brasileira, como uma constante valorização do princípio da não discriminação, entendido por Leite⁹ como:

⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr. 2016, p. 735.

⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 97.

Esse princípio desdobra-se em outros três, todos previstos no art. 7º da CF, a saber: princípio da proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil (inc. XXX); princípio da proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência (inc. XXXI) e princípio da proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

Observa-se que o princípio da não discriminação surge como forma de censurar toda e qualquer conduta que atente contra o princípio da igualdade, possuindo um caráter formal de proteção, proibindo a diferenciação quando utilizada de maneira injusta.

É visível certa comparação do princípio supracitado com o princípio da isonomia. Essa diferenciação, nos ensinamentos de Delgado¹⁰ não é pacífica na doutrina jurídica, contudo, nos ideais deste mesmo autor, o princípio da isonomia pode ser enxergado de maneira mais abrangente, possuindo como escopo a inclusão social em seu aspecto substancial.

Isto posto, é relevante considerar a distinção existente entre isonomia formal e material, a primeira trata-se daquela prevista no caput do art. 5º, caput, da Constituição da República de 1988, em que prevê a garantia de igualdade perante a lei, ou seja, traduz o tratamento igualitário que a legislação garante a todos, sem distinção de raça, cor, sexo, credo ou etnia.

Entretanto, percebe-se que esse tratamento igualitário muitas vezes não se mostra suficiente, uma vez que não pondera as características próprias de cada pessoa ou grupo de pessoas. É notório que essas singularidades devem ser evidenciadas em determinados casos concretos, para que não haja uma posição de desvantagem de um indivíduo perante uma coletividade, é preciso que lhe seja garantido às mesmas possibilidades oferecidas aos demais.

Destarte, compreende-se a igualdade material em sentido mais abrangente, com intuito de enxergar as situações de diversidade existentes dentro de uma sociedade,

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTR, 2016, p. 886.

e partir disso, oferecer um tratamento específico àquelas que necessitam, com intuito de corrigir as desigualdades existentes, promovendo a justiça social.

Conforme entende Bulos¹¹, ainda haveria a igualdade real, “alguns textos constitucionais de nosso tempo são sobremodo fartos no que respeita à disciplina de igualdade material, pois acreditam que o desdobramento do conteúdo do princípio serve para reforçar o seu real cumprimento”.

Assim, após toda a análise realizada acerca do conteúdo e alcance do direito de igualdade, é relevante estudar, de maneira efetiva, a igualdade de gênero, objeto principal do tema estudado.

1. 2 IGUALDADE DE GÊNERO

O advento da Constituição de 1988 trouxe mudanças significativas no cenário do mercado de trabalho em relação às mulheres, conforme mencionado anteriormente no presente estudo, suprimindo qualquer prática discriminatória em razão de gênero, revogando inclusive alguns artigos da Consolidação das Leis do Trabalho que possuíam caráter discriminatório.

Ato contínuo, a criação da Lei n. 7.855, de 24 de outubro de 1989¹², buscou harmonizar a Consolidação das Leis do Trabalho aos novos preceitos constitucionais, principalmente em relação à igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Neste sentido, Delgado¹³:

Assim, revogou preceitos que autorizavam a interferência marital ou paterna no contrato empregatício da mulher adulta (antigo art. 446, CLT),

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 561.

¹² BRASIL. **Lei n 7.855, de 24 de outubro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7855.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 891.

revogando, ainda, parte expressiva do capítulo celetista que tratava da “proteção ao trabalho da mulher” (como dispositivos que exigiam atestados médicos especiais da mulher e lhe restringiam a prestação de certos tipos de trabalho: antigos artigos 374/375, 378 a 380 e 387 da CLT, por exemplo)

É notório que outras normas foram surgindo com intuito de corroborar os preceitos antidiscriminatórios em face da mulher trabalhadora. Assim, pode-se citar, a título exemplificativo, a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995¹⁴ que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso da relação de trabalho por motivos e sexo, instituindo como ilícitas determinadas práticas discriminatórias, como é o caso de uma eventual exigência de apresentação de teste de gravidez para um processo seletivo em uma empresa, atribuindo pena de detenção e multa.

O referido diploma regulamenta o direito à reparação pelo dano moral em razão do rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, além de facultar ao empregador optar entre:

Art. 4º [...]:

I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais

II- a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Posteriormente, observa-se também o importante papel da Lei 9.799/99¹⁵ que inseriu o art. 373-A, na Consolidação das Leis Trabalhistas¹⁶, vedando práticas discriminatórias na admissão ou permanência das mulheres no mercado de trabalho. Observa-se:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

¹⁴ BRASIL. **Lei n 9.029, de 13 de abril de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁵ BRASIL. **Lei n 9.799, de 26 de maio de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9799.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁶ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7855.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

- II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;
- III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;
- IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;
- V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;
- VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Atualmente, em razão do princípio constitucional da isonomia, a Consolidação das Leis do Trabalho pressupõe em seu art. 461 a equiparação salarial entre trabalhadores, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade, combatendo à discriminação do trabalho humano, assegurando ao trabalhador o direito de receber o mesmo salário que outro funcionário, desde que tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, no mesmo estabelecimento, para o mesmo empregador.

Neste viés, apenas a título expositivo, é importante mencionar um fator positivo e outro negativo da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17¹⁷) em relação ao artigo supramencionado. O aspecto positivo diz respeito à criação do §6º, que nos casos de comprovada discriminação por motivos de etnia ou sexo, prevê a condenação do empregador ao pagamento das diferenças salariais devidas e multa em favor do empregado discriminado no valor de 50% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Em relação ao aspecto negativo, nota-se que houve um significativo retrocesso no tratamento legal celetista sobre a equiparação salarial, mediante a substituição da expressão “mesma localidade” para “mesmo estabelecimento”, restringindo, deste modo, o alcance da equiparação salarial, não bastando que o empregado e paradigma trabalhem na mesma empresa para que haja igualdade salarial entre eles, e sim no mesmo estabelecimento¹⁸.

¹⁷ BRASIL. **Lei n 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

¹⁸ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Reforma Trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017. p. 71.

Neste sentido, analisando o plano internacional, é importante citar a existência da Convenção nº 100 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e a mão de obra feminina em trabalho de valor igual, e da Convenção nº 111, sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão.

Por fim, o §5º do artigo 226 da Constituição da República de 1988 reconhece expressamente que homem e mulher possuem direitos e deveres iguais com relação à sociedade conjugal.

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.

Vale acrescentar também, que essa previsão de igualdade entre homens e mulheres no que concerne ao âmbito familiar está prevista em outros dispositivos normativos em âmbito infraconstitucional.

A Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990¹⁹, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, dispõe nos artigos 21 e 22 acerca da igualdade de condições pelo pai e pela mãe no âmbito familiar, bem como prevê que os deveres de sustento e guarda dos filhos, por exemplo, incumbe aos pais, isto é, tanto ao pai quanto à mãe.

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Grifo nosso).
Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Ante o exposto, resta claro que a igualdade é um direito essencial no ordenamento jurídico brasileiro, cujo papel é nortear a interpretação dos fenômenos socioculturais à luz do ideário de justiça equitativa. Possibilita-se, deste modo, a igualdade de condições para que cada pessoa, seja homem ou mulher, possa perpetrar a sua

¹⁹ BRASIL. **Lei n 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

individualidade diante de um cenário pleno em termos de isonomia, tanto formal e material.

2 A COMPATIBILIDADE DO TRATAMENTO LEGAL DADO ÀS LICENÇAS PATERNIDADE E MATERNIDADE COM A ORDEM CONSTITUCIONAL

Diante de toda a análise realizada no capítulo anterior acerca da ordem constitucional, notou-se de forma evidente o seu caráter igualitário na previsão de direitos entre homens e mulheres, que constitui como infringência constitucional qualquer tipo de conduta discriminatória em razão do sexo.

Em contrapartida, por meio do estudo que será realizado nos próximos capítulos acerca da licença-paternidade e da licença-maternidade, serão analisados alguns tratamentos legais dados esses institutos, e, posteriormente, questionado se eles estão em consonância com a igualdade de gênero contemplada na Constituição da República de 1988.

2. 1 A LICENÇA-MATERNIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A licença-maternidade é um direito voltado às gestantes e adotantes contribuintes da Previdência Social (INSS), regulamentado pelo art. 7º, XVIII, da Constituição de 1988, com duração fixada em 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário:

Art. 7º 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.

Em consonância com o preceito constitucional, a Lei nº 11.770 de 09 de setembro de 2008²⁰ instituiu o Programa Empresa Cidadã, assegurando à mulher a possibilidade de estender o período da licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias além da

²⁰ BRASIL. **Lei n 11.770, de 09 de setembro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

previsão do art. 7º, XVIII, Constituição da República de 1988, desta forma, a mulher passou a ter um direito a uma licença-maternidade que pode ser estendido por um período de até 180 (cento e oitenta) dias.

Nota-se que essa extensão do prazo de licença-maternidade será garantida à trabalhadora gestante desde que a empresa na qual ela exerça sua atividade laboral esteja inserida no Programa e tal prorrogação deve ser requerida pela empregada até o final do primeiro mês após o parto, sendo concedida imediatamente após a fruição do prazo constitucional de 120 (cento e vinte) dias de licença-maternidade²¹.

É relevante ressaltar que a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, bem como a sua eventual prorrogação, será um direito garantido, na mesma proporção, às empregadas que adotarem ou obtiverem guarda judicial para fins de adoção de criança, conforme prevê a combinação do art. 1º, §2º da Lei 11.770/08 com o art. 392-A da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Ademais, o §4º do art. 392 da CLT reforça a proteção à mulher, garantindo outros direitos:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário
§4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:
I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;
II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Constata-se que além do período de licença-maternidade, a gestante fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até 05 (cinco) meses após o parto a manutenção do emprego, conforme assegura o art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

²¹ Art. 1º da Lei nº 11.770/80: É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: [...] §1º: A prorrogação de que trata este artigo: I - 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 será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

Quanto ao instituto do salário-maternidade, disposto pelo art. 71 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991²², este é devido tanto na licença compulsória da gestante quanto em eventuais casos de aborto não criminoso e prorrogação da licença em circunstâncias ocorridas antes ou após o parto. Afirma Cassar²³ que:

O valor é pago diretamente pela Previdência (art. 73, I, da Lei nº 8.213/1991), desde que preenchidos os requisitos, e de acordo com o valor do último salário da empregada. Ou seja, não há teto para este benefício nem carência. Nesse período o contrato ficará suspenso (ou, segundo alguns, interrompido) desde o primeiro dia. Ao conceder o direito à licença-maternidade de 120 dias (art. 7º, XVIII, da CRFB), sem prejuízo do salário, a doméstica também passou a ter direito ao descanso em caso de aborto, previsto no art. 395 da CLT, bem como à licença em caso de adoção (art. 392-A da CLT).

Neste sentido, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 06 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

Assim, pela interpretação do art. 393 da Consolidação das Leis Trabalhistas que deve-se considerar para fins de retribuição da licença-maternidade a remuneração auferida e não apenas o salário, uma vez que faz menção aos direitos e vantagens adquiridos no emprego.

Portanto, pode-se que dizer que o instituto da licença-maternidade assegura às mulheres gestantes diversos direitos, sendo os principais: (I) o direito de gozar do prazo de licença-maternidade por um período de cento e vinte dias a fim de cuidar de seu filho, podendo inclusive ser prorrogado por mais sessenta dias; (II) o direito de retribuição da licença-maternidade, denominada salário-maternidade; (III) o direito de garantia de emprego à mulher, que não pode ser demitida durante determinado período sem justa causa.

²² BRASIL. **Lei n 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 07 de mai. 2018.

²³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista e a MP 808 15. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p 369.

2. 2 A LICENÇA-PATERNIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Traçando uma breve análise histórica, entende-se que o direito à licença-paternidade foi inserido no rol dos direitos trabalhistas com o objetivo de assegurar ao pai um dia de folga no emprego para permitir que ele realize a averbação do assento de nascimento do filho, levando em consideração o período de repouso da genitora que recém deu à luz.

Neste viés, o art. 473, III, da Consolidação das Leis Trabalhistas prevê que:

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.

Ato contínuo, com a promulgação da Constituição de 1988, o período de licença previsto na CLT foi estendido de 01 (um) para 05 (cinco) dias, nos termos do art. 7º, inc. XIX, da Constituição da República de 1988, que estatui:

Art. 7º 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.

Assim como ocorre na licença-maternidade, o período de licença-paternidade também se estende aos pais adotivos, garantindo-lhes o direito de afastarem-se das suas atividades laborais durante os primeiros dias de vida de seu filho.

Tendo em vista a inexistência de lei específica que regulamente o instituto da licença-paternidade, ainda prevalece a disposição do art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT²⁴.

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.

²⁴ BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

Neste contexto, na data de 08 de março de 2016 foi sancionada a Lei 13.257/2016²⁵ que estipulou a ampliação do período de licença-paternidade, de cinco para vinte dias, para trabalhadores de empresas inscritas no Programa Empresa Cidadã ou servidores públicos federais.

De acordo com a referida legislação, o pai que solicitar o afastamento deve cumprir alguns requisitos, tais como: (i) não poderá exercer nenhuma atividade remunerada durante o gozo do período de licença; (ii) deve requerer a ampliação da licença em até dois dias úteis após a data do parto; (iii) deve participar de algum programa ou atividade de paternidade responsável.

Enxerga-se essa expansão da licença-paternidade como um avanço no ordenamento jurídico vigente, no sentido de, cada vez mais, incentivar a participação paterna na criação e no desenvolvimento de seus filhos.

Por fim, cumpre destacar que a licença paternidade não é considerada no Direito do Trabalho como auxílio-previdenciário, uma vez que não está inserida no rol de benefícios da Previdência Social, previstos no art. 201 da Constituição de 1988, portanto, tal licença deve ser restituída pela empresa e não pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, como ocorre na licença-maternidade.

2.2.1 Evolução do papel paterno no âmbito família: desconstruindo paradigmas

Traçando-se uma breve análise histórica acerca do perfil da família na sociedade brasileira, observa-se um aspecto cultural de valorização do homem sobre a mulher,

²⁵ BRASIL. **Lei 13.257, 08 de março de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

em que eles são colocados em plano de relevância, para que posteriormente possam ser observados os direitos da mulher.

É evidente a existência da questão costumeira das mulheres serem educadas em ambiente de obediência, limitadas por um padrão social imposto sobre elas, de subordinação aos maridos, destinadas somente a cuidar de seus filhos e a trabalhar em seu próprio lar.

Nota-se que há um histórico de subordinação da mulher em relação ao homem enraizado na cultura da sociedade brasileira, onde os homens possuíam um controle sobre o corpo e a vida das mulheres, não havia um interesse na criação de seus filhos, estavam preocupados apenas em impor às mulheres um grande número de gravidezes, com intuito de gerar um aumento de mão de obra para ser utilizada em seu benefício.

Podemos observar, neste aspecto, que o Código Civil de 1916²⁶ que vigorou até a promulgação do novo Código em 2002²⁷, era nitidamente um reflexo da sociedade patrimonialista daquela época, momento em que o Brasil vivia em um contexto de dominação política das elites agrárias.

Neste período, a sociedade era muito mais preocupada com o “ter” do que com “ser”, e, em razão disso, observava-se uma grande contradição no tratamento legal vigente, já que o mesmo pregava um caráter liberal em relação à autonomia privada e, ao mesmo tempo, amplamente conservador quanto à conceituação do poder de família.

A visão paternalista da família imperava no ordenamento jurídico, cabia apenas ao homem o papel de chefia, a decisão que prevalecia na tomada de decisões familiares era sempre a do pai, Vejamos:

Art. 380 do CC/16: Durante o casamento compete o **pátrio poder** aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou

²⁶ BRASIL. **Lei n 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 08 mai. 2018.

²⁷ BRASIL. **Lei n 11.770, de 09 de setembro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

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** (Grifo nosso).

Observa-se a expressão “pátrio poder” era utilizada para reger as relações familiares daquele momento histórico, traduzindo, portanto, a ideia de valorização do homem sobre a mulher, que possuía papel secundário no poder disciplinar da família.²⁸

Posteriormente, a partir da Revolução Industrial, que teve início no século XVIII, começou-se a evidenciar a inserção da mulher no mercado de trabalho, fundada em ideais feministas, e, com isso, um novo conceito de família foi sendo concebido.

Notou-se uma grande transformação na imagem da figura materna e paterna, em que a mulher deixou de ser a única responsável pelos cuidados do lar e da criação dos filhos e começou a exercer atividades laborais, e em relação ao homem, que deixou de ter o papel único e exclusivo de provedor da família.

Com o aperfeiçoamento do nosso sistema, o Direito de Família passou por inúmeras transformações para se adequar à nova realidade da sociedade, e com isso, o Código Civil de 1916 acabou sendo revogada pela Constituição da República de 1988 e seus novos ideais de igualdade e dignidade humana.

Seguindo essa linha de pensamento, podemos observar que a promulgação da Constituição da República de 1988 teve papel importantíssimo nessa nova fase, tendo em visto todo o seu caráter igualitário, defensor do combate à discriminação e da valorização da igualdade entre homens e mulheres perante a lei, e, principalmente pela vigência de seu art. 226, caput e §5º:

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.

²⁸ Posteriormente, a expressão “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar” no Código Civil de 2002.

Assim, pode-se observar a criação de um novo conceito de família, tendo em vista a realidade das mulheres, que passaram a ocupar posições de liderança na sociedade que anteriormente eram dominadas por homens, e, conseqüentemente, um taxativo crescimento na participação paterna no desenvolvimento dos filhos.

Diante da evolução do poder familiar surgiram novos princípios norteadores do Direito de Família. Neste estudo, nos restringiremos a evidenciar três principais princípios relacionados ao nosso objeto de análise.

O primeiro deles é o princípio da igualdade entre homens e mulheres no âmbito familiar, os genitores devem possuir papel igualitário na tomada de decisões sobre a criação dos filhos, devendo ser garantido a ambos o direito de participarem ativamente no desenvolvimento dos menores, como afirma Gagliano²⁹:

Ora, a isonomia que se busca não pode apenas aninhar-se formalmente em texto de lei, mas deve, sim, fazer-se materialmente presente na sociedade brasileira, que se pretende dirigir – um dia, Deus permita – como solidária, justa e democrática.

Tal princípio é de extrema relevância jurídica, uma vez que o ordenamento brasileiro prevê a não distinção de gênero de maneira impositiva, principalmente na Constituição de 1988. Entretanto, é necessário que esse tratamento seja cobrado e fiscalizado na prática, no dia-a-dia dos cidadãos, para que desta forma, possamos garantir, de fato, um tratamento justo a todos.

Outro princípio relacionado ao tema deste estudo é o da vedação ao retrocesso, ou seja, a ideia de que a promulgação de lei posterior não pode regredir na previsão dos direitos fundamentais já consolidados.

Insta evidenciar esse princípio no sentido de que, uma vez garantido o direito de igualdade entre homens e mulheres na seara familiar, será proibida a prática de qualquer tipo de discriminação de gênero, principalmente aquelas que já foram deixadas de lado pelo legislador no passado, e que hoje em dia são vigentes no nosso ordenamento.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018, p. 87.

Por último, o princípio da convivência familiar, que será amplamente debatido no último capítulo desse artigo, que valoriza o contato entre os pais e filhos assegurando que estes devem permanecer juntos, cabendo tanto ao pai quanto a mãe o dever recíproco de assistência material e afetiva.

É relevante considerar que esse princípio pode ser relativizado em alguns casos, como por exemplo, na adoção, ou do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar em casos de descumprimento de dever legal.

3 EQUIPARAÇÃO ENTRE OS PRAZOS DAS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE: ATUAÇÃO NECESSÁRIA DO LEGISLADOR

Neste último capítulo, após toda a análise realizada acerca da regulamentação da licença-maternidade e da licença-paternidade no sistema jurídico brasileiro, abordaremos a importância da equiparação dos prazos desses institutos, visando uma melhor adequação da legislação vigente ao caráter constitucional igualitário no que tange ao poder familiar.

Assim, é relevante analisar primeiramente o silêncio legislativo quanto à regulamentação da licença-paternidade, uma vez que ainda é prevista na Constituição de 1988, desde a sua promulgação, como Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), totalmente incoerente com o caráter temporário dessa norma.

Ao final serão expostos os argumentos favoráveis à equiparação dos prazos das licenças, tendo em vista que a diferenciação existente corrobora com a violação dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais vigentes e atua como um fator de retrocesso a uma sociedade patriarcal.

3. 1 A AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À LICENÇA PATERNIDADE

É relevante elucidar, primeiramente, que a licença-paternidade atualmente é regulamentada pelo art. 10, “b”, §1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 10, b, §1º da ADCT: 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.

Nota-se que essa previsão constitucional de 05 (cinco) dias de prazo para licença-paternidade obriga o empregador a garantir o afastamento de seu empregado, sem qualquer prejuízo de emprego e salário. Contudo a sua previsão ainda é obscura, traduzindo o silêncio legislativo por quase 30 (trinta) anos no que tange à regulamentação do tema.

A reflexão em torno desse assunto baseia-se no fato de que a licença-maternidade é amplamente assegurada, tanto constitucionalmente quanto pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a licença-paternidade continua sendo pouco abordada, sendo prevista desde o ano 1988 em nosso ordenamento através do Ato das Disposições Transitórias (ADCT).

De acordo com entendimento de Mendes³⁰, as normas do ADCT seriam aquelas de caráter transitório, inseridas com objetivo de excepcionar alguma regra geral do texto principal da Constituição da República de 1988 ou regulamentar algum assunto de menor destaque para o legislador, conforme afirma o autor:

Outras tantas vezes, o assunto em si mesmo parece de menor estatura ao legislador constitucional, que, mesmo assim, quer recobri-lo com a proteção de que gozam as normas constitucionais. Abre-se, em todos esses casos, a opção por incluir essas normas no corpo do ADCT. As normas do ADCT são normas constitucionais e têm o mesmo status jurídico das demais normas do Texto principal.

Neste viés, com o escopo de cumprir o objetivo deste estudo, é relevante observar a causa da existência dessa grande diferenciação de tratamentos entre os institutos.

Assim, podemos atribuir como uma das principais causas dessa distinção o histórico social machista da sociedade brasileira, em que os direitos dos pais na criação e educação dos seus filhos sempre foram colocados em segundo plano.

Ainda que a mulher gestante tenha necessidades diferenciadas, uma vez que precisa de um período de repouso pós-operatório, entende-se que este não é o fator

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 77/78.

determinante para a diferenciação de tratamento legal existente, conforme afirma Silva³¹:

É cediço que o período da duração da licença maternidade não objetiva apenas a recuperação do desgaste físico ocasionado pelo parto ou o aleitamento materno – se assim o fosse não teria sido equiparada à licença maternidade de 120 dias para as adotantes - mas sim aproximar e estreitar os laços familiares, não podendo tal direito ser negado aos homens.

Como se percebe, nos casos de adoção são assegurados os mesmos direitos aos pais que passaram pela fase gestacional, portanto, o argumento de que o prazo de licença-maternidade é superior em razão da necessidade de recuperação da mulher ou da necessidade de posterior período de amamentação é completamente incongruente.

A cultura predominante em nossa sociedade é da função feminina na educação e cuidado dos filhos, no sentido de que apenas as mães possuem o papel de acompanhar o desenvolvimento de suas crianças, cabendo ao pai ser o provedor financeiro da família.

Ocorre que, com o passar dos anos, o modelo familiar sofreu enormes alterações, e com isso, tornou-se primordial a modificação legislativa quanto à ampliação do prazo de licença-paternidade, no intuito de efetivar as garantias e direitos fundamentais de maneira igualitária entre homens e mulheres.

Neste sentido, insta destacar que o contato do genitor com o seu filho, desde o momento de seu nascimento, é de extrema relevância na construção da afetividade familiar, que repercute futuramente inclusive no desenvolvimento da criança, bem como na formação de sua personalidade e na concretização de seus princípios e valores.

É notório que a ausência do pai causa perceptíveis prejuízos ao desenvolvimento da criança. Portanto, considera-se que o papel paterno é tão fundamental quanto o materno, não havendo motivos para a diferenciação de tratamento legal dado aos

³¹ SILVA, André Fillipe Loureiro e. **A equiparação da licença paternidade à licença maternidade:** uma necessidade social e legal para a igualdade de gêneros. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d61a328561119583>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

prazos de licença-maternidade e paternidade, tendo em vista que os genitores possuem direitos e obrigações igualitárias em relação ao cuidado de seus filhos.

Ainda nesse aspecto, a jurisprudência atual, felizmente, cada dia mais tem valorizado a participação paterna na formação de seus filhos, ainda que a legislação vigente seja retrógada na regulamentação deste direito.

Vejamos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. NASCIMENTO DE GÊMEOS. CONCESSÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE COM A MESMA DURAÇÃO DA LICENÇAMATERNIDADE. TUTELA DE URGÊNCIA. CONCESSÃO. 1. A Constituição Federal, em seu art. 227, prevê como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à convivência familiar e, em seu art. 229, dispõe que os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

2. A inexistência de disposição legal expressa a respeito da licença-paternidade em maior número de dias, em caso de filhos gêmeos, não deve impedir o cumprimento do comando constitucional acerca da absoluta prioridade assegurada à criança, principalmente quando patente a necessidade de acompanhamento de mais de uma pessoa para o atendimento adequado das necessidades básicas de recém-nascidos gêmeos. Preponderância dos princípios da dignidade humana e da proteção à infância sobre o princípio da legalidade estrita.

3. Tutela de urgência deferida para conceder licença-paternidade ao agravante no mesmo prazo de duração da licença-maternidade. (Grifo nosso).³²

Nessa decisão recente, proferida neste ano de 2018, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região concedeu o afastamento de 180 dias a um genitor de filhos gêmeos. Ainda que não haja previsão legal expressa sobre o aumento do prazo da licença-paternidade no caso de nascimento de gêmeos, é inadmissível que se deixa de ponderar no caso concreto os princípios da solidariedade, igualdade entre homem e mulher, afetividade e da dignidade humana.

Outra questão pertinente acerca desse tema gira em torno da previdência social. Atualmente no Brasil, durante o período de licença-maternidade, o salário da

³² BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Agravo de Instrumento nº 5067525-66.2017.4.04.0000/PR. Terceira Turma. Relator: Rogério Favreto. Julgamento em: 17 abr. 2018. Acesso em: 27 mai. 2018.

genitora é pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), trata-se, portanto, um benefício pago à segurada nos casos de gravidez ou adoção.

Considerando o fornecimento desse salário-maternidade às mulheres, é significativa a reflexão acerca equiparação desse benefício previdenciário ao homem, assim como ocorre nos casos de adoção ou guarda para fins de adoção, conforme afirma Oliveira³³:

As pessoas com responsabilidades familiares têm o direito de escolher livremente seu emprego, usufruir das mesmas oportunidades para preparar-se e para ter acesso a ele e às promoções no curso de sua trajetória profissional, bem como à segurança no emprego, sem ser objeto de discriminação devido a suas responsabilidades familiares. **Para isso, o custo das licenças maternidade, paternidade e parental deve ser coberto pela previdência social e, dentro desta, pelo orçamento geral** (Grifo nosso).

Desta forma, diante da disputa acirrada por uma colocação e manutenção no mercado de trabalho existente nos dias atuais, a ideia de financiamento da licença-paternidade pela Previdência Social seria eficaz tanto para o empregado, quanto para o empregador.

Podemos enxergar essa solução como uma forma de valorização da liberdade de constituir família, surgindo como uma proteção ao trabalhador aos eventuais riscos que possam existir na sua aptidão de constituir renda.

Por tais razões, a equiparação dos referidos prazos, defendida nesse artigo, está em consonância com os preceitos constitucionais igualitários entre homens e mulheres, bem como valoriza a participação dos genitores em conjunto na educação de seus filhos, ocasionando, deste modo, um crescimento familiar harmonioso, com todas as circunstâncias necessárias para que uma criança possa se desenvolver de maneira equilibrada.

³³ OLIVEIRA, Cecília Teresa de Menezes. **Licença Paternidade**: direito de conciliação entre trabalho e família. 2016. Disponível em: <<https://ceciliateresa.jusbrasil.com.br/artigos/315535477/licenca-paternidade>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República de 1988, conforme discutido acima, optou pela valorização do princípio da igualdade de gênero, assegurando a homens e mulheres o direito fundamental de serem enxergados de maneira isonômica dentro da sociedade atual. Isso exige que os legisladores e aplicadores do Direito assegurem, de maneira efetiva, esse caráter igualitário, superando a cultura patriarcal enraizada na civilização.

Ao longo deste estudo restou clara a desproporcionalidade existente entre a distribuição do prazo de licença-maternidade, que pode chegar a ser 36 (trinta e seis) vezes superior ao da licença-paternidade, tendo em vista a possibilidade de ampliação da licença às gestantes de 120 (cento e vinte) para 180 (cento e oitenta) dias.

O silêncio legislativo em relação à regulamentação da licença-paternidade corrobora com o tratamento desigual existente, uma vez que já se passaram mais de 20 anos da entrada em vigor da Constituição de 1988 e ainda não foi promulgada uma lei que a regule, sendo aplicado o prazo de 05 dias previsto no art. 10, §1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Neste sentido, observa-se que a ordem jurídica vigente não acompanhou as diversas transformações ocorridas no âmbito familiar, tanto na figura materna quanto na paterna, onde a mulher deixou de ser vista como a única responsável pela criação e desenvolvimento dos seus filhos, passando a exercer atividades laborais, da mesma forma que o homem deixou de ter o papel único e exclusivo de provedor da família, a ordem jurídica vigente nos dias de hoje não acompanhou tal transformação.

Diante de tal realidade, resta assegurar que o prazo da licença-paternidade atua como fator de violação aos preceitos constitucionais, bem como corrobora com a reiteração de uma sociedade patriarcal. E é exatamente nesse ponto que esse

estudo ganha importância: mesmo diante de toda a regulamentação constitucional em prol da garantia da igualdade de gênero, a previsão do prazo de licença-paternidade é retrógrada, atuando como prática discriminatória, completamente em discordância com o conceito de família existente nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Editora LTR, 2016.

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

_____. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7855.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

_____. **Decreto-lei n 41.721, de 25 de junho de 1957**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d41721.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. **Lei n 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 08 mai. 2018.

_____. **Lei n 7.855, de 24 de outubro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7855.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. **Lei n 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

_____. **Lei n 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 07 de mai. 2018.

_____. **Lei n 9.029, de 13 de abril de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. **Lei n 9.799, de 26 de maio de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9799.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. **Lei n 11.770, de 09 de setembro de 2008.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. **Lei n 11.770, de 09 de setembro de 2008.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. **Lei 13.257, 08 de março de 2016.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

_____. **Lei n 13.467, de 13 de julho de 2017.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

_____. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região.** Agravo de Instrumento nº 5011555472018404000. Terceira Turma. Relator: Vânia Hack de Almeida. 27 mar. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho:** de acordo com a reforma trabalhista e a MP 808. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 15. ed. São Paulo: Editora LTR, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** direito de família. 8. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Reforma Trabalhista:** entenda ponto por ponto.

1. ed. São Paulo: Editora LTR, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Cecília Teresa de Menezes. **Licença Paternidade**: direito de conciliação entre trabalho e família. 2016. Disponível em: <<https://ceciliateresa.jusbrasil.com.br/artigos/315535477/licenca-paternidade>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

SILVA, André Fillipe Loureiro e. **A equiparação da licença paternidade à licença maternidade**: uma necessidade social e legal para a igualdade de gêneros. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d61a328561119583>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.