



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

LAÍS MORAES MACÊDO

**POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA
NATALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Salvador

2018

LAÍS MORAES MACÊDO

**POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA
NATALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de pós graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Salvador

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

LAÍS MORAES MACÊDO

**POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA
NATALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação _____ e

instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018.

RESUMO

O objetivo primordial deste trabalho monográfico é examinar a possibilidade de concessão da licença natalidade no ordenamento jurídico brasileiro, como uma forma de coibir a prática discriminatória contra a mulher no mercado de trabalho. A análise dessa pesquisa leva em consideração o estudo sobre as novas famílias que se encontram na sociedade brasileira, bem como o reconhecimento da união homoafetiva como família. Será conceituada a licença maternidade e paternidade, demonstrando assim a alarmante diferença existente entre ambos, que se constitui em uma prática discriminatória perante o atual Estado democrático de direito que possui o princípio da igualdade como um valor primordial. Também será feita uma análise dos modelos de licença adotados por outros países, questionando-se qual modelo seria mais adequado para abranger o maior número de pessoas, a fim de suprir os desejos da sociedade. Nesta seara, irá se verificar o verdadeiro alcance da licença maternidade e para quem este benefício é realmente dirigido, se é para a mãe ou para o menor que acaba de chegar e já precisa de proteção integral. No atual cenário jurídico brasileiro, será necessário perceber os anseios por quais perpassam a humanidade e a sua evolução, tendo em vista o princípio da vedação ao retrocesso social.

Palavras-chave: Licença natalidade. Licença maternidade. Licença paternidade. Princípio da Igualdade. União homoafetiva.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
OIT	Organização Internacional do Trabalho
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1INTRODUÇÃO	8
2DO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	11
2.1 HISTÓRICO DAS FAMÍLIAS.....	11
2.2CONCEITO DE FAMÍLIA.....	14
2.2.1 Conceito constitucional.....	17
2.3MODALIDADES.....	19
2.4PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	24
2.5O PAPEL DA MULHER NA FAMÍLIA.....	30
3DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE SEXOS NA FAMÍLIA, NA SEARA TRABALHISTA E A PROTEÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER.....	33
3.1CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	34
3.2DIMENSÕES.....	36
3.3DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE.....	40
3.3.1 Conceito.....	40
3.3.2Conteúdo jurídico.....	41
3.3.3Eficácia do direito fundamental à igualdade.....	44
3.4DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE SEXOS.....	45
3.4.1 Conceito.....	46
3.4.2Reflexos no ordenamento jurídico.....	47
3.5DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE SEXOS NA SEARA TRABALHISTA E A PROTEÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER	48
3.5.1Igualdade no direito do trabalho no âmbito internacional.....	53
3.5.1.1Convenção nº 111 da OIT	54

3.5.2	Ordenamento pátrio	56
3.5.3A	proteção do mercado de trabalho da mulher	57
4A	POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA LICENÇA NATALIDADE NO	
	ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	61
4.1A	LICENÇA MATERNIDADE	62
4.1.1	Conceito	63
4.2A	LICENÇA PATERNIDADE	68
4.3A	CONCESSÃO DA LICENÇA NATALIDADE	68
4.3.1	Proteção as famílias	69
4.3.2	Proteção ao menor	70
4.3.3	Igualdade de sexos	73
4.4	ASPECTOS FAVORÁVEIS À CONCESSÃO	75
4.5	ASPECTOS DESFAVORÁVEIS	77
4.6	MODELOS ALIENÍGENAS	78
5	CONCLUSÃO	82
	REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

Com a entrada da mulher no mercado de trabalho surge a insegurança e o preconceito da sociedade. A insegurança motivada pelo medo do que poderia acontecer com as estruturas das famílias, em saber quem faria o papel da mulher dentro de casa e quem iria cuidar dos filhos. Essas mulheres que optaram por sair de casa e ir à busca das suas realizações pessoais sofreram um forte preconceito, sendo taxadas de “destruidoras de famílias”. O fato das mulheres terem vivido anos submetidas a humilhações, houve muita resistência para aceitar que as mulheres e os homens tinham direitos iguais, por conta disso gerava o preconceito contra as mulheres, afinal, a mulher ainda era vista somente com avental dentro da cozinha.

A Organização Internacional do Trabalho, em 1919, veio para tentar diminuir essas diferenças entre homens e mulheres, e promover a igualdade nas condições de trabalho. As convenções nº 3 e 4 da OIT foram as primeiras a tratar dos direitos femininos. A primeira convenção, garantia à mulher licença compulsória remunerada de seis semanas antes do parto e, também, depois do parto; previa, também, dois intervalos de trinta minutos, durante a jornada, para que pudesse amamentar, além de assegurar que, durante seu afastamento, a mãe recebesse dos cofres públicos uma remuneração suficiente para garantir sua manutenção e de seu filho, mediante a comprovação do parto por atestado médico; seria ilegal, ainda, a dispensa da empregada durante o período da gravidez ou da licença compulsória. A segunda convenção, por sua vez, proibiu o trabalho noturno feminino nas indústrias públicas ou privadas.

Essas mudanças, contudo não conseguiu diminuir o preconceito, pelo contrário, a possibilidade do afastamento da gestante e a impossibilidade de dispensa da empregada grávida, fez com que os empregadores criassem um receio na contratação de mulheres, mesmo que a remuneração ficasse a cargo do Previdência Social.

A partir da década de 50, que o mundo passou a viver mudanças significativas no papel da mulher na sociedade. A mulher estava se firmando cada vez mais

no mercado de trabalho, demonstrando sua capacidade e responsabilidade para ocupar altos cargos.

Para isso acontecer, foi preciso que as pessoas passassem a enxergar a vida de uma forma diferente. Felicidade para a mulher deixou de ser somente um casamento e uma casa com crianças. As pessoas perceberam que felicidade trata-se de ir atrás dos seus sonhos, incluindo profissionais. Prova disso, é que nos últimos anos o número de casamentos no civil e religioso diminuiu significativamente, e o número de família monoparentais aumentou. Ou seja, as mulheres estão se tornando as únicas responsáveis pela casa, cuidando de tudo sozinha, muitas vezes, querendo mostrar que são auto suficientes, sendo essas as famílias monoparentais.

Como já era de se esperar, é possível perceber que a família brasileira também passou por significativas mudanças, a começar pelo seu conceito, afinal, não existe mais um único modelo de família padrão. Não seria mais o laço sanguíneo que formaria uma família, mas sim o laço afetivo. As famílias também já podem ser classificadas de diversas formas, formadas por casais homossexuais ou com agregamento de muitos subgrupos.

Os homens já não estão satisfeitos em representar somente a parte financeira da família, afinal, eles descobriram o amor paternal. As delícias da paternidade foi descoberta e precisa ser explorada. Os pais querem participar da vida de seus filhos, e não ficarem “presos” somente aos cinco dias que a licença paternidade lhe dar direito. No entanto, a legislação ainda não concede esse espaço aos homens, inclusive aos casais homossexuais que decidem por adotar uma criança.

Para começar a tratar sobre um assunto tão delicado como a possibilidade de concessão da licença natalidade no ordenamento jurídico brasileiro, torna necessário analisar todas as suas peculiaridades e tudo que está em torno dessa possibilidade. Vamos perceber ao estudar o direito das famílias, principalmente quanto ao seu aspecto histórico, que a família brasileira mudou, assim como o seu próprio conceito. Veremos que a Constituição Federal de 1988 fez questão de tratar sobre família e protegê-la, gerando críticas a serem abordadas. A família deixa de ser somente aquela formada através do matrimônio, surgindo assim diversas modalidades de família formada pelos

laços afetivos. Será possível perceber que o patrimônio perdeu o seu papel fundamental na esfera familiar, dando lugar aos princípios do direito de família. O papel da mulher dentro do panorama familiar muda de figura, principalmente quando o homem passa a adotar outro tipo de postura dentro de casa, mais especificamente, quanto à paternidade.

O estudo do princípio da igualdade que é um princípio constitucional ocorrerá inclusive no âmbito trabalhista, devendo ser analisado se as desigualdades assumidas no ambiente profissional são razoáveis e proporcionais no limite da própria desigualdade, ou se estão fora do contexto social.

Os modelos de licença maternidade e paternidade adotada no Brasil serão utilizados como fonte para o estudo da possibilidade de concessão da licença natalidade, buscando perceber se existem falhas quanto à adoção dessas licenças, se elas estão suprindo as necessidades das famílias brasileiras, principalmente quanto ao menor, que é a parte mais frágil dessa relação.

2 DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O estudo sobre a família possui uma grande complexidade, tendo em vista, que o termo “família” abrange uma série de institutos. Por isso, Carlos Roberto Gonçalves acredita ser a família “uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social” (2013, p.17). O autor afirma ainda que não é possível identificar um único conceito de família que trate sobre direito e sociologia.

Tudo aquilo que envolve sentimento ou afeto, demonstra dificuldade na conceituação, até porque não existe a possibilidade de quantificar sentimentos, tendo em vista que atualmente, o laço da afetividade tem ganhado maiores proporções.

A Constituição Federal de 1988 se limita em afirmar que a família é à base da sociedade e que merece proteção do Estado.

2.1 HISTÓRICO DAS FAMÍLIAS

Para obter-se a compreensão sobre o conceito de família é necessário entendermos toda a parte histórica dessa expressão, incluindo as suas influências desde o tempo antigo, e os seus reflexos na contemporaneidade, percebendo como uma imposição ideológica pode interferir na nossa cultura e crenças.

Para muitos, a família surgiu de uma evolução patriarcal, onde o homem era o meio e o fim para tudo. Entretanto, houve um tempo em que alguns povos do mundo antigo e algumas tribos selvagens ainda existentes contavam a descendência pela linha materna, devido à total promiscuidade sexual do homem. Isso é só para demonstrar como uma imposição de um modelo cultural difundido e aceito como paradigma pode interferir na nossa verdade histórica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 49).

Deve-se a Antiga Roma parte da herança de alguns significados sobre a “família”. Afinal, o Direito Romano que trouxe a primeira ideia de direito de

família, que não é a mesma concepção que tem-se hoje. Essa concepção antiga do Direito Romano trata sobre a família patriarcalista, onde o homem era o centro e controlando tudo que envolvia os indivíduos pertencentes a sua família, este era o pater famílias, aquele que detinha todo o poder da família, cujos descendentes e esposa estavam submissos. O pater familias exercia o seu poder sobre todos seus descendentes até o seu falecimento, pois antes da sua morte não havia partilhamento das famílias, os indivíduos estavam subordinados ao chefe da família devendo manter total respeito, onde o patriarcal poderia intervir na vida de qualquer dos seus descendentes. Se um dos seus filhos ameaçasse o seu patrimônio, poderia perder a vida, e não havia impugnação para tal feito.

A mulher que se casava passava a pertencer à família do marido, que era o casamento com manus, mudando assim de pater *famílias*, afinal só a mulher tinha a possibilidade de mudar sua subordinação, pois ela deixava a sua submissão pelo pai, que era o casamento sem manus, para ser submissa ao mesmo pater famílias do seu marido. Não existia mater famílias, então as mulheres nunca atingiriam sua capacidade visto que estariam sempre subordinadas a algum homem, sendo o pai ou o marido. Como foi dito, com a morte do patriarcal, a família seria desmembrada e cada sujeito do sexo masculino se tornaria um pater família dentro do seu núcleo familiar.

Dessa forma sintetiza Caio Mário da Silva Pereira:

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido (grifos do autor) (2010, p.29).

Segundo Gagliano, Pamplona Filho, (2014, p. 51), “com a decadência do Império Romano e o crescimento do Cristianismo, houve uma gradativa alteração do significado de família.” Nessa época ocorreu um deslocamento do poder de Roma para as mãos do chefe da Igreja Católica Romana que

desenvolveu um direito, chamado de Direito Canônico. A Igreja passou a se impor concentrando o poder do Estado em suas mãos, ou seja, era o laico e o religioso em um só lugar, onde a religião iria dizer o direito conforme a sua interpretação da palavra de Deus. Esse direito influenciou fortemente o Direito Brasileiro, que por muito tempo acreditou que o casamento era condição essencial para formar uma família, e esse matrimônio não poderia ser dissolvido, pois o casamento era visto como um sacramento que deve permanecer na vontade de Deus.

Arnold Wald (2013) explica que o direito canônico elencou os motivos que poderiam ser utilizados como forma de impedimento para o casamento, sendo possível se baseado na incapacidade de um dos noivos, ou se houvesse ausência de consentimento, ou ainda caso existisse uma relação anterior ao casamento.

A vontade das partes era suficiente para celebrar o casamento na Igreja Católica. Diferente do Direito Romano, onde as famílias que iriam determinar o casamento dos seus descendentes. As causas de impedimento do casamento foram umas das heranças deixadas pelo Direito canônico, como a violência, a coação, o erro sobre a pessoa, o parentesco, as ordens sacras, o crime, entre outros.

O Direito canônico apesar de ter suas raízes na Antiguidade, se consolidou na Idade Média, período de domínio da Igreja Católica. Perdurou, assim, como formato predominante e estanque por séculos, até que, com o advento da Revolução Industrial, em meados do século XVIII, uma nova alteração começou a ser vislumbrada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 52).

O salário dos homens que sustentavam suas famílias deixou de ser suficiente, e as mulheres passaram a trabalhar nas fábricas para ajudar nas despesas, afinal, com o crescimento das indústrias cresceu também a necessidade pela mão de obra.

Mulheres assalariadas ganharam independência e uma posição econômica pessoal favorável para elas, onde cada vez mais deixavam de serem tão submissas aos homens, pois o dinheiro que elas recebiam as encorajavam para isso. Além disso, houveram outras conseqüências trazidas pela Revolução

Industrial, incluindo o deslocamento das famílias rurais para os grandes centros urbanos atrás de melhores condições de vida. Os núcleos familiares passaram a se desconfigurar, pois o papel de cada um mudava de figura.

Ocorria dessa forma um desespero por parte de alguns que diziam que era o fim das famílias.

A formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um “LAR, Lugar de Afeto e Respeito”..., tudo isso e muito mais contribuiu para repensar do conceito de família na contemporaneidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 52).

O conceito de família passou a ser descoberto pelos próprios entes familiares com o simples laço afetivo. Independente do que a igreja ou Estado afirmava que seria família, as pessoas envolvidas nessa relação começaram a perceber que era o sentimento que um depositava no outro, que fazia aquela relação ser familiar.

O distanciamento entre Estado e Igreja culminou na busca de referenciais outros para a manutenção das estruturas convencionais. Sem o freio da religião, valores outros precisaram ser prestigiados, e a moral e a ética foram convocadas como formas de adequação do convívio social. Esses os paradigmas que começaram a ser invocados para tentar conter a evolução dos costumes (DIAS, 2013, p.42).

Percebe-se, contudo, que o Estado entendeu que a sociedade precisava de referências de valores para ser seguidos, ou seja, havia uma necessidade por parte das pessoas em sentir-se direcionadas, além do que, o Estado precisava se impor de alguma forma, já que não havia mais a Igreja para fazer certas imposições.

2.2 CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de família já passou por diversas modificações até que fosse possível chegar ao que se tem hoje, que não é em verdade um único conceito, como será visto adiante. Por isso, Maria Berenice Dias (2005) acredita que pelo

fato da família ter sido sempre considerada como a base da sociedade, isso a tornou sagrada, como uma espécie de algo que deve ser sempre cuidado e conservado. Como é a partir da união de duas pessoas que as famílias começam a surgir, a Igreja selou essa união, afirmando que o céu precisava abençoá-las. Afirma ainda a autora, que o Estado intervém nessa relação como uma forma de impor a moral e a ética, denominando essa união como casamento, e determinando ainda os direitos e deveres de cada um que compõem essa relação afinal, a partir do casamento que viria a surgir uma nova família.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “a família em sentido genérico e biológico, considera-se o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum”. (2010, p. 23) É às vezes considerada como o conjunto de pessoas ligadas unidas pelos laços do casamento e da filiação. Durante séculos fora ela considerada um organismo extenso e hierarquizado, mas sob a influência da lei da evolução, retraiu-se, para se limitar aos pais e filhos.

O autor explana sobre um tipo de família que é formada após o casamento pelo laço sanguíneo. Todos os parentes, independente de serem colaterais ou não, faziam parte de uma grande família. Porém, após mudanças que ocorreram na legislação, passou a ser levada em consideração somente os pais e filhos, que são os ascendentes e os descendentes. Isso é devido graças à linha sucessória, afinal, eram os patrimônios que moviam as famílias.

Maria Helena Diniz (2011, p. 19), entende ser concernente a família, as relações derivadas do casamento, união estável, as relações de parentesco e os institutos de direito protetivo (tutela e curatela).

A autora Maria Helena acaba por engessar o conceito de família, determinando serem somente essas hipóteses de família, com base na Constituição Federal.

Maria Berenice Dias (2009, p. 34), partindo de uma ampla perspectiva, define família como a “relação de pessoas ligadas por um vínculo de consangüinidade, afinidade ou afetividade”.

Carlos Roberto Gonçalves (2013; p. 17) conceitua a família como “todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como unidas pela afinidade e pela adoção”. E também

de uma forma mais específica como, “parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau”.

Já Gagliano e Pamplona Filho entendem que

O conceito de família reveste-se de alta significação psicológica, jurídica e social, impondo-nos um cuidado redobrado em sua delimitação teórica, a fim de não correremos o risco de cair no lugar-comum da retórica vazia ou exacerbado tecnicismo desprovido de aplicabilidade prática (2014, p. 38).

Os últimos autores citados, já demonstram acreditar em um conceito mais amplo de família, não se prendendo a formalidades, acreditando que à afetividade também é uma das formas de se constituir famílias.

Assim Gagliano e Pamplona Filho concluem que

Não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias. (2014, p. 39)

Em outras palavras, percebe-se a dificuldade e a impossibilidade de adotar um conceito único e específico para a família, visto que, a família é gênero que se divide em várias espécies não sendo possível a sua limitação. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 40)

Maria Berenice Dias mostra o que essa diversidade de conceitos trouxe para a sociedade:

O **alargamento conceitual** das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da **conjugalidade**, quer da **parentalidade**. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adulterina, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não se admite qualquer adjetivação. (grifos do autor) (2009, p. 41)

Como é possível perceber, o conceito de família passou por significativas mudanças ao longo do tempo, não existindo possibilidade de formatar um único conceito que poderá ser utilizado para todos os tipos de entidades familiar, afinal, não é correto afirmar que famílias são formadas somente pelo laço afetivo, tendo em vista, que existem famílias onde irmãos não se conhecem, ou menos sabe da sua existência, existindo somente nesse caso o laço

sanguíneo. Ou seja, família pode ser conjunto de pessoas ligadas pelo laço afetivo, como podem ser ligadas pelo laço sanguíneo.

2.2.1 Conceito constitucional

O artigo 226, caput, da Constituição Federal de 1988 apesar de não trazer expresso o conceito de família, afirma que esta é a base da sociedade e merece total proteção.

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988)

Dessa forma a Constituição mostra que o casamento não é mais requisito para termos uma família, pois retirou a expressão “constituída pelo casamento” da Constituição Federal de 1967/69. O objetivo da antiga Constituição estava na necessidade de excluir qualquer núcleo familiar que não fosse constituído através do casamento. Paulo Lôbo afirma que a Constituição Federal não deve exaurir as formas de entidades familiares taxativamente, tendo em vista, que estaria excluindo as famílias que são formadas pela “afetividade, estabilidade e ostensibilidade”. (2002, p. 5)

Nesse sentido, afirma ainda o autor que essas possibilidades de formação de família, descritas pela Constituição são exemplificativas.

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de dedutibilidade e adaptabilidade. (LÔBO, 2002, p.5)

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 37), existem três pontos relevantes neste artigo: entidade familiar, planejamento da família e assistência direta à família. Com a chegada da Carta Magna, percebemos que não é possível a limitação da natalidade, ou seja, o Estado não pode intervir na vida familiar determinando quantos filhos compete a cada família. Compete ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Além disso, a Constituição assegura a liberdade de escolha quanto a entidade familiar, não podendo ser obrigado que as pessoas estejam em uma relação de casamento ou união estável, devendo ser preservado o seu direito com idêntica dignidade. (LÔBO, 2002, p. 3)

As medidas de incentivo a educação fornecidas às famílias através do Estado, não enseja a possibilidade deste último intervir na relação entre os entes familiares, de forma a prejudicar o direito à liberdade da família. O Estado deve incentivar inclusive programas de planejamento familiar para auxiliar principalmente aquelas famílias que necessitam de um acompanhamento psicológico. O papel do Estado é amparar e proteger a família.

Como afirma Maria Berenice dias (2009, p.36), a legislação concedeu a união estável o mesmo tratamento dado ao casamento, ou seja, juridicamente, as pessoas que conviviam em união estável passou a ter os mesmos direitos daqueles que se encontravam unidas pelo matrimônio.

Não havia motivo para que ainda fosse dado tratamento diferenciado para a união estável, tendo em vista, que aquele casal que convive em forma de união e constitui filhos ou não, também merece proteção, não podendo ser discriminado por não ter registrado essa união como um casamento, afinal, aquelas pessoas que constituem a união, possui os mesmos deveres daqueles que constitui um casamento.

2.3 MODALIDADES

Como já foi dito anteriormente, a família é um gênero que se divide em diversas modalidades. Nessa linha Maria Berenice Bias:

O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. (2009, p. 41)

A Constituição Federal no seu Art. 226, § 3º, demonstrou que o casamento não faria mais parte da única modalidade de família, configurando assim o reconhecimento da união estável como entidade familiar, além daquela citada no Art. 226, § 4º, que compreende o núcleo familiar formado por qualquer dos pais com seus descendentes, chamada de família monoparental.

Entretanto, como afirmou Paulo Lôbo (2002, p.5) essas modalidades de família são meramente exemplificativas, existindo assim outras modalidades de família que não foram elencadas pela Constituição Federal, mas merecem total proteção do Estado. Os novos modelos de família deram origem pelo fato das pessoas estarem cada vez mais à procura da sua felicidade. A afetividade é o que vem unindo e formando famílias. As pessoas não querem a solidão, elas procuram por algo que as satisfaçam afetivamente, independente de sexo.

O tipo de família mais antigo é a família matrimonial, advinda do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Pela Igreja essa união é indissolúvel, devendo permanecer até a morte de um dos cônjuges. Durante muito tempo não era aceitável como família qualquer outro tipo de união, pois as famílias eram matrimonializadas, patriarcais, hierarquizadas, patrimonializadas e heterossexuais.

Maria Helena Diniz (2011, p. 52), afirma que dentre os fins do matrimônio, temos: a instituição da família matrimonial, a procriação dos filhos, a

legalização das relações sexuais entre os cônjuges, a prestação do auxílio mútuo, o estabelecimento de deveres patrimoniais ou não entre os cônjuges, a educação da prole e a atribuição do nome ao cônjuge e os filhos.

Durante muito tempo, a igreja influenciou juntamente com o Estado na vida afetiva das pessoas. O casamento era reconhecido, porém indissolúvel, e o sexo entre homens e mulheres era permitido somente para fins de procriação. O Estado sofreu tanta influência da Igreja, que o matrimônio era a única família reconhecida pela lei.

Com o advento do casamento, o homem passava a ser o chefe patriarcal, onde a sua esposa devia obediência, ficando com o encargo de cuidar da casa e dos filhos. A mulher recebia o nome do marido como forma de identificar a nova família formada. O casamento poderia ser anulado se a mulher tivesse perdido a virgindade antes da noite de núpcias, assim como se houvesse infertilidade por parte de um dos nubentes, afinal a procriação era o objetivo da união. Vejamos que o casamento não poderia ser desconstituído, ele era anulado devido ao erro essencial quanto à identidade ou personalidade do cônjuge. Com isso o casamento continuava existindo, encerrando somente os deveres matrimoniais.

A mudança chegou com a Lei do Divórcio, que acabava com o vínculo matrimonial, mudando o regime legal de bens para o da comunhão parcial e tornando facultativo o uso pela mulher do nome do marido. (DIAS, 2009, p. 45)

Com a Constituição Federal de 1988, todas as formas de famílias ganharam proteção integral (Art. 226, CF). Afinal, mesmo o Estado não reconhecendo as outras formas de entidades familiares antes da Carta Magna, elas existiam e viviam a margem do casamento.

O art. 226, § 4º, da Constituição Federal de 1998, prestigiou a família monoparental ao proteger a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Essa é a realidade de 1/3 das famílias brasileiras (DIAS, 2009, p. 48), formada por mães solteiras, pais que perderam sua esposa por morte ou abandono, pessoas que não são casadas e resolvem adotar, entre outras situações. Segundo a pesquisa do Censo 2010 o “arranjo monoparental

feminino passou de 11,5% em 1980 para 15,3% em 2010”, e o “arranjo monoparental masculino passou de 0,8% em 1980 para 2,2% em 2010”. ,

A Constituição Federal prestigiou inclusive a família constituída através da união estável, visto que não havia outra alternativa a não ser o seu reconhecimento. A união estável sempre existiu sendo tão antigo quanto o casamento, no entanto era vista como uma forma de desagregação da família tradicional oriunda do matrimônio. Era tida como união de fato e não possuía amparo jurídico. Após diversas ações tratando sobre o mesmo assunto, a doutrina e a jurisprudência resolveram proteger essa parte da sociedade, reconhecendo como entidade familiar e denominando de união estável.

Existem alguns requisitos necessários para que um relacionamento seja configurado como união estável. Segundo o art. 1.723 do Código civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” Ou seja, apesar da legislação não definir qual seria o tempo necessário para configurar uma relação como duradoura, a jurisprudência já entende que não existe um tempo específico para que seja caracterizada como união estável, devendo ser analisado caso a caso.

A Constituição Federal de 1988 elencou os tipos de famílias já citadas, sendo elas a matrimonial, a informal e a monoparental. Entretanto, existem outras entidades familiares formada pela afetividade que não foram prestigiadas expressamente pela Carta Magna.

A capacidade procriativa não é mais um requisito necessário para que uma relação seja considerada como entidade familiar e mereça proteção legal, até porque homossexuais podem ter filhos próprios, adotivos ou por inseminação artificial. Por tal motivo afirma Maria Berenice Dias: “O Direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns e que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independente da orientação sexual do par.” (2014, p.112)

A família homoafetiva merece proteção do Estado, por ser uma relação que tem o afeto como base. Mesmo que a Constituição Federal não tenha expressado o termo união homoafetiva, não é suficiente para que estas

peças fiquem excluídas e desprotegidas. O fato da maioria das religiões não aceitarem a homoafetividade, não é motivo para que o ordenamento jurídico não os proteja, tendo em vista que o Brasil é um país laico.

O Poder Judiciário vem se posicionando quanto às relações homoafetivas reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, e reconhecendo diversos direitos a essa população.

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. [...] 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. [...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E FAMÍLIA. [...] 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(STF - ADI: 4277 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

Maria Berenice Dias acredita no reconhecimento da Família Anaparental, como afirma:

A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de **família anaparental**. (grifos do autor)(2009, p. 48)

É o que acontece também com irmãos que se retiram da casa dos pais no interior, e se deslocam para a capital, muitas vezes para estudar. Esses irmãos que passam a conviver juntos em um novo lar e ali fixar residência por muito tempo, após adquirirem estabilidade, caso decidam por adotar uma criança, estará constituindo a família anaparental.

Para Rolf Madaleno (2013), esta nova modulação da família, nada tem haver com a questão da relação sexual, ou seja, os entes que fazem parte dessa relação familiar estão unidos pelo afeto, pelo sangue ou não, e pelo caráter estável que desejam constituir na relação familiar.

Mais especificamente, o autor afirma que a família anaparental deve ser reconhecida, pois se faz necessário que a proteção ao bem de família se estenda a esse tipo de família também.

O que antes parecia ser a exceção, hoje é o habitual e vice versa. As mulheres divorciadas eram mal vistas pela sociedade, e dificilmente constituíam novas

famílias. Entretanto, as famílias pluriparentais estão cada vez mais comum afinal, ninguém quer ficar sozinho, e todos estão sempre a busca da sua felicidade. Dessa forma, casais que se separam procuram outra pessoa pra preencher esse vazio e formar assim uma nova família que será formada inclusive pelos filhos do antigo relacionamento. As pessoas quando resolvem viver um novo relacionamento e possuem filhos, acabam agregando novos sentimentos, ou seja, é muito comum que os padrastos acabem criando laços afetivos com os filhos das suas parceiras, principalmente quando as crianças ainda são muito novas. Mesmo que essa relação venha a acabar no futuro, não será possível desfazer esses laços principalmente quando se refere as ligações muito fortes. Existem filhos inclusive que possui uma relação com o seu padrasto, muito mais sólida do que com o próprio pai.

A família Eudemonista é um conceito atual de uma nova modalidade de família onde é levada em consideração a busca pela realização plena de todos os seus componentes. Independente do vínculo biológico, caracteriza-se pela comunhão do afeto recíproco, a consideração e os respeitos mútuos entre os integrantes.

Rolf Madaleno afirma que “desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade”. (2013, p. 27)

Aquele perfil de família hierárquica, onde todos estão submissos ao pai patriarcal, cedeu espaço a democracia, estabelecendo a igualdade e o respeito diante de todos os componentes da família. Os pais estão entendendo que para exigir respeito, precisa demonstrar que o respeito é válido para todos, e cada um tem a sua personalidade individual.

2.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Não se pode falar nos princípios do direito de família, sem pensar nos princípios constitucionais, pois as raízes dos referidos princípios estão na Constituição. Cada autor delimita a quantidade de princípios de acordo com a sua interpretação, afinal não existe um consenso na doutrina quanto a isso. No

entanto todas essas definições segundo os autores devem estar voltadas para a Constituição, pois deve ser analisado segundo o aspecto constitucional. A Carta Magna é como uma espécie de fonte, onde a partir dos seus princípios, da sua base, serão tirados outros princípios que irá embasar e dar sustentação ao direito de família.

Ricardo Maurício (2004) acredita na necessidade de se preocupar com a interpretação dada ao direito, em face dos princípios jurídicos. Nesse sentido o autor afirma que

Os princípios têm caráter normativo, segundo o entendimento majoritário da doutrina contemporânea. Exercem, porém, dentro do sistema de normas, um papel diferente daquele desempenhado pelas regras jurídicas. Estas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de disciplinar as relações intersubjetivas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. O mesmo não se processa com os princípios. (2004, p. 78)

O maior de todos os princípios constitucionais é o da dignidade da pessoa humana, que segundo Robert Alexy, este princípio “é sobepesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana” (2006, p. 113).

Para o referido autor, existe o princípio da dignidade da humana e a regra da dignidade humana, embora as duas sejam consideradas como normas, o que determina a preferência do princípio da dignidade em relação aos outros princípios, é o “conteúdo da regra da dignidade humana”. (2006, p. 113).

O autor Ricardo Maurício (2004) acredita ainda que um dos elementos fundamentais do princípio da dignidade humana é a preservação da igualdade. Ou seja, práticas discriminatórias é um fator que acaba por ferir dois princípios, a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

A dignidade da pessoa humana está atrelada ao Direito de Família onde devem ser respeitados cada membro do núcleo familiar, incluindo as suas diferenças. É na família que cada indivíduo encontra a sua base, tem a sua formação, e se nesse âmbito ele tem sua dignidade desrespeitada e ferida, isso interferirá em toda a sua vida, por isso a grande importância do referido princípio principalmente no que tange a família. “Assim, é forçoso concluir que o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana somente será pleno

e efetivo quando observado também no seio das relações de família.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 78).

O princípio da igualdade vem reafirmar a necessidade de respeitar as diferenças, ou seja, tratando os iguais como iguais e os desiguais nas suas devidas desigualdade. Isso nada mais é do que se não, respeitar as diferenças presentes em cada ser humano. É um princípio onde servirá de base principalmente para o legislador ao criar leis, devendo observar se o princípio da igualdade está sendo respeitado e levado em consideração.

O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A idéia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à idéia de **justiça**. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com **igualdade formal**, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Aspira-se à **igualdade material** precisamente porque existem desigualdades. (grifos do autor)(DIAS, 2009, p. 64)

Mais uma vez percebemos que a Constituição Federal vai influenciar no Código Civil, dessa vez no âmbito familiar. O princípio da igualdade alcança todos os vínculos existentes em uma relação familiar, para defender aqueles que poderiam sofrer algum tipo de desigualdade por determinado motivo, como é o caso dos filhos existentes fora do casamento ou os filhos adotivos. Hoje não é mais possível a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, afinal, todos os filhos são legítimos fazendo jus a todos os direitos e deveres. Não devem existir direitos diferentes para os filhos, independente de sexo ou se é o mais velho ou caçula. Assim determina o art. 227, § 6º, da Constituição Federal:

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.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

Além dos filhos, gozam desse direito o homem e a mulher, que por muito tempo conviveram com a desigualdade de gêneros. Atualmente não podemos afirmar que essa situação já está atualmente superada, pois com o propósito em acabar com essa desigualdade e equiparar a mulher com o homem, acabaram por conceder certos benefícios à mulher. No âmbito familiar também não deve ocorrer discriminação por sexo, afinal, tanto o pai quanto a mãe tem os mesmos direitos e deveres quanto aos filhos. Não é verdade que a mãe tem mais direito de ficar com o filho em caso de separação dos pais. Apenas, deve ser observado o melhor para a criança, como será observado posteriormente que as crianças gozam da proteção integral.

A maior responsabilidade que os pais podem ter está relacionada aos seus filhos. Os direitos da criança e do adolescente perpassam pelo princípio da proteção integral, onde a Carta Constitucional assegura toda essa proteção. Até os 18 anos, as pessoas estão em desenvolvimento, e esses são os anos mais importantes da sua vida, pois será a partir dessa fase que o indivíduo formará as suas opiniões e convicções. Dessa forma, fica evidente a necessidade da preocupação que se deve ter em relação a essas crianças e adolescentes. Por isso, o art. 6º, do Estatuto da Criança e Adolescente determina que

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (BRASIL, 1990)

Como é observado, o próprio estatuto utiliza o termo de pessoas em desenvolvimento como fim de interpretação, afinal, é isso que se deve ter em mente quanto às crianças, onde cuidar delas hoje significa cuidar também do futuro.

Pelo princípio da prioridade absoluta o legislador deve levar em consideração o tratamento dado à criança e adolescente pela Constituição Federal, já que o

seu ato reflete em todo o ordenamento jurídico. Ou seja, as leis não podem sob hipótese alguma prejudicar a criança ou adolescente, e a família é o primeiro núcleo que possui responsabilidade sobre a criança e adolescente, seguindo pela sociedade e por último o Estado.

Como já foi comentado posteriormente, atualmente o laço afetivo tem maior importância que o laço sanguíneo. O que forma a família hoje é o afeto, e não o casamento por si só ou o sangue. Não existe diferença entre o parentesco sanguíneo ou o parentesco afetivo, afinal, todos possuem os mesmos direitos. O princípio da afetividade vem determinar essa questão, pois o afeto é um direito fundamental.

Paulo Lôbo tem razão ao afirmar que o princípio da afetividade é intrínseco na Constituição Federal, e os seus fundamentos são baseados em quatro motivos, que são o fato da Constituição defender que todos os filhos são iguais, não possuindo diferença quanto a sua origem, afinal, adoção é uma escolha afetiva, além da proteção dada as famílias que são formadas por qualquer um dos pais e seus filhos, e por fim quando ela defende que a convivência familiar é prioridade absoluta.

O princípio da afetividade é tão forte e complexo que, por exemplo, se um pai após ter criado um laço afetivo com o filho, descobre que não é o pai biológico, provavelmente não irá deixar de ser o pai se a criança o reconhece como o verdadeiro pai, afinal, a filiação afetiva é superior a filiação biológica. Nessa mesma linha seguem os filhos, que independem se são adotivos ou não, o tratamento dado deverá ser isonômico. Este princípio é o mais importante para o direito de família.

Os deveres e as obrigações perante os filhos são de responsabilidade em primeiro lugar do pai e da mãe. No entanto, isso não tira a responsabilidade dos outros membros da família. A maior preocupação é para que a criança não fique desamparada, por isso na falta de assistência dos pais, toda a família deve colaborar, é o princípio da solidariedade familiar.

A família é formada por um conjunto de pessoas que possuem fraternidade e reciprocidade entre si devendo amparar aqueles que mais precisam de proteção por serem dependentes, como é o caso do idoso, das crianças e dos

adolescentes. Aquele que se nega a ajudar um dos parentes, não poderá exigir o auxílio posteriormente, ou seja, se um pai não paga os alimentos devido ao seu filho, não poderá exigir alimentos do filho quando estiver idoso. Isso é a solidariedade familiar, um ajuda o outro e todos se ajudam.

O princípio da proibição do retrocesso social vai garantir que os direitos concedidos pela Constituição Federal as famílias não sofram alteração para prejudicar voltando àquela situação anterior em que não era respeitada a igualdade entre homem e mulher, o tratamento igualitário dado aos filhos e as entidades familiares. Desconstituir esses direitos é voltar a uma época que não faz mais parte da nossa realidade, e o referido princípio existe para proteger exatamente essa situação.

Maria Berenice Dias entende que:

A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma **obrigação positiva** para a sua satisfação – passa a haver também uma **obrigação negativa** de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização. O legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo legislador ou pelo judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional. (grifos do autor)(2009, p.65)

Tudo que já foi conquistado até o presente momento, não pode ser descartado e desperdiçado. A humanidade estar sempre passando por um processo de evolução, assim como acontece com a legislação. As leis devem estar de acordo com o cenário social, e aquelas leis que não estão em conformidade com tal situação, devem ser revogadas.

Um princípio que merece destaque no presente estudo, é o da convivência familiar, por tratar sobre a importância que existe no convívio entre os entes familiares. O Estatuto da Criança e Adolescente¹ determina que o convívio familiar seja uma prioridade na vida da criança, principalmente quanto a família natural, ou seja, a família substituta deve ser uma exceção.

¹ 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.

No seio da sua família, a criança deve estar protegida e acalentada, afinal, é também obrigação da família cuidar um dos outros. Ainda assim, Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze, entendem que “o princípio da convivência familiar necessita, para se consolidar, não apenas do amparo jurídico normativo, mas principalmente, de uma estrutura multidisciplinar associada que permita a sua plena realização social” (2011, p.103).

Nesse sentido, entende-se que para que uma criança possua um desenvolvimento saudável nas famílias, esta deve possuir uma estrutura adequada para tal fim. Famílias desestruturadas, sem orientação psicológica ou com determinados problemas mentais, pode ao invés de proteger uma criança, acabar por tornar mais um ser humano sem estrutura psicológica. Dessa forma, percebe-se que assim como a ocorre com o menor, as famílias também necessitam por muitas vezes de amparo.

2.5 O PAPEL DA MULHER NA FAMÍLIA

Uma pesquisa feita pelo IBGE divulgada pela UOL em 2006 mostrou o seguinte:

O crescimento da participação das mulheres no mercado de trabalho pode ter ocasionado mudanças na estrutura das famílias brasileiras, como mostram dados da Síntese dos Indicadores Sociais divulgados nesta quarta-feira pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Entre 1995 e 2005, o número de famílias chefiadas por mulheres cresceu 35%, passando de 22,9%, em 1995, para 30,6%, em 2005. O maior crescimento aconteceu em Santa Catarina (64,1%) e Mato Grosso (58,8%). Esse aumento vem ocorrendo mesmo nas famílias onde há a presença do marido, analisa o IBGE. No ano passado, do total das famílias com parentesco, em 28,3% a chefia era feminina. Em 18,5% desse universo, as mulheres eram chefes, apesar da presença do marido. Em 1995, essa proporção era de apenas 3,5%. O indicador aponta não somente para mudanças culturais e de papéis no âmbito da família, como reflete a idéia de chefia "compartilhada", isto é, uma maior responsabilidade do casal com a família, avalia o instituto. Em 2005, a população economicamente ativa (PEA) somava 96 milhões de pessoas, das quais 56,4% eram homens e 43,6%, mulheres. Observou-se que nos últimos 10 anos a

distribuição da PEA por sexo sofreu uma acentuada mudança, com a redução da participação masculina e aumento da feminina em 3,2 pontos percentuais. A concentração de população na região metropolitana de São Paulo é outro dado de destaque do estudo, já que, no ano passado, 10,5% dos brasileiros (ou 19,4 milhões de pessoas) viviam nessa área. (2006)

Mulheres e homens ao longo da história da humanidade desempenharam papéis diferentes. A mulher por muito tempo só obteve espaço dentro da cozinha, afinal, as famílias eram extremamente patriarcais, e eram os homens que davam as ordens, pois eram eles que sustentavam a casa. A figura feminina foi também associada à ideia de uma fragilidade maior que a colocasse em uma situação de total dependência da figura masculina, seja do pai, do irmão, ou do marido, dando origem aos moldes de uma cultura patriarcalista e machista. A consequência dessa cultura foi que figura feminina estava sempre em segundo plano, e as conquistas dos homens só chegavam para as mulheres anos depois, como foi o caso do direito ao voto feminino.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros na sua magnífica obra sobre a mulher e o direito do trabalho, afirma que “a superioridade conferida ao homem na sua família influía negativamente nas relações de trabalho e constituía um aspecto particular da discriminação por motivo de sexo” (1995, p.97).

A autora afirma que a mulher casada era a maior vítima de discriminação por sexo, onde em diversos países, a mulher que casava, devia ser dispensada do emprego, só podendo retornar em caso de morte do marido.

Entretanto, é importante salientar que não foi sempre assim, onde na sociedade cretense a mulher aparentava ter uma maior liberdade, podendo passear por diversos ambientes, possuindo inclusive, papel de destaque durante as cerimônias religiosas, como afirmou Alice de Barros (1995), e isso era percebido em Roma e na Grécia antiga.

Contudo, a mulher vai perdendo força no século XIX, sendo explorada nas indústrias juntamente com os menores, se sujeitando a longas horas de trabalho em precárias condições, colocando sua saúde em risco.

Como a mulher viveu anos submetidos a humilhações, houve muita resistência para aceitar que as mulheres e os homens tinham direitos iguais, por conta disso gerava o preconceito contra as mulheres, inclusive no mercado de

trabalho, afinal, a mulher ainda era vista somente com avental dentro da cozinha. A partir da década de 50, que o mundo passou a viver mudanças significativas no papel da mulher na sociedade, que iria trazer conseqüências até o dia de hoje.

Para Renato Drummond Tapioca Neto e Luisa Bertrami D'Angelo (2013), o direito ao voto, foi uma das mais importantes conquistas alcançadas pela mulher. Os autores afirmam que foi a partir de 1960 que os movimentos feministas passam a ganhar maior força no Brasil e no resto do mundo, como uma forma de libertação da dominação dos homens. O que contribuiu para essas vitórias é responsabilidade também do momento que o mundo estava passando naquele momento, ou seja, manifestações sociais que já traziam essa necessidade de defesa aos humanos.

Não podemos afirmar que o preconceito de gênero deixou de existir, afinal, mesmo homens e mulheres exercendo o mesmo cargo, ainda existe diferença salarial em alguns lugares.

No entanto, as mulheres "foram às ruas" e conquistaram seu espaço no mercado de trabalho, através das suas formações. As mulheres passaram a ver os estudos como meio para chegar as grandes conquistas profissionais. Com isso diminuíram as taxas de natalidade, e as mulheres passaram a casar com idades mais avançadas. Essa mudança na vida da mulher atingiu toda sociedade, afinal, a prioridade da mulher deixou de ser a constituição de uma família, dando lugar a uma vida profissional dedicada.

A mulher não deixa de ser mãe, ela adia esse sonho para realizar outros sonhos. A mulher contemporânea não tem mais o pensamento de dependência do marido, pelo contrário, ela não aceita mais essa posição de subordinação, e passa a dividir as tarefas domésticas com o marido.

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE SEXOS NA FAMÍLIA, NA SEARA TRABALHISTA E A PROTEÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER

O conceito de igualdade ao longo da história sofreu diversas modificações, sendo sempre levado em consideração o momento histórico em que o mundo perpassava. Assim, o princípio da igualdade sempre esteve conectado a diversos outros fatores, como a liberdade e justiça. Nesse sentido, era o que acontecia na Grécia, onde iguais eram somente aqueles homens livres (NOVAIS, 2005).

Felizmente o princípio da igualdade ganhou outros formatos, passando a proteger aqueles que viviam discriminados, como as mulheres que até a Revolução Francesa estavam submissas ao poder dos homens que imperavam na época.

O referido princípio trata sobre diferentes relações, afinal, em todos os lugares e momentos eu pode-se pensar **(que se pode pensar)**, a igualdade deve estar atrelada. No ambiente familiar, existe a relação entre irmãos, onde não importa o sexo destes ou a origem deles, mas ambos devem ser tratados de forma igualitária. Assim como ocorre na relação dos pais, possuindo tanto o pai como a mãe, o poder familiar, não sendo permitido que nenhum deles obtenha maior autoridade sobre os filhos.

Na seara trabalhista, a situação não muda de figura apesar dos constantes debates existentes sobre a discriminação quanto ao sexo. Os homens ainda continuam a receber remuneração maior que as mulheres em diversos lugares, além do assédio sexual que a mulher sofre por diversas vezes. Em pleno século XXI, parece ser comum surgirem notícias relacionadas à mulher e o assédio sexual principalmente no trabalho.

Por isso, como será visto adiante, a mulher precisou de proteção no mercado de trabalho, inclusive pelos trabalhos pesados que estava submetida. As diferenças biológicas que são intrínsecas a mulher, não eram levadas em consideração, por isso eram obrigadas a passar por trabalhos insalubres. Com apoio no âmbito internacional, a fase de proteção a mulher ganha força no

âmbito nacional, contudo essa proteção mostrou-se mais discriminatória do que protetiva.

3.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em verdade, não existe um consenso doutrinário acerca do conceito de direitos fundamentais. Surgiram outras terminologias com o intuito de trazer a mesma ideia dos direitos fundamentais, no entanto, nenhuma delas obteve o condão de englobar tão bem tantos conceitos como os direitos fundamentais. Liberdades públicas, direitos individuais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos e direitos humanos, são algumas das terminologias utilizadas sendo equiparadas aos direitos fundamentais, mas sem êxito.

Como afirma Dirley da Cunha (2011), os direitos fundamentais vêm passando por mudanças e chegando a novas dimensões com a evolução da história. Devido a essa situação é possível perceber a dificuldade em conceituar de forma material ampla e proveitosa. Diante desse fato, busca-se por critérios fundamentais que possam servir de direcionamento para identificar na ordem jurídica, os direitos fundamentais que estão implícitos na Constituição Federal ou até a margem dela, para assim utilizar uma terminologia adequada aos direitos fundamentais.

Norberto Bobbio (2004) acredita que existem quatro razões que dificultem a possibilidade de conceituar os direitos fundamentais, chamado por ele de “direitos dos homens”. A primeira delas consiste em afirmar que a expressão “direitos dos homens” é vaga, não conseguindo demonstrar o seu conteúdo, e quando consegue são interpretados de modo diverso, conforme a interpretação dada pelo seu intérprete.

Os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização. (2004, p. 12)

A segunda razão consiste na mutabilidade dos direitos fundamentais como esclarece o autor ao afirmar que a humanidade passa por diversos momentos,

onde cada fase desta há um interesse e uma necessidade. O homem não poderia imaginar séculos atrás, que direitos sociais e tão importantes, estariam inseridos na Constituição Federal, como um direito que jamais pode ser violado.

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (2004, p. 12)

A terceira razão que compreende a dificuldade de conceituação trata-se da heterogeneidade dos direitos fundamentais. Quer dizer, que existem direitos que são conflitantes entre si, onde alguns direitos serão pertinentes a determinadas categorias, e outros compreenderá a todos os gêneros humanos. O princípio da liberdade e igualdade tem uma tendência a se conflitarem, afinal, o fundamento de um difere-se do outro.

O quarto e último motivo compreendem a situação que se refere a um mesmo fundamento possuir mais de um significado, ou seja, como no exemplo utilizado pelo próprio Norberto, à liberdade religiosa e a liberdade a investigação científica possuem o mesmo fundamento, porém utilizadas para expressar direitos diferentes, onde a liberdade religiosa defende o direito da pessoa em optar por não fazer parte de nenhuma religião, enquanto a liberdade a investigação científica não defende o direito de exercer qualquer investigação científica, mas sim de não sofrer empecilhos na investigação.

Para Ingo Sarlet (2015), a terminologia mais adequada é realmente “direitos fundamentais”, entretanto, para o autor é cabível ainda fazer uma distinção acerca dos direitos humanos e direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, o autor afirma que ambos possuem conexão, tendo em vista, que o titular dos direitos fundamentais são os humanos, não importando se de forma individual ou coletiva. No entanto, a distinção entre um e outro diz respeito a sua aplicação, onde a expressão direitos fundamentais

[...] se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional [...] (2015, p. 29)

Assim, é possível perceber a amplitude que diferencia as expressões, onde os direitos fundamentais podem se diferenciar de acordo com cada estado, afinal, cada nação possui a sua cultura e os seus valores para serem protegidos através da constituição. Sendo diferente o que ocorre com os direitos humanos que devem possuir caráter universal.

3.2 DIMENSÕES

Os direitos fundamentais passaram por uma grande evolução ao longo do tempo tendo em vista a rotatividade com que os direitos passaram a ser priorizados. Com a evolução do mundo é possível perceber como as situações mudam de figura, ou seja, aquilo que antes era visto como algo de maior importância e necessidade, posteriormente pode não ser visto e muito menos tratado da mesma forma. Devido a essa evolução, utilizamos o termo dimensões para tratar sobre essas mudanças históricas dos direitos fundamentais.

Entretanto, existe a discussão que leva em consideração a melhor terminologia adotada, se seria “gerações” ou “dimensões”. A maioria dos autores acredita que utilizar o termo dimensões seria mais adequado, tendo em vista que os direitos fundamentais não passam de uma geração para outra anulando aquilo que já foi conquistado, pelo contrário, elas são somadas entre si. Utilizando a terminologia geração, temos a falsa impressão que superamos uma etapa e partiremos para uma próxima geração, não ocorrendo o efeito assim da cumulatividade, como afirma Ingo Sarlet (2015).

Como ainda afirma o autor, as dimensões são variáveis ao longo do tempo de acordo com as transformações da “realidade social, política, cultural e econômica” (2015, p.46). Assim, percebe-se inclusive que um dos fundamentos da teoria dimensional dos direitos fundamentais, está na impossibilidade de dividir o direito constitucional interno frente ao Direito Internacional dos Direitos humanos.

Paulo Bonavides (2004) acredita que os direitos fundamentais passaram por um processo cumulativo que resultaram em três dimensões, sendo elas baseadas conseqüentemente na liberdade, igualdade e por fim fraternidade.

No entanto, não é possível afirmar que a terceira dimensão é a última dimensão, afinal, por estar nos referimos a uma mutabilidade histórica, é possível perceber que novas dimensões estarão sempre surgindo.

Como já percebemos, os direitos de primeira dimensão estão intimamente ligados a liberdade, afinal antes da Revolução Francesa, o absolutismo dominava a época, e aqueles que se sentiam pressionados, explorados e humilhados, almejam uma liberdade que lhe dessem direito a uma efetiva participação pública.

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (2004, p. 563)

Sobre o paradigma liberal, Daniel Sarmento argumenta que era necessário proteger aqueles que estavam sob o domínio do Estado, ou seja, todos que não fizessem parte da nobreza e do clero, permitindo um “espaço de liberdade inexpugnável” (2004, p. 21).

Os direitos de segunda dimensão possuem uma função diferente se comparado aos direitos da primeira dimensão, tendo em vista que na segunda dimensão, os direitos protegidos são sociais, onde a sociedade necessita de ações do Estado.

O Estado liberal tinha como característica a intervenção mínima, onde a sua finalidade era excluir o Estado do domínio privado. Essa foi uma conquista dos direitos de primeira dimensão, as liberdades públicas. O Estado deveria garantir o exercício desses direitos, mas não deviam intervir. Entretanto, a

sociedade passa por um processo em que começa a sentir a necessidade da “mão” do Estado, e o Estado liberal começa a perder suas forças.

Como já foi dito anteriormente, os direitos adquiridos não se anulam, eles são somados com o decorrer do tempo e das conquistas. Os direitos sociais determinam ao Estado uma obrigação de fazer, que são os direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros.

É nesse sentido que Ingo Sarlet (2015) vem afirmar que com os direitos da segunda dimensão, o Estado adota uma postura ativa de propiciar a Justiça Social. Assim, a liberdade que antes era concedida para combater os limites impostos pelo Estado, agora será concedida por intermédio do próprio Estado.

Destaca ainda o autor, que assim como ocorre com os direitos de primeira geração, tais direitos são individuais, não sendo considerados como direitos coletivos ou difusos.

Para completar o lema da Revolução Francesa, falta acrescentar o princípio da fraternidade ou solidariedade, que correspondem à terceira dimensão dos direitos fundamentais. Quando o assunto é sobre a fraternidade, refere-se então a uma coletividade e não mais a direitos individuais, ou seja, direitos difusos.

Esses direitos coletivos não levam em consideração a situação financeira do ser humano, assim, o termo está englobando a todos que compõem uma nação, independente de cor, raça ou gênero. Nesse sentido, os direitos de terceira geração não estão presentes para proteger determinados grupos sociais, afinal, a paz que é um direito coletivo tem extrema importância para todos os seres humanos.

Compreendem o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. São denominados usualmente de direitos de solidariedade ou fraternidade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação universal, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial, para sua efetivação. Não tem por fim a liberdade ou igualdade, e sim preservar a própria existência do grupo. (CUNHA, 2011, p. 608)

Esses direitos são direcionados a todo ser humano, sem distinções de qualquer natureza, a fim de proteger a coletividade.

Os direitos fundamentais de quarta geração vêm crescendo e se afirmando ao longo do tempo, muito embora alguns autores não concordem com a sua existência, a maioria doutrinária reconhece.

A globalização tem total compatibilidade com os direitos fundamentais da quarta geração, afinal estamos tratando de direitos que surgiram após uma mudança no contexto tecnológico mundial. Como afirmou Paulo Bonavides, “globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional” (2004, p.571), que como o próprio autor relata, é a institucionalização do Estado social.

O direito à informação, o direito à democracia e ao pluralismo, são direitos de quarta geração, no qual possuem ligação fazendo com que devido ao acesso à informação, a sociedade passam a ter conhecimento, garantindo assim o direito a democracia.

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual. (BONAVIDES, 2004, p. 571)

Os direitos fundamentais de quinta geração são enfrentados por Paulo Bonavides, onde o autor identifica o direito à paz como um dos progressos mais notáveis já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais. No entanto, tal direito caiu no esquecimento da terceira dimensão, onde deveria estar inserido, pois a paz faz parte da fraternidade, solidariedade.

Paulo Bonavides acredita que o direito à paz faz parte da própria essência do homem, ou seja, da sua natureza. Baseado nisso, o autor defende que se deve requerer a paz, da mesma forma que se requiere “o direito a igualdade, a

moralidade administrativa, a ética na relação política, a democracia no exercício do poder”. (2008, p. 92)

3.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

Pode-se afirmar que o direito à igualdade é o cerne da sociedade, tendo em vista, que não há como imaginar um aglomerado de pessoas em que a igualdade não seja estabelecida como um prisma. Entretanto, José Afonso da Silva (2012), afirma que o fato da liberdade ter tido prioridade em relação à igualdade em tempos antigos, está relacionada com a burguesia, que não se questionava quanto a prioridades que eram concedidos a alguns em detrimentos de outros, afinal, tal classe era beneficiada com essa opressão.

No entanto, o princípio da igualdade atualmente perpassa por uma porção de distorções, ao ponto em que é possível perceber a sua complexidade, onde a própria idéia de igualdade, vem a defender possíveis desigualdades para que a democracia seja sustentada.

Daniel Sarmiento (2006) preceitua que é possível perceber a magnitude do princípio da igualdade com a simples interpretação da Constituição Federal, que trás o referido princípio logo no início, mais especificamente no art. 5º, diferente do que ocorrem com os demais direitos individuais, que se encontram misturados ao decorrer do dispositivo.

3.3.1 Conceito

O princípio da igualdade consiste em tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, ou seja, trata-se da igualdade material. A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, caput, afirma que “todos são iguais perante a lei”.

Entretanto, existem pessoas que por alguma necessidade ou por algum motivo, não podem ser tratadas do mesmo modo que outras pessoas, e merecem uma

atenção diferenciada por apresentarem diferenças. Assiste razão o ilustre autor Jorge Miranda (2000), quando afirma que os direitos existem e são feitos para todos terem acesso, no entanto, infelizmente, não são todos que se acham em igualdade condições para exercê-los, devendo ser promovidas essas condições para que ocorram mudanças nas estruturas das quais essas pessoas se encontram.

O direito à igualdade pode ser dividido de duas formas. Quando se trata sobre o tratamento dado aos iguais e desiguais perante a ordem jurídica, está se referindo à igualdade formal, onde o Estevão Mallet (2010) acredita que a sua grande consagração ocorreu com a proibição de qualquer discriminação em face da lei. Quando se refere à oportunidade de acesso aos bens da vida, estamos nos referindo à igualdade material.

O referido autor compreende que a importância do princípio da igualdade está intimamente ligada a repulsa provocada pela discriminação, que é a desigualdade arbitrária, injustificável e inaceitável. Baseado nisso, o mesmo afirma que por isso, a justiça se relaciona com a igualdade, e como a igualdade repele a discriminação, esta é a negação da justiça.

Já o autor Daniel Sarmiento conceitua a igualdade como “um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas, e que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos”. (2006, p.121)

Dessa forma, cumpre destacar que não basta saber o que é o princípio da igualdade, e ter ciência que a Constituição proíbe a sua violação. Atingir o seu objetivo é o mais importante, acabando assim com a discriminação em todos os aspectos.

3.3.2 Conteúdo jurídico

Não é possível tratar sobre o conteúdo jurídico do direito fundamental à igualdade, sem citar a famosa obra do autor Celso Antônio Bandeira de Mello, onde logo no início da sua construção, ele faz a seguinte intervenção.

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. (MELLO, 1993, p.9)

A norma quando criada é destinada a todos, que deverão respeitá-las da mesma forma, afinal não é possível existir tratamento diferenciado para situações idênticas. É necessário perceber, entretanto, que estamos falando nesse momento de duas ou mais situações equânime, porém com sujeitos diferentes que merecem o mesmo posicionamento.

Para que uma determinada norma seja declarada constitucional quando versar sobre direitos que não possam ser abrangidos por todos, deve estar fundamentada em um motivo que comprove a sua necessidade. Nesses termos afirma o referido autor.

(...) as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (MELLO, 1993, p.17)

Ainda nesse sentido Mello enfatiza que é necessária uma análise sobre os fatores que podem ser utilizados como diferenciadores, ou seja, para que seja possível afirmar e tratar determinada relação como diferenciada, devendo esta ser protegida pela possibilidade de tratar os desiguais de forma desigual. Assim, para o autor a questão financeira, familiar, entre outros, não pode ser utilizada demasiadamente como um motivo para cometer desigualdades, tendo em vista que isso no futuro pode ser um risco.

Ainda sobre a obra do autor, descreve assim no terceiro capítulo da sua obra, os critérios para a identificação do desrespeito à isonomia. Dessa forma, entende o autor que se deve procurar uma justificativa para adotar tal postura discriminatória, e para perceber inclusive se existe fundamento ao assumir tal posição. O critério adotado para justificar o ato discriminatório deve estar em conformidade com a Constituição Federal.

O princípio da igualdade incorre em algumas peculiaridades, que o torna um tanto mais complexo. Com base na obra citada, a lei que tem o seu

fundamento baseado no princípio da isonomia, deve proteger aquele que por algum motivo sofre discriminação, entretanto, essa proteção deve estar consubstanciada pela ordem constitucional, para que não acabe incorrendo em uma norma discriminatória.

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adotada como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial. (MELLO, 1993, p. 47)

Celso Antônio vai respaldar a compensação jurídica de desigualdade fática para reduzir a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência das minorias. O princípio da igualdade que respaldará estado social em estipulação de medidas que compensem juridicamente situações de desigualdade fática. Deve se compensar juridicamente a desigualdade de fato e conceder prerrogativas legais ao grupo menos favorecido.

Dessa forma, segundo Celso Antônio, para permitir tratamento diferenciado deve possuir lógica entre si, ou seja, não é porque o indivíduo não possui renda que tudo deve ser diferenciado para ele. Nesse caso, o fator discriminante vai ser colocado em prática quando este indivíduo estiver em desigualdade com outros. Por exemplo, pegar a fila em um supermercado nada tem haver com a questão de renda, assim, o indivíduo pode pegar a fila, mas o pagamento pode ocorrer com um crédito fornecido pelo governo, em razão da sua renda ser baixa.

Outro critério adotado pelo autor é a questão dos valores constitucionais, onde jamais os mecanismos utilizados para ajudar aqueles que já estão em desigualdade, confrontem outros princípios defendidos pela Constituição Federal.

Diante de tudo que foi explanado sobre o princípio da igualdade até o presente momento, é possível perceber que a desigualdade juntamente com diversas relações, entretanto, podem ser elaboradas medidas para que essas diferenças obtenham menores proporções.

3.3.3 Eficácia do direito fundamental à igualdade

Os efeitos do direito fundamental à igualdade vem conquistando seu espaço com o passar o tempo. No entanto, muitos foram os esforços para que isso acontecesse. Colocar em prática, tudo aquilo que não passava do “papel” da Constituição Federal, só começou a ser possível com uma série de programas de incentivos, para que a desigualdade social fosse cada vez mais perdendo sua força. Contudo, essa é uma realidade que ainda está muito longe do ideal.

Existem inúmeros dispositivos constitucionais destinados a tutelar a igualdade entre e para todos; questiona-se, contudo, acerca da real aplicabilidade desses textos normativos. A realidade que hoje se testemunha faz com que haja uma espécie de homogeneidade de entendimentos doutrinários no sentido de que o direito à igualdade, tal como previsto em nossa Constituição, não passa de uma “isonomia formal”, sem real aplicabilidade aos casos submetidos a um exame mais apurado. Assim é que, contrariando a norma, a Justiça exerce seu poder com sutil (muitas vezes grotesca) parcialidade, privilegiando os detentores do poder econômico, ignorando a existência de uma norma superior, preconizadora de um tratamento igual das situações iguais. (NOBRE, 2001, p. 38)

O direito fundamental à igualdade deixou de intervir somente nas relações públicas, tentando impedir o Estado de cometer injustiças, dando tratamento diferenciado para pessoas que estão no mesmo nível de igualdade, e passou a intervir também nas relações privadas, afinal, os efeitos do princípio da igualdade são produzidos quando existe um desequilíbrio nas relações entre sujeitos.

Cumprir destacar um importante instituto, que é o da eficácia horizontal, afinal, existem discussões quanto aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, se os direitos fundamentais podem influenciar também na esfera particular.

Para Andrey Mendonça e Olavo Ferreira (2006), não existe dúvida quanto a questão de tais efeitos nas relações privadas. Fundamenta-se no fato da Constituição estar direcionada para todo o povo que compõem o território nacional, assim se é norma constitucional a proteção aos direitos fundamentais, todos os indivíduos que fazem parte dessa nação, devem assim se submeter.

Adriana Wyzykowski, Renato Barros e Pamplona Filho (2014), entendem que os direitos fundamentais que foram prestigiados pela Constituição Federal, são utilizados como uma espécie de modelo para as diversas normas infranconstitucionais, determinando assim o poder normativo presente na Constituição. Com relação aos particulares, afirmam os autores que maior ainda é a repercussão sobre estes, tendo em vista, que os direitos fundamentais nesse caso, são utilizados como uma imposição de limites nas ações praticadas pelos mesmos.

Se a questão da eficácia dos direitos fundamentais em geral é controversa, a questão se torna ainda mais tormentosa quando se trata de definir em que medida os particulares, no âmbito de suas relações privadas, encontram-se vinculados ao direito fundamental à igualdade, haja vista que a aplicabilidade deste direito poderá acarretar uma excessiva restrição à liberdade da pessoa humana, ao exercício da autonomia privada, obstaculizando o agir humano livre e democrático, comprometendo o livre desenvolvimento da personalidade humana. Deve ser garantido aos indivíduos um espaço privado de livre determinação, no qual possa gerir sua vida privada e eleger a melhor forma de promoção de sua personalidade. (FIUZA; MARTINS, 2012, p.4)

O direito fundamental à igualdade, assim como a teoria dos direitos fundamentais, passou por um processo de transmutação onde com o decorrer do tempo começou a intervir em outras relações, como na família e no trabalho. Veremos adiante, que o princípio da igualdade tem uma grande influência sobre essas mudanças, pois partindo do princípio que todos os homens e todas as mulheres são iguais e merecem o mesmo tratamento, as estruturas familiares e profissionais ficam comprometidas.

3.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE SEXOS

O Estado democrático de direito, tem como premissa a proibição de discriminação quanto ao sexo, tendo em vista, o primordial princípio da igualdade que é protegido pela Constituição Federal.

Faz se necessário uma análise quanto ao tratamento dado aos homens e mulheres em face da legislação brasileira, além de uma aprofundada pesquisa a cerca dos direitos dos homossexuais, a saber, se estes encontram-se

devidamente aparados pela lei, não devendo se restringir somente a jurisprudência.

3.4.1 Conceito

Só é possível tratar sobre o direito fundamental a igualdade de sexos, graças às revoluções e as novas interpretações, pelas quais o mundo passou que gerou uma nova visão da mulher.

Na Idade Média, exsurtem os importantes estudos de São Tomás de Aquino, pelos quais a mulher, mesmo não guardando qualquer direito político, passa a integrar o conceito de pessoa humana, ao lado das crianças. E nesse ponto vale a paródia bíblica de que a mulher é retirada das costelas do homem, por conta de uma pseudo noção de igualdade, porque se fosse retirada do osso da perna seria inferior e se retirada do osso do crânio seria superior ao homem. Há também uma outra interpretação bíblica sobre a qual a mulher foi retirada das costelas do homem, porque esses são os ossos que protegem o coração. (MARTINS, 2008, p. 100)

O princípio da igualdade ganha outra conotação quando passa a ser vinculado a não-discriminação. Para Alice Monteiro de Barros (1995), essa nova fase do princípio da igualdade vem para acabar com o excesso de injustiças que imperava na sociedade, determinando assim, que o ordenamento jurídico passasse a proteger todos os indivíduos que se encontravam a margem da sociedade.

O cenário internacional possibilitou uma nova era para as mulheres, com os seus discursos contrários a discriminação por sexo. A Organização Internacional do Trabalho (OIT), aos poucos passou a introduzir recomendações que vedavam o tratamento desigual atribuído as mulheres nas relações de trabalho.

Como visto anteriormente, para que um tratamento executado de forma desigual possa ser respaldado, deve-se valer de fundamentos lógicos que não contrariem a Constituição Federal. Entretanto, para Alice Monteiro de Barros (1995), o sexo não justifica tal distinção.

O sexo, em geral, integra motivos ilegítimos e as disposições nele fundadas são alusivas às que se estabelecem em detrimento da mulher. Decorrem de conceitos tradicionais, que ainda permanecem vivos em certas sociedades, mas

atenuados em muitos outros países, graças à evolução geral da condição da mulher, embora se reconheça que ainda subsistem tais discriminações, em decorrência de uma inferioridade presumida. (1995, p.138)

O Decreto 4.377 de setembro de 2002 promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979. No artigo 1º da Convenção, fica estabelecido com base no princípio da igualdade entre homem e mulher, que a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil.

De acordo com a pesquisa feita pela DataSenado em parceria com a Procuradoria Especial da Mulher é possível perceber que a questão do sexo, não faz diferença na hora em que o eleitor escolhe o seu candidato. A pesquisa mostrou que 83% da população não levam em consideração o sexo do candidato, inclusive 79% afirmam ter votado em uma mulher em alguma eleição ao longo dos anos. Nota-se que a própria sociedade está cada vez mais adaptada a essa nova realidade no contexto social.

3.4.2 Reflexos no ordenamento jurídico

Com o reconhecimento do direito fundamental à igualdade de sexos, fez se necessário a adequação do ordenamento jurídico, que já não correspondia com os anseios da contemporaneidade. O papel da mulher na sociedade já estava muito mais significativo se comparado ao tratamento dado pela legislação brasileira, que não correspondia à realidade.

Assim é que o art. 226, § 5º, da CF/88 enuncia que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, revogando todos aqueles dispositivos que colocavam o homem como cabeça do casal. Ocorre, contudo, que o próprio texto constitucional encontra-se coroadado com previsões discriminatórias, *in contrario sensu* à norma do art. 226, §5º, tais como o foro especial para ações de divórcio, a aposentadoria da mulher em menor tempo. Nesse caso específico, porém, o legislador munuiu-se de uma sensibilidade rara, levando em consideração a árdua jornada à qual e submete a maioria das mulheres, que, além do trabalho externo, têm que se ocupar do cuidado com

os filhos, o lar e o marido; são os resquícios de uma sociedade patriarcal. (NOBRE, 2001, p.39)

A mulher vem em uma crescente, conquistando o seu espaço no mercado de trabalho, mas não perdeu ainda o seu espaço dentro do lar. Em verdade o que acontece é uma soma de tarefas. A mulher contemporânea está sobrecarregada com tantos afazeres, afinal, custear uma empregada doméstica hoje está fora do padrão de muitas famílias, ou seja, a mulher deve trabalhar dentro e fora de casa para ajudar nas despesas.

Paralela a essa situação, verifica-se a contribuição do homem dentro de casa de uma forma diferente daquilo que era de costume. Os homens agora estão se interessando pelas atividades do lar, não só nos cuidados com os filhos, mas também na divisão de tarefas.

A igualdade substancial entre homem e mulher no CC/2002 já no início do códex é tratada, porque substitui a expressão “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” havida em 1916, em seu art. 2.º, pelo seguinte exposto no art. 1.º: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Partiu-se, pois, o legislador do CC/2002 diretamente para Constituição Federal, porque aqui prestigiou a dignidade da pessoa humana. Demais disso, a igualdade dos cônjuges é vista na distribuição de direitos e deveres exposto no art. 1.511 do CC/2002, na possibilidade de adoção do sobrenome entre ambos os cônjuges, na coordenação da sociedade conjuga, no dever de subsistência da família (art. 1.565), na guarda dos filhos (1.584) que é isonômica entre pai e mãe. (MARTINS, 2008, p.108)

Não se pode afirmar que isso já é um tema superado, tendo em vista que o mundo globalizado está em evolução a todo o momento, ou seja, há muito que ser conquistado e ajustado entre os direitos adquiridos pela mulher.

3.5 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NA SEARA TRABALHISTA E A PROTEÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER

Para tratar sobre o princípio da igualdade no direito do trabalho torna-se necessário e essencial tratar também sobre discriminação, afinal, ambos estão intimamente interligados, onde a discriminação existe há muitos séculos e é quase tão antiga quanto o homem, como afirma o Subprocurador do Direito do Trabalho, Otávio Brito Lopes (2000). Afirmou inclusive que a discriminação é o

oposto da igualdade, sendo assim, há negação de justiça quando se contraria a igualdade. Por isso é tão importante para o Direito do Trabalho, que o princípio da igualdade seja tratado com respeito, e seja levado para o ambiente de trabalho, onde o empregador não pode tratar os seus funcionários de forma diferenciada, privilegiando alguns em detrimento de outros, sem algum motivo plausível, como é o caso dos desiguais que já nascem com uma desigualdade e precisam de ações que promovam o seu desnível, para que sejam colocados em parâmetro de igualdade.

Maria Luisa Coutinho (2005) acredita que a igualdade entre pessoas não pode ser confundida com a identidade de pessoas, afinal, os indivíduos devem ser tratados de forma igual, por seres iguais, e não quando estes forem idênticos. O único traço em comum com todos os homens refere-se à natureza humana. Nessa mesma linha, Hannah Arendt entende que “a pluralidade é assim a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir” (2007, p. 16). Entende-se dessa forma que cada ser humano, tem a sua essência, e os indivíduos tornam-se iguais, pois a lei assim determina.

Tânia da Silva Pereira comenta sobre a discriminação com a mulher afirmando que

A maior discriminação que a mulher enfrenta, porém, é no mercado de trabalho. Elas, educadas no mesmo nível que os homens, ganham menos do que estes, sendo incontestável a correlação entre números de anos de estudo e renda. Este é um fenômeno comum em todo o mundo civilizado. (1997, p.660)

A discriminação no trabalho ocorre de diversas formas, e por diversos motivos.

Para Alice Monteiro de Barros (2012), a discriminação é manifestada por três formas, são elas direta, indireta ou oculta. A discriminação de forma direta ocorre com o próprio ato de discriminação, por exemplo, o empregador demite o empregado e assume que foi pelo fato dele ser negro. A indireta “traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos” (2012, p.893). A prática de estabelecer certos requisitos para preencher determinada vaga de emprego, sem que seja comprovada a real necessidade destes requisitos, é considerada como uma discriminação

indireta. Já a discriminação oculta ocorre quando se tenta esconder a verdadeira intenção de determinado ato. Ou seja, uma empresa não admite uma funcionária alegando o motivo de estar evitando gastos, mas em verdade não a admitiu por ser uma mulher.

Otávio Brito Lopes, em seu estudo sobre a questão da discriminação, analisa as variadas e mais freqüentes formas de discriminação no emprego, tendo como base o trabalho realizado entre a OIT, o Ministério Público do Trabalho, Ministério do trabalho e Ministério da Justiça, destacando-se as seguintes situações:

1. negros e mulheres têm o acesso dificultado a certos trabalhos que impliquem contato com o público, tais como caixa de banco, garçom, garçonete, relações públicas etc;
2. os salários pagos aos negros e às mulheres são inferiores ao pagos aos seus colegas, com a mesma qualificação;
3. negros e mulheres costumam ser preteridos nas promoções no emprego;
4. em muitos casos a justificativa para a preterição das mulheres nas promoções é que os seus colegas poderiam ter dificuldade em aceitar o comando feminino;
5. as mulheres estão sujeitas ao assédio sexual como instrumento de pressão no trabalho;

A discriminação por gênero ocorre em razão do sexo, em razão do assédio sexual, assédio moral e orientação sexual. Ocorre a discriminação também em razão da raça, da origem, da pessoa portadora de deficiência, entre outros.

A discriminação por gênero subdivide-se em vários aspectos, pois a mulher ainda sofre devido a um passado em que vivia submissa ao homem, e era vista como “coisa”, sem direito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Coutinho acredita que a discriminação com o gênero feminino existe muito mais por uma razão cultural do que biológica.

Além disso, muitas mulheres sofrem com o assédio no ambiente profissional, tendo em vista a existência de homens que ainda acredita serem superiores as mulheres, constrangendo-as na sua intimidade, quando estão inseridas em um cargo inferior ao seu.

O Decreto 4.377 de setembro de 2002 que promulgou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, estabeleceu no artigo 11:

11. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular:

a) O direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano;

b) O direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego;

c) O direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de serviço, e o direito ao acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico;

d) O direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativa a um trabalho de igual valor, assim como igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade do trabalho;

e) O direito à seguridade social, em particular em casos de aposentadoria, desemprego, doença, invalidez, velhice ou outra incapacidade para trabalhar, bem como o direito de férias pagas;

f) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução.

A Consolidação das Leis Trabalhistas em seu artigo 5º dispõe contra essa discriminação, estatuinto que “Para trabalho de igual valor corresponderá igual salário, sem distinção de sexo”. Entretanto, o autor Estevão Mallet (2010) teceu algumas críticas contra esse dispositivo, onde na primeira parte parece que o legislador só se preocupou com a igualdade de remuneração, esquecendo, por exemplo, do tratamento dispensado a cada empregado. Para o autor isso é devido graças ao caráter pecuniário que possuem as leis trabalhistas, onde o fato do empregado receber um adicional por trabalhar em área de risco a saúde, seria suficiente.

Na exigência de atestado de esterilidade ou de não gravidez, há ofensa ao art. 5º, caput, da CF, além do 7º, XXX da CRF/88 e a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, que prevê estabilidade e reparações de direito afetas ao caso. Conseguindo provar que houve discriminação na dispensa, a reclamante poderá pleitear tanto a reintegração ao emprego com os devidos salários pagos durante o período de afastamento, ou a não reintegração e tal somente a indenização referente a esse período devendo ser em dobro, como afirma a autora Roberta Pappen (2009).

Existem atualmente diversas formas de tutelar a parentalidade, como preceitua Rita Canas da Silva. Entretanto, essa proteção acaba por muitas vezes afastando, prejudicando o gênero feminino do trabalho e criando ausências. Tal situação gera uma espécie de discriminação com as mulheres, tendo em vista, que o empregador poderá optar por aquela que não possa engravidar ou então por um funcionário do sexo masculino.

Essa discriminação que existe com a mulher é comprovada na matéria feita por Vanessa Lima (2015) pela Revista Crescer, quando o Deputado Jair Bolsonaro afirma que “a mulher deve ganhar salário menor porque engravida”. O deputado diz ainda que os prejuízos que o empregador adquire quando uma funcionária engravida, não são compensados mesmo que o INSS arque com o salário maternidade, por isso que ele justifica que a mulher deve realmente receber salário inferior ao homem. Utiliza-se esse tipo de discurso discriminatório, para mostrar que mesmo com a licença maternidade, assegurados com os benefícios fornecidos pela previdência social, não são suficientes para acabar com o processo discriminatório existente no país.

As leis trabalhistas foram criadas inicialmente com o objetivo de proteger a mulher no mercado de trabalho, tendo em vista, a fragilidade da mulher proibindo dessa forma que a mesma fosse submetida a trabalhos árduos, como a jornada extraordinária, trabalho noturno, insalubre ou perigoso, afirma Coutinho. Por esse motivo, a mulher acabava por ter reduzido os seus possíveis locais de trabalho, e sendo discriminada na disputa por uma vaga de emprego com um homem, afinal, certamente este teria vantagem. Ou seja, o que era pra proteger a mulher, perdia o seu objeto e acabava discriminando-as.

Foi aprovado no dia 21 de setembro de 2015, o Plano de Valorização da Mulher Advogada, entre alguns pontos, ressalta-se a possibilidade de isenção total ou parcial, no pagamento da anuidade para as mulheres que tiverem filho ou adotarem no referente ano. Essa é uma forma que acaba por proteger a mulher advogada gestante diminuindo os seus custos. Assim, é possível perceber que essa possibilidade de isenção que foi concedida a mulher, é um tratamento diferenciado concedido somente às mulheres que se tornam mães. Entretanto, não possui caráter discriminatório ilícito, tendo em vista que essa

postura diferenciada adotada em benefício das mulheres tem fundamento lógico, não podendo ser considerada como discriminação.

3.5.1 Igualdade no direito do trabalho no âmbito internacional

Otávio Brito Lopes (2000) relata que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, foi contra a discriminação, pois feria o princípio da dignidade da pessoa humana, incluindo os direitos humanos. Dessa forma, o autor trouxe para o seu texto exemplos de Constituições que estão espalhadas pelo mundo que consagram o direito à igualdade em prol da rejeição quanto à discriminação e os seus privilégios. Entre elas estão a Constituição mexicana, chilena, uruguaia, argentina, espanhola, francesa, italiana, lusitana e alemã.

A Constituição mexicana de 1917, no seu art. 123, A, VII, afirma que para trabalho igual deve corresponder igual salário, independentemente do sexo e da nacionalidade. Já a Constituição chilena de 1981 é intolerante quanto qualquer tipo de discriminação que não possua idoneidade pessoal. A Constituição Argentina também só admite a idoneidade como condição para ingresso no trabalho. A Constituição italiana também contempla a igualdade no trabalho e a retribuição para a mulher trabalhadora.

A Organização Internacional do Trabalho, segundo Otávio Brito Lopes, é um “organismo internacional encarregado de elaborar instrumentos referentes aos direitos humanos fundamentais do trabalhador”. A discriminação foi um tema debatido em pelo menos duas convenções, a Convenção nº110 e nº111.

Estevão Mallet assiste razão quando afirma que “a luta contra a discriminação figura como um dos objetivos fundamentais da Organização Internacional do Trabalho.” (2010, p. 3)

Dessa forma, é possível perceber que as recomendações da OIT trouxeram bons frutos para o Brasil, que veda atualmente a discriminação inclusive por sexo.

3.5.1.1 Convenção nº111 da OIT

Entre as preocupações desta convenção, destacam-se a discriminação e a ausência do princípio da igualdade nas relações de emprego, por isso denominada “Convenção sobre a discriminação”.

A convenção nº111 da OIT aprovada pelo Decreto nº 62.150, de 24 de novembro de 1968, estabelece no seu art. 1º:

Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade 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.

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins da presente convenção as palavras ‘emprego’ e ‘profissão’ incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego.

Fica evidenciado através desta convenção, que existem distinções que são feitas em um ambiente profissional para determinada categoria, que não são consideradas como discriminação. Nesse caso, deve ser uma qualificação específica e imprescindível para a execução de tal cargo, não podendo ser utilizada de forma arbitrária, caracterizando assim uma discriminação.

Os membros da Convenção estão comprometidos a zelar que princípio da igualdade, promovendo ações para que as discriminações sejam combatidas no plano do emprego e profissão. Assim esclarece o art. 3º:

Art. 3 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais:

a) esforçar-se por obter a colaboração das organizações de empregadores e trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação e aplicação desta política;

b) promulgar leis e encorajar os programas de educação

próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação;
c) revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política;
d) seguir a referida política no que diz respeito a empregos dependentes do controle direto de uma autoridade nacional;
e) assegurar a aplicação da referida política nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação dependentes do controle de uma autoridade nacional;
f) indicar, nos seus relatórios anuais sobre a aplicação da convenção, as medidas tomadas em conformidade com esta política e os resultados obtidos.

Contudo, a convenção defende ainda as medidas de proteção voltadas ao trabalho, desde que comprovada a sua necessidade. Nessa linha encontra-se o artigo 5º:

Art. 5 — 1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.
2. Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.

A discriminação no direito do trabalho ocorre principalmente quanto ao sexo, tendo em vista, que em pleno século XXI, as mulheres passam por dificuldades no emprego e profissão. A mulher merece que o princípio da igualdade seja exercido em todas as situações, tendo direito a igual oportunidade de trabalho, igual salário, igual tratamento no emprego, enfim, a mulher merece ser respeitada inclusive no que tange ao seu aspecto biológico, onde não deve ser permitido que esse fator possa interferir na relação empregatícia. Por isso, a preocupação da Organização Internacional do Trabalho, em combater a discriminação principalmente entre homens e mulheres no trabalho, tendo como o princípio da igualdade o seu maior fundamento.

3.5.2 Ordenamento pátrio

A Constituição Federal de 1988 sofreu fortes influências do ordenamento Internacional para acabar com a discriminação contra a mulher, principalmente no trabalho. O art. 3º preceitua os objetivos fundamentais da República, entre eles, “promover o bem de todos, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação”. O art. 5º, inciso I, CF, afirma que homens e mulheres são iguais, e o art. 7º, inciso XXX, CF, proíbe diferença de salários entre homens e mulheres. Dessa forma, a Constituição Federal proibiu que ocorressem práticas discriminatórias contra a mulher, ainda que sob o fundamento da proteção, por isso a Lei 7.855/89, revogou artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas que vedavam a mulher o trabalho noturno, insalubres e que colocasse em risco a vida.

O art. 390, da CLT, ainda se encontra vigente, e estabelece o peso máximo que a mulher pode demandar em um trabalho contínuo e ocasional, sendo 20 e 25 quilos, respectivamente. Nesse caso, o que está sendo levado em consideração, é o aspecto físico da mulher, onde quanto a isso não há controvérsias, afinal, o corpo masculino é desproporcional se comparado a um corpo feminino.

A Lei nº 9.029/95 proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e a Lei nº 9.799/99 insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho, mudando o título da primeira seção do atual “Da Duração e Condições do Trabalho” para “Da Duração, Condições do Trabalho e da Discriminação contra a Mulher”.

No ordenamento pátrio existe ainda a licença maternidade que está preconizada na Constituição Federal no art. 7º, inciso XVIII, determinando a licença sem prejuízo do seu emprego ou salário da gestante, no prazo de 120 dias. Percebe-se que a Constituição utiliza o termo gestante, porém, aquela que adota menor de 18 anos, também faz jus à licença. A Lei nº 12.873/13 alterou a Lei 8.213/91 para determinar entre suas alterações, que o segurado ou segurada da previdência social, terá direito ao salário maternidade pelo prazo de 120 dias, quando este adotar ou através de guarda judicial para fins de adoção.

3.5.3 A proteção do mercado de trabalho da mulher

A autora Roberta Pappen acredita que “no direito comum a preocupação é de assegurar a igualdade jurídica e, no entanto, no direito do trabalho a preocupação é de proteger uma das partes com o objetivo de alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.” (2009)

A mulher já passou por diversos momentos no que se refere à proteção do mercado de trabalho. Como afirma Calil (2010), no primeiro momento a mulher foi excluída do mercado de trabalho, afinal, a obrigação do sexo feminino, era cuidar da casa e dos filhos, e só os homens poderiam trabalhar. As mulheres que trabalhavam, estavam à margem da lei e da sociedade, sendo esses trabalhos sem um mínimo de proteção.

Para Amauri Mascaro, o direito protetor nasce quando as proibições do trabalho da mulher em determinadas atividades, ou seja, aquelas que envolvam maior perigo, acabam por dar lugar “[...] à promoção da igualdade entre a mulher e o homem no sentido de eliminar essas proibições.” (2012, p. 929)

Mascaro acredita que o Estado assume uma posição de interventor em defesa do trabalho da mulher e do menor, baseando-se em dois fundamentos, sendo eles: fisiológico e social. Em relação ao fisiológico, trata-se da mulher ser mais frágil e a sua resistência física ser menor que a do homem. O fundamento social tem a ver com o aspecto familiar, onde a maternidade deve ser conciliada com a vida profissional, afinal, a proteção da família é um interesse da sociedade, por isso o Estado parte em defesa da mulher e acaba por criar algumas proibições. É nesse contexto que para o referido autor é inserido o direito promocional.

O Direito promocional do trabalho da mulher surgiu quando as premissas que inspiraram a legislação anterior proibitiva foram afastadas e a mulher deixou de ser considerada um ser inferior que necessita da proteção do Estado, como se fosse incapaz para as mesmas oportunidades de trabalho oferecidas pela sociedade ao homem. (2012, p. 930)

Essa proteção do mercado de trabalho da mulher passou por algumas alterações ao longo dos anos. Quando a mulher passou a ter essa proteção, era tida como algo absoluto, onde, as mulheres estavam proibidas de exercer diversos tipos de trabalho, destacam-se entre eles aqueles trabalhos mais pesados e insalubres.

O Decreto nº 21.417 de 1932, demonstra como existia na verdade uma super proteção em relação à mulher. Pelo referido decreto, era vedada a prática do trabalho noturno as mulheres. “Art. 2º O trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais, públicos ou particulares, é vedado desde 22 horas até 5 horas”. No entanto, existiam algumas exceções a essa regra².

O art. 379, da Consolidação das Leis Trabalhistas, foi revogado pela Lei 7.855, de 24 de outubro, de 1989, onde trazia em sua redação a proibição ao trabalho noturno praticado pela mulher. O art. 380, da CLT, também foi revogado pela referida lei, tendo em vista que se tratava da obrigatoriedade em informar a autoridade competente sobre a prática do trabalho noturno com a apresentação de documentos.

A Constituição Federal de 1934 afirmava que era dever do Estado amparar a maternidade e a infância, e o art. 141 determinava que 1% da arrecadação tributária da União, Estado e Municípios, seriam destinados para o amparo da maternidade e infância. Já em 1967, a Constituição Federal traz o descanso remunerado antes e após o parto, como uma garantia do Estado estabelecendo regras da previdência social no artigo 158.

² Art. 3º Não estão compreendidas na proibição estabelecida pelo art. 2º:

- a) as mulheres empregadas em estabelecimentos onde só trabalhem pessoas da família a que pertencerem;
- b) as mulheres cujo trabalho for indispensável para evitar a interrupção do funcionamento normal do estabelecimento, em caso de força maior imprevisível que não apresente caráter periódico, ou para evitar a perda de matérias primas ou substâncias perecíveis;
- c) as mulheres que pertencerem ao serviço dos hospitais, clínicas, sanatórios e manicômios e estiverem diretamente incumbidas de tratamento de enfermos;
- d) as mulheres, maiores de 18 anos, empregadas em serviços de telefonia e radiofonia;
- e) as mulheres que, não participando de trabalho normal e contínuo, ocupam posto de direção responsável.

Os mecanismos de proteção a mulher, encontra-se respaldada pela legislação no capítulo III da Consolidação das leis trabalhistas. Dentre as proteções, é possível destacar a proibição na prática de revista íntima³, a permissão de 15 minutos de descanso antes do início da jornada extraordinária⁴, e a vedação ao uso de força muscular superior a 20 quilos em atividade contínua⁵, como já citado anteriormente.

A proteção que merece maior destaque é aquela que trata sobre a maternidade. Encontra-se amparada pela Constituição Federal de 1988 e Consolidação das leis trabalhistas, presente a partir do art. 391 até o 400. Essa proteção, para o autor Fabio Luiz Pereira da Silva, gera uma certa desigualdade, “assim, devido ao menor respaldo legal ao trabalhador enquanto pai, ocorre uma discriminação para com a mão-de-obra feminina, que é mais custosa para o empregador, no caso de gestação”. (2007, p. 39)

Mesmo com a proteção do mercado de trabalho da mulher, igualando ao mesmo nível do homem, a mulher não deixou de ser discriminada, afinal, a mulher contemporânea assume atualmente diversas funções, cuidando das tarefas domésticas e da sua vida profissional. Infelizmente, ainda existem aqueles que acreditam que uma mulher não seja capaz de dar conta de todas as suas obrigações, tendo em vista a quantidade de tarefas e funções que ela vem assumindo. Contrapondo-se a isso, como dito, as leis trabalhistas vêm com a intenção de protegê-las, como por exemplo, a estabilidade conferida à mulher após o seu período de afastamento devido à licença maternidade. Essa proteção então termina sendo falha por afastar a mulher muitas vezes do mercado de trabalho.

O ideal é que sejam criados incentivos cada vez maiores, onde homens e mulheres perpassem pelas mesmas experiências, como possibilidade de equilibrar a relação entre homens e mulheres na relação de emprego, onde as

³ 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:

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

⁴ Art. 384 - Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

⁵ Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.

mulheres não fiquem com o peso de tanta proteção, tornando-se assim discriminadas. Léa Calil (2008) acredita que retirar do empregador o ônus de arcar com o salário maternidade e deixar essa responsabilidade para a sociedade e o Estado pela previdência social, é um incentivo, porém insuficiente “haja vista o abismo profundo que separam as condições de ingresso e permanência de homens e mulheres no mercado de trabalho”.

Calil afirma que até o presente momento, as leis só tiveram o condão de proibir práticas discriminatórias cometidas pelo empregador, mas não incentivando de fato a igualdade entre homens e mulheres. O art. 373-A, da CLT, que foi inserido pela Lei 9.799/99, veda essas práticas discriminatórias, mas não incentivou a contratação e permanência da empregada.

4. A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA NATALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A discussão quanto à concessão da licença-natalidade surge, tendo em vista as dúvidas e dificuldades existentes quanto aos casais homoafetivos quando estes assumem a paternidade ou maternidade. Esta concessão é defendida pela autora Maria Berenice Dias (2014).

As famílias que compõem a sociedade brasileira são protegidas pela Constituição Federal, devendo esta conceder total proteção às famílias, como foi analisado anteriormente, afinal, não existe um único modelo de família a ser protegido e enquadrado nos moldes da legislação.

A partir de tudo que já foi explanado através do princípio da igualdade, verificou-se que a desigualdade só poderá ser considerada como lícita, quando esta estiver baseada em fundamentos que irão justificar a sua desigualdade. Em outras palavras, se quer afirmar que uma desigualdade é justa, quando a sua intenção é tentar nivelar algumas diferenças.

Por isso se faz necessário analisar ainda qual o modelo utilizado pelo Brasil e se ele condiz com a realidade social, protegendo as famílias e o menor, sem que haja discriminação.

Será visto que alguns países já utilizam algumas formas de proteção a maternidade e paternidade que se assemelham a licença natalidade, seja para incentivar o apoio que os pais devem conceder as mães, sejam para evitar a discriminação quanto aos casais homoafetivos ou quanto a própria mulher no mercado de trabalho.

Diante de todo o exposto, a licença natalidade será colocada como sugestão, por isso será necessário a análise de como se daria essa concessão, quem seriam os beneficiados e qual a duração dessa licença.

Serão estudados inclusive, os benefícios que serão adquiridos com a concessão da licença natalidade, e os problemas que conseqüentemente poderão ser debatidos e enfrentados.

4.1 A LICENÇA MATERNIDADE

Quando as proibições quanto ao trabalho da mulher foram abolidas, a proteção ao trabalho da mulher quanto à maternidade continuou vigente.

A licença maternidade sofreu influências da Organização Internacional do Trabalho, principalmente no que tange a convenção nº. 3 de 1919, que foi promulgada no Brasil através do Decreto nº. 423, de 12.11.1935.

Na referida convenção, estabeleceu-se o que os termos mulher e filho designam, sendo este último sendo considerado independente de legitimidade. A mulher terá direito, segundo a convenção, a não trabalhar durante seis semanas após o parto. A convenção fala em indenização quanto ao valor que a mulher deverá receber durante o período em que permanecer afastada do emprego, e quem deverá arcar com essa despesa será os cofres públicos ou será satisfeita por meio de um sistema de seguros.

Em 1937, a Constituição Federal determinou no seu artigo 156, que a gestante teria direito a somente três meses de licença com salário integral.

A Constituição Federal de 1988 garante a proteção à maternidade como um direito social no artigo 6º. A licença maternidade será concedida à gestante que seja trabalhadora urbana ou rural, por um prazo de cento e vinte dias, segundo o art. 392 da CLT. Anteriormente, a Consolidação das Leis Trabalhistas determinava 12 semanas de afastamento para a gestante, mas com a nova redação da Constituição Federal, a CLT teve que se adequar.

Segundo o Decreto 7052, de 23 de setembro de 2009, que regulamentou a lei 11.770, de 9 de setembro de 2008, a empregada gestante que trabalhar em empresa que aderiu ao Programa Empresa Cidadã, poderá, requerer licença maternidade e prorrogar por 60 (sessenta) dias, sem prejuízo do seu salário. O benefício concedido a empresa que aderir ao programa, será a dedução dos impostos sobre a renda da pessoa jurídica.

Amauri Mascaro (2014) acredita que os fundamentos da maternidade têm como base dois princípios, que são a licença maternidade e a estabilidade da gestante.

Nesse sentido, busca-se analisar como funciona a questão da licença maternidade, estabilidade da gestante e salário maternidade.

4.1.1 Conceito

Licença maternidade ou licença-gestante é um benefício direcionado a gestante, garantido pelo artigo 7º, XVII da Constituição Federal de 1988, onde é concedido à mulher que deu à luz, licença remunerada de 120 dias. Como já explanado anteriormente, essa licença pode ser estendida para mais 60 (sessenta) dias, como afirma Amauri Mascaro.

“[...] criado o Programa Empresa Cidadã destinado à prorrogação da licença-maternidade por 60 dias mediante concessão de incentivo fiscal, desde que a empregada requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade. A prorrogação é garantida, na mesma proporção também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.” (2012, p. 936)

O caráter previdenciário da licença maternidade é uma das peças mais importantes desse benefício, onde o encargo dessa remuneração ficou sob a responsabilidade da Previdência Social como fonte de custeio, desde julho de 1989, com a Lei nº 7.787. A Constituição, no seu art. 7º, XXXVI assegurou esse direito a trabalhadora avulsa, e posteriormente a trabalhadora autônoma, como afirmou Alice Monteiro de Barros (2012). Atualmente, a remuneração é paga pelo empregador, que posteriormente será ressarcido pela Previdência Social, com exceção das trabalhadoras autônomas e domésticas, que deverão pedir e receber diretamente da Previdência.

Para Frederico Amado, é importante destacar que a licença maternidade difere do salário maternidade, sendo a primeira um instituto trabalhista, e o salário maternidade, um benefício previdenciário concedido as todas as seguradas da Previdência Social, quando optam por cuidar do seu filho seja ele adotivo ou não, devendo se afastar do trabalho, “razão pela qual as suas eventuais alterações não afetarão o prazo de pagamento do salário-maternidade”. (2013, p.640)

Amado faz uma importante ressalva na sua obra.

“Por ausência de previsão legal, o INSS não paga o salário maternidade aos homens, mesmo no caso de falecimento das suas esposas por ocasião do parto. Nesses casos extremos entende-se que a legislação previdenciária deve ser alterada, a fim de conceder o benefício ao segurado do sexo masculino, pois a criança precisa ser amparada em tempo integral por seu genitor.” (AMADO, 2013, p. 636)

Entretanto, de acordo com o Blog da Previdência Social, em uma reportagem realizada por Lígia Borges, foi autorizado para um segurado que vive em união homoafetiva, o benefício do salário maternidade em razão de uma adoção feita pelo casal. Foi uma decisão inédita, fundamentada pelo segurado sob o prisma do princípio da igualdade, levando em consideração uma decisão que já foi dada para uma segurada que adotou uma criança vivia em união homoafetiva. A notícia também trouxe outros casos de pais solteiros que obtiveram a concessão do salário maternidade. Para o presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social, Manuel Dantas “Enquanto as normas não forem alteradas, as pessoas precisarão entrar com recursos. Contudo, o CRPS, em suas decisões, reflete o pensamento da sociedade [...]”.

Como já tratado em capítulo anterior, a Constituição Federal no seu artigo 227, § 6º, protege os filhos adotados, dando-lhes os mesmos direitos que os filhos biológicos. Entretanto, por falta de previsão legal, eles acabavam sofrendo uma espécie de discriminação, devido à negação em conceder o benefício da licença maternidade às mães adotantes.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. MÃE ADOTIVA. ART. 210 DA LEI 8.112/90. PRAZO DE NOVENTA DIAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ART. 7º, XVIII CF/88. INOCORRÊNCIA. Benefício instituído pela lei. Precedentes. Segurança denegada. 1. Embora as licenças, à gestante e mãe adotiva, sejam também, e talvez precipuamente, direcionadas à proteção à criança - não merecendo neste ponto qualquer distinção - têm como destinatárias a servidora gestante e a servidora adotante, que não se encontram em situação fática idêntica, razão pela qual a previsão de prazos distintos para as licenças de cada uma não ser considerada ofensiva ao princípio da isonomia. 2. Neste ponto, é de se observar a regra contida no § 1º do art. 207 da lei n. 8.112/90, que possibilita o início da licença à gestante a partir do primeiro dia do nono mês de gestação, sujeito à antecipação a critério médico, dispositivo que demonstra que a licença à gestante não é direcionada exclusivamente à proteção da criança, mas também à proteção da saúde da

servidora, em fase final da gravidez. 3. Precedentes: trf 1ª região. Ams nº 1993.01.12074-7/df. Rel. Des. Federal assusete magalhães. Dj de 18.12.98 p. 1216; re 197807/rs, relator min. Octávio galloti, dj 18.08.2000 pp 00093; re-agr 222560/rs, relator min. Carlos velloso, dj de 20.09.2002. 4. Segurança denegada. Sem honorários. (TRF-1 - ms: 42639 mg 2006.01.00.042639-0, relator: desembargador federal luiz gonzaga barbosa moreira, data de julgamento: 31/07/2007, primeira seção, data de publicação: 21/09/2007 dj p.3)

Apesar da ocorrência dessa prática discriminatória, houveram decisões em sentido contrário, que já conseguiam vislumbrar a necessidade em proteger e amparar o menor.

SALÁRIO MATERNIDADE - MÃE ADOTIVA - Inobstante a legislação trabalhista seja omissa acerca do direito à licença-maternidade da mãe adotante, negar tal direito a esta, contudo, importaria discriminação ao próprio filho adotivo, contrariando-se, assim, a Carta Magna que, ao instituir a licença maternidade, visou resguardar o interesse social em que o novo ser humano alcance desenvolvimento pleno e satisfatório sob os aspectos físico e psicológico. Ao Estado, enquanto comunidade, interessa a formação de um ser humano hígido, saudável. E nisso é insubstituível o papel da mãe, especialmente nos primeiros meses, seja o filho natural, ou não. Recurso de Revista a que se dá provimento. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – Acórdão n. 4611 – Decisão: 4.6.97 – 1ª Turma – Relator: Min. LOURENÇO PRADO – Publ. DJU 26.9.97 – Pág. 47777).

Felizmente, a Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002, estendeu a mãe adotiva o direito a licença maternidade e o salário maternidade, inserido na Consolidação das Leis Trabalhistas, o artigo 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, observado o disposto no seu § 5º.

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

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

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

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Entretanto, em caso de salário maternidade para segurada que adotou criança ou possui a guarda judicial, existem períodos diferentes, que poderá variar de acordo com a idade da criança. Ou seja, crianças até 01 ano, o benefício será concedido por 120 dias, entre 01 e 04 anos, será por 60 dias e entre 04 e 08 anos será por 30 dias. Frederico Amado acredita que

“Este dispositivo é bastante criticado, pois a adoção de crianças de idade mais avançada também demanda uma atenção especial, haja vista já terem convívios sociais anteriores, não tendo sido razoável se limitar a idade aos 08 anos de idade, especialmente no caso de deficientes físicos ou mentais adotandos.” (2013, p. 638)

Quando a criança vai para um novo lar, tudo acaba mudando na sua rotina, e conseqüentemente, na sua vida. Esse é um momento em que a criança se sente desamparada e preocupada, por isso a proteção dos pais nesse momento se faz tão importante afinal, eles devem apresentar essa nova vida aos seus filhos, e quanto menos tempo tiverem com os seus filhos, mais difícil será essa adaptação. A criança precisa da proteção dos pais em todas as fases, sendo cada uma com a sua peculiaridade.

O instituto da licença maternidade engloba outros institutos, também a estabilidade provisória da gestante. Nesse sentido, Amauri Mascaro afirma que “a estabilidade da gestante é a proibição da sua dispensa sem justa causa em determinado período” (2012, p.935).

Em um primeiro momento, somente determinadas categorias profissionais tinham direito a licença, através de convenções coletivas. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, determinou que essa garantia fosse concedida a todas as gestantes, segundo o art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais transitórias. Nesse caso, a estabilidade fica garantida a partir da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Caso a empregada obtenha a ciência da gravidez durante o período do aviso prévio, ainda sim, fará jus ao benefício da licença incluindo a sua estabilidade.

Existem divergências quanto à confirmação da gravidez e a ciência do empregador. Alice Monteiro de Barros (2012) filia-se a doutrina que acredita no

risco assumido pelo empregador ao contratar uma mulher. Ou seja, se o empregador demite uma empregada grávida, não deverá ser considerado se existia ciência por parte do mesmo, e ele deverá arcar com a indenização em favor da gestante. Nesse sentido a Súmula nº 244 do TST preceitua:

Súmula nº 244 do TST

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). (BRASIL, 2012)

A licença maternidade é dirigida a mulher trabalhadora gestante, ou que adotou uma criança, podendo ser empregada avulsa, autônoma, rural ou doméstica. Entretanto, existem algumas exceções que surgem devido a fatos supervenientes, como aconteceu com um pai que se viu obrigado a cuidar do seu filho, pois a mãe o abandonou, segundo o Jornal Estadão, onde a Justiça Federal de Campinas deferiu o afastamento de 120 dias do empregado e o direito ao salário paternidade.

O mesmo aconteceu com Marco Aurélio Nogueira Rodrigues após perder a mulher no parto e ter o direito a licença maternidade concedido, segundo matéria realizada pela jornalista Juliana Baeta ao Jornal "O Tempo".

Por isso que atualmente não é possível falar que só as gestantes são destinatárias da licença maternidade, tendo em vista, que a Justiça já ampliou o direito desse benefício a outros sujeitos.

Para Alessandro da Silva e Oscar Krost o objetivo da licença maternidade é "possibilitar à mãe máxima dedicação à prole recém nascida, dando ênfase aos cuidados nos primeiros meses de vida". (2009, p.2)

Entretanto, os objetivos podem ser diferenciados quanto à licença maternidade, afinal, a licença pode ser concedida para uma mãe gestante, como pode ser concedida para uma mãe adotante, onde neste último caso, o objetivo está em torno da necessidade do tempo que o filho adotado tem para se adaptar ao seu novo lar e a sua nova vida. Por isso, não é possível falar em único objetivo quanto a licença maternidade.

4.2 LICENÇA PATERNIDADE

A licença paternidade está prevista na Constituição Federal, no art. 7º, XIX, e será concedida pelo prazo de 5 (cinco) dias, concedida pela ADCT segundo o art. 10, § 1º.

Segundo Amauri Mascaro, a finalidade da licença paternidade “é permitir o acompanhamento da mulher e do filho recém-nascido pelo pai.” (2012, p.937) Entretanto, para o autor, o fato de o empregador ter que arcar com o ônus da licença paternidade, diferente como acontece com a mulher, seria uma forma de evitar discriminação contra a mulher.

Para Luciano Martínéz, “trata-se de uma licença que deveria ter natureza previdenciária, mas que, por imposição legislativa, engrossa a atribuição previdenciária patronal.” (2010, p. 458)

Percebe-se a disparidade de diferença que existe entre a licença maternidade e a licença paternidade. Se o objetivo da licença paternidade seria conceber um “acompanhamento” por parte do pai, o prazo concedido atualmente não corresponde com o que seria necessário para um pai poder acompanhar de fato a mulher e o seu filho. Imagina-se uma família composta por uma mãe, um pai e um recém-nascido, que moram longe dos seus outros familiares e não possuem condições financeiras para custear o contrato de trabalho com uma babá. Nessa situação, seria muito difícil para uma mãe cuidar sozinha do seu filho nos primeiros meses, sendo que o pai só estaria presente nos 5 (cinco) primeiros dias, tendo que resolver ainda outras situações, assim como a certidão de nascimento do filho.

4.3 CONCESSÃO DE LICENÇA NATALIDADE

Para o estudo da concessão da licença natalidade, se faz necessário uma análise sobre quem seriam os verdadeiros beneficiados com essa concessão, e qual a sua finalidade. Maria Berenice Dias (2012) acredita que “trata-se de um benefício a favor do filho e não a sua mãe.” Segundo a autora, os

homossexuais estão passando por uma crescente de conquistas, e esta deveria ser mais uma, afinal, os filhos que são adotados por casais homossexuais, também são possuidores do direito ao convívio familiar.

A licença-natalidade faz parte do anteprojeto do Estatuto da Diversidade.

Art. 25 - É assegurada licença-natalidade a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias. § 1º - Durante os 15 dias após o nascimento, a adoção ou a concessão da guarda para fins de adoção, a licença-natalidade é assegurada a ambos os pais.

§ 2º - O período subsequente será gozado por qualquer deles, de forma não cumulada.

É também uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 110/11) apresentada pela senadora Marta Suplicy em 2011, em conformidade com o Estatuto da Diversidade, ou seja, a licença seria ampliada para 180 (cento e oitenta) dias, onde qualquer dos responsáveis pela criança poderá ser beneficiado, e a licença paternidade que também poderá ser utilizada por qualquer dos pais, será estendida para 15 (quinze) dias.

Com o estudo da licença maternidade, evidenciou-se que o objetivo da licença maternidade é proteger o menor, pois é a parte mais frágil dessa relação, sendo dependente dos cuidados da família.

Assim, a concessão da licença natalidade não estaria beneficiando somente os pais, como não estaria prejudicando as mães. Estaria na verdade, protegendo as crianças, além de conceder aos pais e aqueles que vivem em união homoafetiva, o direito de criar maiores laços com seus filhos e protegê-los.

4.3.1 Proteção das famílias

Feita uma interpretação da Constituição Federal, percebe-se a intenção da Carta Magna em proteger sempre todos os tipos de família sem discriminação. Entende-se por proteger a família, conservá-la promovendo o bem estar de todos os entes familiares. Assim determina o “art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (BRASIL, 1988)

Rose Meireles acredita que com essa nova redação concedida à família pela Constituição, “outras entidades familiares são reconhecidas como igualmente dignas de proteção do Estado, o que constitui apenas o primeiro passo em busca de uma família não padronizada, de uma família plural”. (2011, p.217)

Como explanado anteriormente, a família só recebia proteção na sua modalidade tradicional, ou seja, formada através do matrimônio. No art. 226, da Carta Magna, o Estado consagra a união estável como entidade familiar, por isso Paulo Lôbo (2002), afirmou que os tipos de família elencados na Constituição são exemplificativos e não taxativos. Ou seja, todos os outros tipos de família não elencados, merecem a devida proteção do Estado.

Quando a Constituição aduz família como base da sociedade, ela afirma que a sociedade precisa da família para que as sociedades sejam formadas por valores dignos. É a família que consegue amparar os seus entes, pois a família é conforto e segurança de cada um. Uma boa educação fornecida pela família é capaz de formar cidadãos de bens, e conseqüentemente uma sociedade mais justa.

Todos os tipos de família devem ser protegidos pelo estado sem discriminação, tendo em vista, não ser possível tratamento diferenciado para alguma delas, afinal, essa diferenciação não possui justificativa fática ou legal.

4.3.2 Proteção do menor

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança possui uma grande influência quanto ao princípio da Proteção Integral da Criança, além de determinar que o Estado deva adotar medidas a fim de facilitar que os pais ou responsáveis, promovam o melhor desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social da criança.

Segundo Valter Ishida, “a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse são duas regras basilares do direito da infância e da juventude que devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes.” (2015, p. 2)

Para Jackeline Pessanha “O princípio do melhor interesse da criança é, no caso concreto, um princípio aberto que busca a efetivação do que for melhor para a criança, como fundamento para as decisões a serem tomadas”. (2013, p.72)

Quanto ao princípio da proteção integral, a autora encara como uma garantia dada

a todas as crianças e aos adolescentes o provimento de assistência necessária ao pleno desenvolvimento da vida e de sua personalidade, uma vez que a Constituição Federal juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente conceberam a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, o que detêm regras específicas de proteção integral. (2013, p.71)

Existem três etapas que estão relacionadas quanto à responsabilidade sobre o menor, como uma espécie de escada, que para se chegar a um degrau, precisamos passar por outro. Assim é a questão da responsabilização do menor, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, e a família é a primeira delas⁶.

Nesse sentido, Mendes afirma que “afinal de contas, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a base do desenvolvimento do menor está na família, onde ele deverá encontrar guarida para todas as suas necessidades”. (2006, p. 36)

O autor entende que não existe outro lugar, a não ser o seio da sua família, onde o menor estará tão protegido e acalentado, pois é a família a sua base e será ela que deverá ensinar os valores primordiais da vida. Ou seja, aquela criança que recebe amor, carinho e atenção, tem uma probabilidade maior de se tornar um ser humano melhor. Nada pode ser comparada a proteção que é dada pela própria família.

⁶ 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.

A própria Constituição Federal também ampara a criança e adolescente no artigo 227⁷, assim como ocorre no ECA, colocando a família como primeiro lugar na escala de responsabilidade e dever perante a criança ou adolescente.

A convivência familiar, como dito anteriormente, está enraizada na nossa sociedade como um direito fundamental, e nessa linha Tânia da Silva Pereira afirma que, “como base cultural da sociedade, a convivência familiar deve ser elemento de coesão social e deverá ser prioridade nos projetos sociais e políticos da comunidade”. (1997, p.659)

Como já discutido em momento anterior, a família atualmente é formada por diversas formas, levando em consideração primordial, o laço afetivo. Por isso, quando é dito que toda criança tem direito a convivência familiar, refere-se nesse caso, a toda entidade familiar formada pelo afeto. Então, se a criança está inserida em uma família movida pelo afeto, onde ela é tratada com prioridade absoluta, e não levando em consideração o tipo de família, se é heteroafetiva ou homoafetiva, estar-se cumprindo o que determina o princípio da convivência familiar.

Diante de todo o exposto até o momento, verifica-se a importância da licença maternidade para o princípio da proteção integral, tendo em vista que os mesmos estão correlacionados. Para que o direito da proteção integral da criança seja exercido, cabe a família, a sociedade e ao estado, promover medidas para tanto. Nesse sentido, a licença maternidade promove um contato real entre a criança e a mãe, formando laços de afeto que são imprescindíveis para uma criança.

Percebe-se a importância da licença maternidade para o bebê, onde este é o maior fragilizado e dependente da relação. Retirando o incidente do pós parto, onde a mãe necessita de alguns dias de repouso, percebe-se que maior ainda é a necessidade que o bebê tem de alguém que o ampare nesses meses tão complicados. Por isso, é tão fundamental a licença maternidade para o bebê em primeiro lugar. Dessa forma preconiza o autor Gustavo Garcia:

⁷ 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.

Mesmo sendo a empregada a titular do direito à licença-maternidade, e não a criança propriamente, não se pode negar que esta também é diretamente beneficiada pela possibilidade de gozar da presença constante da mãe durante o período do afastamento, favorecendo a adaptação no seio familiar e possibilitando os diversos cuidados necessários. (2015, p. 1077)

Ou seja, trata-se da proteção que a criança precisa e que é concedida através da licença maternidade, demonstrando assim que a criança necessita da licença maternidade como forma de cuidado e proteção.

Nesse sentido decidiu o Juizado Especial da Fazenda Pública de Pelotas/RS, ao permitir que fosse concedida a licença maternidade para o pai que perdeu a esposa no momento do parto.

Resta evidente, no caso em tela, que mais do que reconhecer o direito do autor, o bem maior a ser tutelado é o direito do infante ao convívio e de ter atendidas suas necessidades básicas.

Nesse contexto, diante da situação fática, evidente o dano de risco irreparável ou de difícil reparação. Diante do exposto, defiro o pedido de antecipação de tutela para determinar ao réu que conceda ao autor o afastamento de suas atividades pelo período de 120 dias, o benefício do Salário-Maternidade, bem como o encaminhamento do autor ao Setor de Biometria da Prefeitura Municipal de Pelotas/RS para que lhe seja concedido mais 60 dias do Salário-Maternidade, se for o caso. Cite-se. Intimem-se. (Rio Grande do Sul, Juizado Especial da Fazenda Pública, 2014)

Entende-se que a preocupação em verdade no caso em questão, é com o menor, que se encontra desamparado com a morte da mãe. A proteção ao infante é o que se busca quando é permitida ao pai a licença maternidade.

4.3.3 Igualdade de sexos

Apesar de já ter sido debatido anteriormente⁸, a igualdade de sexos foi atingida em um plano formal, mas não atingiu a sua plenitude no âmbito material, como acredita o autor Rodrigo da Cunha Pereira (2012). Afirma ainda, que a dificuldade está em conseguir diferenciar aquelas desigualdades que são necessárias das que são desnecessárias.

⁸ Tema discutido no item 3.4.1

Para Cristiano Chaves, nas relações de famílias deve-se analisar a situação fática

Volvendo a visão para as relações familiares, a isonomia imporá o mesmo tratamento jurídico entre o homem e a mulher quando a situação fática for a mesma. Porém, estando em situação fática desigual, será imperativo um tratamento diferenciado, exatamente para respeitar a igualdade. (2015, p.90)

Cabe ressaltar que em uma relação familiar, como visto anteriormente⁹, não deve existir desigualdade entre o pai e a mãe, tendo em vista, que ambos partilham o poder familiar. Ou seja, a situação fática nesse caso é a mesma, onde a criança necessita da proteção dos genitores, não sendo possível afirmar que a mãe seria mais importante ou o pai.

Maria Berenice acredita que

Cada vez mais se valoriza a **paternidade responsável**, assegurando a ambos os genitores os mesmos direitos e impondo aos dois os deveres inerentes ao poder familiar. Deste modo, é indispensável consagrar a **igual responsabilidade parental**. (grifos do autor) (2014, p. 166)

A mulher já conquistou um espaço que jamais poderia ser possível, principalmente quando o Código Civil de 1916 é analisado. Entretanto, percebe-se que não é só a mulher que sofre com a questão da desigualdade de sexos. Atualmente, os homens têm tentado buscar o seu espaço no aspecto relativo à família, assim como ocorreu com a mulher no mercado de trabalho, que descobriu a maravilha que é ter a sua própria independência, o homem descobriu o prazer da paternidade.

Dessa forma a decisão da quinta turma do TRF da 3ª Região, entende que não é mais possível fazer distinção quanto ao gênero do casal homoafetivo no caso de adoção.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR. ADOÇÃO OU GUARDA DE CRIANÇA. LICENÇA REMUNERADA DE 120 DIAS. CONCESSÃO. DIREITO DO FILHO. CASAL HOMOAFETIVO. DISCRIMINAÇÃO. VEDAÇÃO. 1. A licença é direito também do filho, pois sua finalidade é "propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança" (TRF da 3ª Região, MS n. 2002.03.00.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05), razão pela qual a adotante faria jus ao

⁹ Assunto abordado no item 2.4

prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada. 2. Pelas mesmas razões, é razoável a alegação de que importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença de 120 (cento e vinte) dias, no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo. De todo modo, após a ADI n. 132 não mais se concebe qualquer tipo de discriminação ou mesmo restrição legal em razão de orientação sexual. E, como consectário lógico, à família resultante de união homoafetiva devem ser assegurados os mesmos direitos à proteção, benefícios e obrigações que usufruem aquelas que têm origem em uniões heteroafetivas, em especial aos filhos havidos dessas uniões (STF, ADI n. 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.11). 3. Assim, a licença remunerada de 120 (cento e vinte dias), com a prorrogação de 60 (sessenta) dias prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto n. 6.690 /08, deve ser estendida ao casal homoafetivo, independentemente do gênero, no caso de adoção ou guarda de criança de até 1 (um) ano de idade. 4. Agravo de instrumento provido, restando prejudicados o pedido de reconsideração e o agravo legal da União. (Tribunal Regional Federal, 2013)

Percebe-se assim que não há mais que se falar em distinção de sexo quanto ao aspecto familiar, tendo em vista que tanto o homem quanto a mulher possuem o desejo pela maternidade ou paternidade, afinal, aquela criança principalmente no caso de adoção, veio pelo sentimento do afeto, por uma vontade de cuidar e proteger o outro.

4.4 ASPECTOS FAVORÁVEIS À CONCESSÃO

Como aspecto importante a ser ressaltado, Maria Berenice Dias acredita que a partir da concessão da licença-natalidade iria “reduzir a discriminação contra as mulheres no mercado de trabalho, pois, a possibilidade da gravidez muitas vezes dificulta a inserção profissional”. (2014, p.167)

No entanto, não só a discriminação quanto à mulher, mas também com as famílias, tendo em vista que o modelo da licença-maternidade utilizado pelo Brasil acaba por beneficiar algumas famílias e não beneficiam outras. Como por exemplo, aquela família formada por casais homossexuais do gênero masculino, que é beneficiado com o “útero solidário”. Nenhum dos pais poderia

cuidar dessa criança, tendo em vista que não fazem jus a licença-maternidade segundo a legislação brasileira.

Quanto às famílias homoafetivas, a autora Jackeline Fraga Pessanha defende que “são famílias merecedoras de total proteção estatal, além de estarem abertas para formação familiar como qualquer outra, por isso são as mãos que as agasalham.” (2013, p.72)

A Constituição Federal de 1988 protege as famílias em todas as suas formas, não dando preferência a nenhuma delas, então a lei que possibilite uma concessão a um tipo de formação familiar, e não possibilite a outras, demonstra ser uma lei discriminatória.

Todas as famílias estariam sendo beneficiadas com a concessão da licença-natalidade, pois nenhum sexo teria privilégio, interferindo assim nas famílias. Conceder um benefício à aqueles que recebem um novo ente no seio familiar, independente do sexo, da família, sem ter que fazer certos tipos de enquadramento para que seja possível a concessão é a melhor opção, pois assim não iria ocorrer o engessamento de leis, possibilitando o benefício a somente uma parte da sociedade e a determinado tipo de família. Se as famílias formadas por casais homossexuais já podem adotar, não faz sentido a impossibilidade de concessão do benefício, pois esses filhos que são adotados também merecem a proteção dos pais de forma integral.

Como visto em tópico anterior, já existe precedente favorável quanto à possibilidade de concessão de licença remunerada pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias para casais homoafetivos independente de sexo, podendo ainda ser prorrogado por mais 60 (sessenta dias). Ou seja, a lei que instituirá a licença-natalidade, não irá fazer nada mais do que regulamentar algo que já existe jurisprudência.

Além dos casais homossexuais, existem aqueles pais que perdem a sua esposa no momento do parto, deixando somente o filho para o pai cuidar, como já foi tratado anteriormente. Nesse caso, não seria necessário que o pai precisasse recorrer à Justiça para ter o seu direito garantido, pois com a licença-natalidade regulamentada, ele poderia exercer o seu direito de imediato, não sendo obrigado a esperar por uma decisão judicial.

Discriminação com a mulher no mercado de trabalho, com as famílias homoafetivas, direito concedido imediatamente ao pai que perde a mãe do seu filho no parto, são aspectos favoráveis a concessão da licença-natalidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista, que com o atual panorama familiar não é mais possível falar em licença remunerada somente para a mãe.

4.5 ASPECTOS DESFAVORÁVEIS

A licença natalidade mostra-se como uma solução para diversos problemas apontados ao longo deste trabalho, entretanto, há quem acredite que outros problemas serão criados, caso a licença natalidade seja concedida.

Esclareceu-se que quando um casal homoafetivo do gênero masculino optasse por adotar uma criança, a licença natalidade seria a melhor opção, afinal, qualquer dos pais poderia utilizar da licença, sem prejuízo de perder tanto tempo, esperando que a justiça tomasse uma decisão.

Contudo, existe a questão do útero solidário, onde uma mulher poderá gestar uma criança, e quando ocorrer o seu nascimento, ela seria entregue ao casal homoafetivo, que por uma questão biológica não pode gestar essa criança. Neste caso, percebe-se um problema na questão da licença natalidade, afinal quem iria utilizar a licença natalidade, tendo em vista que a pessoa que gestou essa criança precisa do seu período de recuperação pós parto, e a criança necessita do aleitamento, que é o alimento mais importante nos seus primeiros meses de vida. Em contrapartida, têm-se os pais que esperaram ansiosamente por esse bebê, e desejam o afastamento profissional para também cuidar dessa criança.

Se nesse caso, fosse permitida a licença maternidade aquela que gestou a criança durante 9 (nove) meses, e fosse permitida também a algum dos pais o direito de utilizar a licença natalidade, percebe-se que poderá ocorrer uma oneração excessiva por parte do Estado, que deverá arcar com dois benefícios em prol de um único bebê.

O fato de o aleitamento materno possuir profunda essencialidade para o bebê, e este só poder ser concedido pela mãe, dar margem para aqueles que são contrários a licença natalidade, entender que não seria possível a concessão da licença natalidade, afinal, estaria desprotegendo a criança.

O autor Fábio Luiz Pereira da Silva acredita que a questão da maternidade é uma diferença biológica entre o homem e a mulher, por isso a maternidade deve continuar sendo uma forma de proteção ao trabalho da mulher. O autor ainda afirma que

Não estamos dizendo que, necessariamente, deva ser concedida licença-maternidade também ao trabalhador, quando se tornar pai. Entretanto, podem ser estabelecidos mecanismos que permitam ao homem estar mais próximo da sua família neste momento tão importante da vida doméstica. (2007, p.45)

Em que pese, estes sejam alguns problemas enfrentados a partir da concessão da licença natalidade, não poderá se tornar um óbice a ponto de afastar tal concessão, tendo em vista, que existem outras situações que precisam estar protegidas através da concessão da licença natalidade, como os casais homoafetivos, as crianças que perdem a mãe logo nos seus primeiros meses de vida, ou até mesmo no parto, e os pais que desejam participar mais efetivamente na criação dos seus filhos e conseqüentemente ajudar nas tarefas domésticas.

Assim, a concessão da licença natalidade deve ser uma opção para aquelas pessoas que enfrentam tais problemas, e que não são solucionados com a licença maternidade e paternidade.

4.6 MODELOS ALIENÍGENAS

Muitos países já adotam uma postura diferente em relação à maternidade e paternidade se comparadas ao modelo adotado pelo Brasil. Quanto ao tema, Maria Berenice Dias esclarece que “a exemplo da legislação de muitos países, a proposta é eliminar tanto a licença-maternidade como a licença-paternidade, assegurando, de forma indistinta, licença-natalidade, com prazo de duração de seis meses”. (2014, p.166)

Em Portugal, o código do trabalho possui uma parte destinada a igualdade e a não discriminação em função do sexo. Dentro dessa divisão, encontra-se a questão da parentalidade. Aqui, utiliza-se a terminologia da licença parental, que é dividida em quatro formas.

Artigo 39.º

Modalidades de licença parental

A licença parental compreende as seguintes modalidades:

- a) Licença parental inicial;
- b) Licença parental inicial exclusiva da mãe;
- c) Licença parental inicial a gozar pelo pai por impossibilidade da mãe;
- d) Licença parental exclusiva do pai.

A licença parental inicial¹⁰ é a que mais se assemelha a licença-natalidade, concedendo a mãe ou ao pai 120 (cento e vinte) ou 150 (cento e cinquenta) dias de afastamento do trabalho com direito a remuneração. Nesse caso, os pais possuem a possibilidade de partilharem esses dias, da forma que lhe for mais conveniente. A mãe terá os seus dias de descanso após o parto garantido, independente do tipo de licença parental escolhido.

Interessante perceber que a legislação Portuguesa, se preocupou com diversas situações, como a criança que pode nascer com alguma deficiência e surgir à

¹⁰ Artigo 40.º

Licença parental inicial

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

2 – A licença referida no número anterior é acrescida em 30 dias, no caso de cada um dos progenitores gozar, em exclusivo, um período de 30 dias consecutivos, ou dois períodos de 15 dias consecutivos, após o período de gozo obrigatório pela mãe a que se refere o n.º 2 do artigo seguinte.

3 – No caso de nascimentos múltiplos, o período de licença previsto nos números anteriores é acrescido de 30 dias por cada gémeo além do primeiro.

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

5 – Caso a licença parental não seja partilhada pela mãe e pelo pai, e sem prejuízo dos direitos da mãe a que se refere o artigo seguinte, o progenitor que gozar a licença informa o respectivo empregador, até sete dias após o parto, da duração da licença e do início do respectivo período, juntando declaração do outro progenitor da qual conste que o mesmo exerce actividade profissional e que não goza a licença parental inicial.

6 – Na falta da declaração referida nos n.os 4 e 5 a licença é gozada pela mãe.

7 – Em caso de internamento hospitalar da criança ou do progenitor que estiver a gozar a licença prevista nos n.os 1, 2 ou 3 durante o período após o parto, o período de licença suspende-se, a pedido do progenitor, pelo tempo de duração do internamento.

8 – A suspensão da licença no caso previsto no número anterior é feita mediante comunicação ao empregador, acompanhada de declaração emitida pelo estabelecimento hospitalar.

9 – Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1, 2, 3, 7 ou 8.

necessidade de permanecer no internamento do hospital, ou no caso do nascimento de gêmeos, levando em consideração o maior trabalho que os pais terão com os filhos.

Diferente do que ocorre no Brasil em caso de adoção, em Portugal¹¹, os pais têm direito à licença parental desde que os filhos possuam no máximo 15 (quinze) anos. A idade do adotado na legislação lusitana não tem o condão de modificar ou reduzir os dias de afastamento.

A Suécia foi um dos primeiros países a adotar a licença maternidade, sendo esta concedida de forma remunerada também para os pais. O país utilizou esse modelo como forma de incentivo quanto a paternidade, além de possibilitar que os homens possam ajudar nas atividades do lar, segundo Carlos Aurélio Pimenta de Farias (2002).

¹¹ Artigo 44.º

Licença por adoção

1 – Em caso de adoção de menor de 15 anos, o candidato a adoptante tem direito à licença referida nos n.os 1 ou 2 do artigo 40.º

2 – No caso de adopções múltiplas, o período de licença referido no número anterior é acrescido de 30 dias por cada adopção além da primeira.

3 – Havendo dois candidatos a adoptantes, a licença deve ser gozada nos termos dos n.os 1 e 2 do artigo 40.º

4 – O candidato a adoptante não tem direito a licença em caso de adopção de filho do cônjuge ou de pessoa com quem viva em união de facto.

5 – Em caso de incapacidade ou falecimento do candidato a adoptante durante a licença, o cônjuge sobrevivente, que não seja candidato a adoptante e com quem o adoptando viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito a licença correspondente ao período não gozado ou a um mínimo de 14 dias.

6 – A licença tem início a partir da confiança judicial ou administrativa, nos termos do regime jurídico da adopção.

7 – Quando a confiança administrativa consistir na confirmação da permanência do menor a cargo do adoptante, este tem direito a licença, pelo período remanescente, desde que a data em que o menor ficou de facto a seu cargo tenha ocorrido antes do termo da licença parental inicial.

8 – Em caso de internamento hospitalar do candidato a adoptante ou do adoptando, o período de licença é suspenso pelo tempo de duração do internamento, devendo aquele comunicar esse facto ao empregador, apresentando declaração comprovativa passada pelo estabelecimento hospitalar.

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

10 – Caso a licença por adopção não seja partilhada, o candidato a adoptante que gozar a licença informa o respectivo empregador, nos prazos referidos no número anterior, da duração da licença e do início do respectivo período.

11 – Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1 a 3, 5, 7 ou 8.

O autor afirma ainda, que essa foi uma forma que se encontrou na Suécia para combater a discriminação com a mulher no mercado de trabalho, além de incentivar a igualdade de gênero.

Apesar dos Estados Unidos conceder somente 84 dias de afastamento para as mães, os pais exercem esse mesmo direito igualando o número de dias.

Recentemente, a empresa americana Netflix, passou a conceder 1(um) ano de licença remunerada para os seus funcionários em virtude da maternidade e paternidade, sem fazer distinção de sexo, segundo noticiou o site do BBC.

Dessa forma, torna-se fácil perceber que o mundo está se adaptando a nova realidade para satisfazer os desejos da sociedade. O país também precisa evoluir e se adequar a este novo cenário, para que os seus cidadãos não fiquem a margem da legislação, que deve abarcar a todos e não uma parcela da sociedade.

5. CONCLUSÃO

A partir de todo o explanado, conclui-se que as famílias brasileiras não se enquadram em um único formato de entidade familiar, e não se resumem aquelas citadas na Constituição Federal de 1988. Percebe-se que o laço afetivo é o que de fato pode tornar possível a junção de duas ou mais pessoas, além da filiação biológica.

A mulher é então deslocada da sua antiga posição de dona do lar, para assumir uma postura de mãe, que além de cuidar da casa e dos filhos, precisa ainda se apresentar no mercado de trabalho. Em consequência disso, o homem conhece o amor pela paternidade, e demonstra a sua sensibilidade perante a sociedade, passando inclusive a auxiliar a mulher nas tarefas domésticas.

A legislação trabalhista buscou proteger a mulher, para que esta não ficasse desamparada nas relações de emprego, sendo assim discriminadas. No entanto, entendeu-se que o excesso de proteção acabou por complicar ainda mais essa situação, onde até os dias atuais é possível encontrar discursos discriminatórios atrelados a proteção à maternidade.

O estudo do princípio da igualdade mostrou-se ser fundamental para que fosse possível acreditar na possibilidade de concessão da licença natalidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista, que a desigualdade deve ser justificada. Assim, percebe-se que o tratamento desigual conferido aos homens e as mulheres quanto ao aspecto maternal e paternal, não demonstra ser possuidor de uma justificativa plausível, afinal, pais e mães tem os mesmos direitos sobre os filhos.

As conquistas alcançadas até o momento pelos casais homoafetivos, reproduz uma realidade social, e como é vedado o retrocesso social, percebe-se a insegurança em que esses casais se encontram.

Assim, a licença natalidade é a melhor solução para tantos questionamentos, afinal, tal benefício terá o condão de proteger diversas famílias que estão desamparadas.

Cabe ao direito manifestar-se de forma favorável a concessão da licença natalidade, uma vez que, a mudança causará certa tendência a diminuir o

Índice de discriminação contra mulher, e estará condizente com a nova realidade da paternidade nas famílias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5ª edição alemã. Malheiros editores, 2006.

AMADO, Frederico. **Direito e processo previdenciário sistematizado**. 4ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

Bandeira de Mello, Celso Antonio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

BARROS, Alice Monteiro. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 8ª edição. Editora LTr, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed., Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos fundamentais*, Justiça nº 3, Abr./Jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24/03/2014.

BRASIL. **Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em 16/04/2018

_____. **Código civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24/03/2018.

_____. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24/03/2018.

_____. **Decreto nº 4.377/2002**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27/09/2018.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26/03/2018.

_____. **Lei 12.010/2009**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27/03/2018.

_____. **Lei 9.029/1995**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05/10/2018.

_____. **Lei nº 8.213/91**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26/03/2018.

_____. **Decreto nº21.417/1932**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27/07/2018.

_____. **Decreto nº62.150/1968**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27/07/2018.

_____. **Decreto nº7.052/2009**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27/07/2018.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **A maternidade e seus reflexos no contrato de trabalho**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&arti_d=1495>. Acesso em: 20/08/2018.

COUTINHO, Maria Luisa. **A discriminação no trabalho: Mecanismos de combate à Discriminação e promoção de igualdade de oportunidades**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf> Acesso em: 20/08/2015.

CUNHA, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **A ética do afeto**. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/6668/a-etica-do-afeto#ixzz3bX6i0Cdz>> Acesso em 29/05/2018

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª edição reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Quem Pariu Que Embale!** Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/quem_pariu_que_embale%281%29.pdf>. Acesso em 28/08/2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol. 5**. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol VI**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo. **As Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>

Acesso em 31/05/2018

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. Editora Saraiva, 2010.

Lopes, Otávio Brito. **A questão da discriminação no trabalho**. 2000.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_17/Artigos/art_otavio.htm>

Acesso em: 08/08/2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MALLET, E. **Igualdade e discriminação e direito do trabalho**. Rev. TST, Brasília, vol. 76, nº 3, jul/set 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MARTINS, F. **A afirmação feminina na igualdade substancial familiar**. Rev. De Direito Privado, ano 9, nº 33, jan.-mar. 2008.

MARTINS, Fernando. **A afirmação feminina na igualdade substancial familiar**. In NERY JUNIOR, Nelson. **Revista de direito privado**. Ano 33, janeiro-março, editora Revistas dos Tribunais, 2008.

MEIRELES, Rose. **Em busca da nova família: uma família sem modelo**. In TEPEDINO, Gustavo (org.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

MENDES, Moacyr. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à lei 8.069/90**. 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>.> Acesso em 30/10/2015

MENDONÇA, Andrey; FERREIRA, Olavo. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. In CAMARGO, Marcelo Novelino (coord.). **Leituras complementares de constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Editora Coimbra, 2000.

Mulheres na política. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa_Mulheres_na_Pol%C3%ADtica.pdf> Acesso em: 22/06/2018.

NASCIMENTO, Amauri. **Curso de direito do trabalho**. 29ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2014..

NOBRE, A. **As garantias constitucionais e o princípio da igualdade**. Rev. Jurídica do Curso de Direito da UESC, ano III, ed. Especial, 2001.

NOBRE, Ana. **As garantias constitucionais e o princípio da igualdade**. In Revista Jurídica do curso de Direito da UESC/Universidade Estadual de Santa Cruz. Ilhéus: UESC, 2001.

Notícias do site UOL. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2006/12/20/ibge-mulher-trabalhadora-faz-composicao-da-familia-brasileira-mudar-em-10-anos.jhtm>> Acesso em: 25/05/2018.

NOVAIS, Denise Pasello. **Discriminação da mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PESSANHA, Jackeline. **As mãos que agasalham: uma análise da família homoafetiva e o princípio da proteção integral**. Revista JurES, v.5, n.8, 2013. Disponível em: <<http://revistas.es.estacio.br/index.php/juresvitoria/article/view/192>>. Acesso em: 13/07/2018.

PFaffenSELLER, Michelli. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 85, jun./jul, 2007. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/MichelliPfaffensteller_rev85.htm> Acesso em: 21/05/2018.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12 edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SILVA, Alessandro; KROST, Oscar. **Comentários sobre a licença maternidade e as inovações da lei 11.770/08**. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/635> > Acesso em: 02/09/2018.

SILVA, Fábio Luiz. **Proteção ao trabalho da mulher**. In MANNRICH, Nelson (coord.). **Revista de direito do trabalho**. Ano 33, janeiro-março, editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª edição. Brasil, Malheiros editores, 2012.

SILVA, Roberta Pappen da. **O princípio da igualdade no Direito do Trabalho**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5962>. Acesso em 03/03/2018.

SOARES, Ricardo Maurício. **A Interpretação Principiológica da Dignidade Humana**. In MINAHIM, Maria Auxiliadora (Org.). **Anais do Seminário Brasil-Alemanha**. Salvador: UNIME/Goethe-Institut, 2004.

TAPIOCA NETO, Renato Drummond; D'ANGELO, Luisa Bertrami. **A trajetória do movimento feminista e suas lutas frente aos dilemas do séc. XXI**. Disponível em: <<http://causasperdidas.literatortura.com/2013/10/27/a-trajetoria-do-movimento-feminista-e-suas-lutas-frente-aos-dilemas-do-seculo-xxi/>> Acesso em 06/06/2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

UNISINOS, Instituto Humanitas. **Censo 2010. Uma família plural, complexa e diversa**. 2010. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/515013-censo-2010-uma-familia-plural-complexa-e-diversa>> Acesso em 20/10/2015

WALD, Arnaldo. **Direito de família**. 18ª edição. Editora Saraiva, 2013.

WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014.