



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TATIANA TEIXEIRA COSTA**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À CONCILIAÇÃO DA VIDA  
PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR**

Salvador

2017

**TATIANA TEIXEIRA COSTA**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À CONCILIAÇÃO DA VIDA  
PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR**

Monografia apresentada no curso de graduação em Direito, à Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Ms. Adriana Brasil Vieira Wzykowski.

Salvador

2017

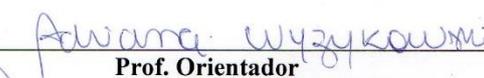
## TERMO DE APROVAÇÃO

### ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO

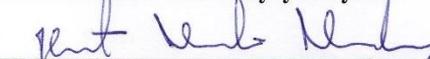
Aos 20 de fevereiro de 2018 realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador Bahia, às 16h a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado (a) **Tatiana Teixeira Costa**, intitulada, *O direito fundamental à conciliação da vida profissional com a vida familiar.*, estando presente o (a) Orientador(a) prof.(a) **Adriana Brasil Vieira Wyzykowyski**, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **Josaphat Marinho Mendonça** e Prof(a) **Antonio Carlos Paula Oliveira** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

| Banca Examinadora                        | Notas | Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final |
|--|-------|--|
| <b>Adriana Brasil Vieira Wyzykowyski</b> | 9,5   |  |
| <b>Josaphat Marinho Mendonça</b>         | 9,5   |  |
| <b>Antonio Carlos Paula Oliveira</b>     | 9,5   |  |

Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



**Prof. Orientador**  
**Adriana Brasil Vieira Wyzykowyski**



**Membro da Banca Examinadora**  
**Josaphat Marinho Mendonça**



**Membro da Banca Examinadora**  
**Antonio Carlos Paula Oliveira**



## **AGRADECIMENTOS**

Algumas pessoas foram essenciais para a produção desse trabalho e a elas agradeço profundamente. Primeiramente, agradeço a minha mãe, Eliana, que me deu forças para continuar nessa nova caminhada, que me ouviu e apoiou sempre nas minhas escolhas e que se faz sempre presente. Ao meu marido, Daniel, que mesmo insatisfeito com minhas ausências, comprou a minha decisão e me manteve firme no meu propósito, nas diversas vezes que pensei em desistir.

Agradeço a todos os professores que se dedicam todos os dias a essa profissão e a cada um dos seus alunos, especialmente Daniela Portugal, que me inspirou, mesmo sem saber, na escolha pelo Direito, por exercer de maneira honrosa e entusiasmante a advocacia, e minha orientadora, Adriana Wyzykowski, a quem não tenho palavras para agradecer pelo acolhimento e dedicação ao meu trabalho, que soube perceber o meu momento e me ajudou a transformá-lo em tema de monografia, sempre com um carinho imenso. Vocês fazem a diferença!

Agradeço também às novas amigas que fiz durante a faculdade. Meninas, vocês tornaram os meus dias mais leves, compartilharam sentimentos e estiveram sempre disponíveis para me ajudar.

## RESUMO

As leis do Direito do Trabalho procuram limitar as horas que o empregado passa trabalhando. Durante seu tempo livre, o empregado deve ter o direito de fazer o que considera satisfatório, inclusive estar em família, por isso, a ideia de família está relacionado com as relações trabalhistas. A família é o ambiente onde ocorrem os maiores aprendizados, onde se definem os valores e desenvolvem a personalidade dos seus membros. Mas as mulheres precisaram reduzir os cuidados com a família para participar do mercado de trabalho em decorrência da necessidade de colaborar com a manutenção desta. Infelizmente, ainda sofrem muita discriminação. Os homens, por outro lado, aos poucos, têm dividido essas tarefas domésticas com as mulheres. Tal postura indica a viabilidade de concretizar a igualdade entre os sexos e proporcionar o equilíbrio entre vida profissional e laboral dos indivíduos. É fundamental que se verifique a possibilidade de viabilizar a manutenção dos indivíduos nos seus empregos, sem que deixem de cuidar da educação dos seus filhos e de si mesmos. Para tanto, as empresas devem adaptar-se a essa nova realidade das famílias, que estão em busca de empregos com horários mais flexíveis para que possam estar mais presentes na vida dos seus familiares. Um ambiente familiar saudável e estruturado irá influenciar diretamente na produtividade no ambiente de trabalho. Dessa forma, esse trabalho pretende verificar os fundamentos para que a conciliação da vida familiar com a vida profissional seja considerada um direito fundamental no Brasil. Aponta-se a viabilidade da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas como meio concretizador do direito à conciliação da vida profissional com a vida laboral.

**Palavras-chave:** família; relações trabalhistas; igualdade de gênero; direito fundamental; eficácia horizontal; conciliação da vida laboral com a vida familiar.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>08</b> |
| <b>2 FAMÍLIA E EMPREGO: INTERAÇÕES NECESSÁRIAS .....</b>  | <b>12</b> |
| 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE FAMÍLIA ...                                    | 13        |
| <b>2.1.1 Função social da família .....</b>   | <b>17</b> |
| <b>2.1.2 Princípios constitucionais aplicáveis à família .....</b>                                    | <b>18</b> |
| 2.1.2.1 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana .....</i>  | 19        |
| 2.1.2.2 <i>Princípio da igualdade entre homem e mulher e entre os filhos .....</i>                    | 20        |
| 2.1.2.3 <i>Princípio da afetividade .....</i>   | 21        |
| 2.1.2.4 <i>Princípio da convivência familiar .....</i>  | 22        |
| 2.1.2.5 <i>Princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família .....</i>                  | 24        |
| 2.1.2.7 <i>Princípio da pluralidade das entidades familiares .....</i>                                | 24        |
| 2.2 MODALIDADES DE FAMÍLIA .....  | 25        |
| <b>2.2.1 Família matriarcal .....</b>   | <b>27</b> |
| <b>2.2.2 Família moonoparental .....</b>  | <b>29</b> |
| <b>2.2.3 Família anaparental .....</b>  | <b>31</b> |
| <b>2.2.4 Família formada pela união estável .....</b>   | <b>32</b> |
| <b>2.2.4 Família recomposta ou reconstituída .....</b>  | <b>35</b> |
| 2.3 A NECESSIDADE DO TEMPO LIVRE PARA A CONCILIAÇÃO DA VIDA<br>PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR ..... | 37        |
| <b>3 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NUMA PERSPECTIVA DO<br/>TRABALHO FEMININO .....</b>            | <b>42</b> |
| 3.1 NOÇÕES BÁSICAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....  | 42        |
| <b>3.1.1 Conceito e breve histórico sobre direitos fundamentais .....</b>                             | <b>43</b> |
| <b>3.1.2 As dimensões dos direitos fundamentais .....</b>   | <b>47</b> |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>3.1.3 A fundamentabilidade formal e material dos direitos fundamentais .....</b>  | <b>50</b> |
| <b>3.1.4 As dimensões objetiva e subjetiva e a eficácia irradiante dos direitos fundamentais na relação de emprego .....</b>                   | <b>52</b> |
| <b>3.1.5 Teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais .....</b>   | <b>55</b> |
| <b>3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE .....</b>   | <b>58</b> |
| <b>3.2.1 Conceito e dimensões da igualdade .....</b>   | <b>58</b> |
| <b>3.2.2 Discriminação legítima e ilegítima .....</b>  | <b>60</b> |
| <b>3.3 IGUALDADE E GÊNERO .....</b>  | <b>62</b> |
| <b>3.3.1 A luta pela igualdade e pela inclusão da mulher no mercado de trabalho .....</b>  | <b>63</b> |
| <b>3.3.2 Medidas protetivas do trabalho feminino .....</b>   | <b>65</b> |
| <br>   |           |
| <b>4 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONCILIAÇÃO DA VIDA PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR .....</b>  | <b>70</b> |
| <b>4.1 CONCEITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONCILIAÇÃO DA VIDA PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR .....</b>  | <b>70</b> |
| <b>4.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONCILIAÇÃO DA VIDA PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR NO CONTRATO DE EMPREGO .....</b>                           | <b>77</b> |
| <b>4.2.1 A eficácia horizontal direta e imediata como mecanismo concretizador deste direito fundamental .....</b>                              | <b>78</b> |
| <b>4.2.2 Formas de consagração do direito fundamental de conciliação no contrato de emprego .....</b>  | <b>80</b> |
| <i>4.2.2.1 Não Realização de Horas Extras Habituais .....</i>  | <i>80</i> |
| <i>4.2.2.2 Respeito aos intervalos e descansos trabalhistas: jornada, DRS, feriados e férias .....</i>   | <i>83</i> |
| <i>4.2.2.3 Proteção da maternidade e paternidade .....</i>   | <i>87</i> |
| <b>4.2.3 Novas formas de tutela do direito fundamental à conciliação da vida profissional com a vida familiar no contrato de emprego .....</b> | <b>92</b> |
| <i>4.2.3.1 Trabalho em domicílio .....</i>   | <i>93</i> |
| <i>4.2.3.2 Teletrabalho .....</i>  | <i>94</i> |
| <i>4.2.3.3 Direito de desconexão no contrato de emprego .....</i>  | <i>97</i> |

|   |            |
|---|------------|
| <i>4.2.3.4 Concessão de licença natalidade</i> .....  | 100        |
| <i>4.2.3.5 Concessão de licença especial para acompanhamento de filho com deficiência ou doença crônica e para cuidado do idoso</i> ..... | 101        |
| <b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....  | <b>104</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....  | <b>107</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, as leis do trabalho procuravam limitar as horas que o trabalhador passava sujeito ao empregador. Discutia-se o direito ao descanso, à saúde, à qualidade de vida e à dignidade do empregado, em decorrência da prestação de serviço exacerbada. Trata-se de relação privada desequilibrada, visto que o empregador detém poder diretivo e o empregado, hipossuficiente, deve agir com subordinação. Deste modo, o trabalho é contraposto ao descanso, ao lazer, visto que só há descanso se houver labor. O lazer é direito fundamental consagrado no nosso ordenamento, é o momento em que o indivíduo pratica atividades que considera satisfatórias, e muitos optam por estar em família.

A família é o ambiente em que são vividas as maiores alegrias e decepções do ser humano e, portanto, onde ocorrem os maiores aprendizados. São os ensinamentos das famílias que formam os conceitos, definem os valores e desenvolvem a personalidade do indivíduo, bem como é onde se transmite a cultura de geração a geração. Trata-se então de conceito que permeia aspectos psicológicos, afetivos, culturais, sociais, jurídicos e patrimoniais, por exemplo.

As mulheres precisaram e optaram por participar do mercado de trabalho em decorrência da necessidade de colaborar com a manutenção da sua família e da sua casa. Sabe-se que existe muita discriminação, sendo necessário que a mulher se dedique mais ao seu trabalho para que consiga remuneração mais próxima à do homem. Isso fez com que se afastasse das atividades domésticas e cuidados com seus filhos e familiares. O homem, no entanto, tem adentrado nesse universo, anteriormente apenas feminino, dividindo as tarefas com as mulheres. Tal postura indica a viabilidade de concretizar a igualdade entre os sexos e proporcionar o equilíbrio entre vida profissional e laboral dos indivíduos.

A noção de trabalhador “ideal”, que deve apresentar disponibilidade em tempo integral para o trabalho, sem muito envolvimento com outras esferas da vida, está distante de ser atingida por mulheres e homens que possuem uma vida familiar, sendo difícil a conciliação da vida profissional com esta. Faz-se necessário elencar os direitos que estão envolvidos nessa perspectiva de conciliação entre esses dois campos, bem como pensar em condições que viabilizem a prestação de serviços que permitam esse respeito a cada momento da vida do indivíduo.

As novas modalidades de famílias das sociedades e a situação econômica do país, vem gerando mais dificuldades na compatibilização desses dois domínios da vida social. Em um momento

de crise econômico-financeira e de discussão de valores morais, é de fundamental importância que se verifique a possibilidade de viabilizar a manutenção dos indivíduos nos seus empregos, sem que deixem de cuidar da educação dos seus filhos e de si mesmos. Também, as empresas tem passado por grandes contenções de gastos e por uma briga acirrada com seus concorrentes para se manterem no mercado de trabalho, devendo ainda adaptarem-se a essa nova realidade das famílias, que estão em busca de empregos com horários mais flexíveis para que possam estar mais presentes na vida dos seus familiares.

Um ambiente familiar saudável e estruturado irá influenciar diretamente no ambiente de trabalho, trazendo melhor produtividade e qualidade na prestação dos serviços, bem como indivíduos com maior equilíbrio emocional e com uma formação baseada em valores morais repassados pelos seus pais ou responsáveis.

As famílias estão tendo menos filhos porque não conseguem custear as despesas e porque não têm tempo para cuidar e se dedicar a sua educação; os pais ou responsáveis estão sem tempo para cuidar dos seus próprios filhos. Conforme pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil tem 207,7 milhões de habitantes e uma taxa de crescimento populacional de 0,77% entre 2016 e 2017, um pouco menor do que a de 2015/2016 (0,80%). A taxa de crescimento populacional, entretanto, vem diminuindo nos últimos anos, em razão principalmente da queda na taxa de fecundidade. A projeção demográfica prevê que daqui a 26 anos, a população vai atingir seu limite máximo (228,4 milhões) e passará a decrescer nos anos seguintes (BRASIL, 2017, p. 1).

Em momentos de crises, as pessoas ficam com medo de se afastarem do trabalho e perderem os seus empregos. Isso tem gerado uma menor taxa de natalidade, invertendo a pirâmide etária brasileira, com diminuição do número de crianças e adolescentes e aumento da população em idade ativa e do total de idosos, o que vai, a longo prazo, dificultar a manutenção do país, visto que haverá mais idosos sem trabalhar que jovens em idade para laborar. Entre 2005 e 2015, a proporção de idosos de 60 anos ou mais passou de 9,8% para 14,3%. Enquanto as proporções de idosos de 60 anos ou mais e de adultos de 30 a 59 anos cresceram de 2005 a 2015 (respectivamente 4,5 e 4,8 pontos percentuais), caíram as proporções de crianças de 0 a 14 anos (5,5 p.p) e de jovens de 15 a 29 anos (3,8 p.p), demonstrando uma clara tendência de envelhecimento demográfico. Os dados são do estudo “Síntese de Indicadores Sociais (SIS): uma análise das condições de vida da população brasileira 2016” (BRASIL, 2016, p. 1).

Assim, em decorrência das diversas indagações que vem surgindo sobre a dificuldade de equilíbrio entre a vida em família e o exercício da atividade laboral, e da inexistência de uma

definição concreta sobre o tema no nosso ordenamento, questiona-se: quais os fundamentos para que a conciliação da vida familiar com a vida profissional seja considerado um direito fundamental no Brasil? E quais são as possibilidades para a sua consagração e tutela, no âmbito da relação de emprego?

Dessa forma, esse trabalho pretende verificar os fundamentos para que a conciliação da vida familiar com a vida profissional seja considerada um direito fundamental no Brasil, identificando a viabilidade e as possibilidades para a sua consagração e tutela, no âmbito da relação de emprego. Para tanto, no primeiro capítulo de conteúdo, será apresentada a evolução do conceito de família, passando pelo seu surgimento até as mudanças dos modelos familiares atuais. Também será discutida a função social da família, bem como os princípios a ela aplicáveis. Em seguida será exposta a relação entre a família e o emprego, verificando-se a necessidade do tempo livre para a conciliação da vida profissional com a vida familiar.

No capítulo seguinte, discorrer-se-á sobre o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, suas dimensões e fundamentabilidade. Serão apresentadas as teorias que tratam da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, verificando como a eficácia horizontal pode se relacionar com o contrato de emprego, com o fito de viabilizar a concretização da conciliação da vida laboral com a familiar como direito fundamental. Ainda, o presente estudo apresentará um maior detalhamento sobre o direito fundamental à igualdade, pois entende-se que a igualdade entre os sexos é fundamental para proporcionar a aplicação do direito à conciliação no mundo real, perpassando pela luta das mulheres para conquistarem o seu espaço no mercado de trabalho e as medidas protetivas necessárias para a sua implementação.

No último capítulo, será exposto, brevemente, quais os tratamentos jurídicos dados pelos ordenamentos de outros Estados a esse direito fundamental de conciliação, bem como se discutirão as formas de tutela deste direito, no contrato de emprego, que já estão sendo implementadas no Brasil, apesar da Reforma Trabalhista, que reduziu muitos dos direitos dos trabalhadores, adquiridos com muito suor e luta, ao longo dos anos. Aponta-se a viabilidade da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas como meio concretizador do direito à conciliação da vida profissional com a vida laboral.

Além disso, é relevante para o Direito e para a sociedade pensar em outros meios de viabilizar uma conciliação entre vida familiar e vida profissional, possibilitando melhores desempenhos nos empregos e na vida pessoal. Ter adultos produzindo com maior efetividade e jovens com melhor preparo para lidar com os conflitos de vida diários, em decorrência de uma maior

presença dos seus pais ou responsáveis nas suas vidas, é fundamental para a sociedade. E caberá ao Direito viabilizar a concretização desses meios, sendo possível que o reconhecimento pelo ordenamento jurídico do direito à conciliação da vida familiar com a vida profissional como um direito fundamental seja um primeiro passo.

Para tanto, fez-se uso do método dedutivo de Descartes, partindo de premissas maiores, consideradas verdadeiras, para estabelecer relações e alcançar premissas menores, propostas como verdadeiras por esse trabalho, através do raciocínio lógico. Tratou-se de uma análise qualitativa, onde conclusões são extraídas a partir de um levantamento bibliográfico em livros, artigos científicos e trabalhos acadêmicos.

## **2 FAMÍLIA E EMPREGO: INTERAÇÕES NECESSÁRIAS**

O conceito de família evoluiu com o passar do tempo, refletindo as mudanças ocorridas com a sociedade de cada época até chegar a uma noção ampla, atual, onde os sentimentos e a função social alcançada são os aspectos mais importantes. Serão alvo desse capítulo o caminho percorrido pelo instituto, bem como o tratamento dispensado às famílias pelo Direito. O conceito recebeu função a ser desempenhada entre os seus membros, para que seres humanos melhores cresçam em um ambiente mais favorável, onde a presença de todos os membros se faz necessária.

Também serão apresentados os princípios constitucionais aplicáveis à família, instituto que precisa de proteção, principalmente em decorrência dos menores, deficientes físicos e idosos que a compõem. O primeiro princípio orientador de todos os outros e do ordenamento brasileiro é o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser levado em consideração para que todos os seres humanos sejam cuidados e que possam ter uma vida digna. Na sequência, tratar-se-á do princípio da igualdade, que viabilizou a igualdade entre os sexos e entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, prevalecendo a afetividade dentro das famílias. É justamente essa afetividade que justifica a formação de diversas modalidades familiares, que refletem a atualidade.

O princípio da convivência é princípio fundamental, juntamente com o da igualdade, para esse trabalho, visto que é através dessa viabilização que percebe-se o quanto os membros necessitam e têm o direito de permanecerem juntos, auxiliando no desenvolvimento pessoal. A convivência com a família importa em menor tempo no trabalho, para que seja viabilizado, além de imporem ao Estado uma intervenção mínima nas relações privadas estabelecidas, mas de cuidador das necessidades básicas, facilitando a atuação dos membros.

Cada família tem a sua estrutura e elas devem ser absorvidas pelo ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988 não elencou todas as modalidades familiares, mas deixou em aberto a possibilidade de novas formações. O conceito de família está embasado na sua função social e no afeto, permitindo então que outras formações sejam entendidas como famílias. São tratados nesse capítulo alguns dos modelos familiares, sabendo-se que novos surgem de acordo com as alterações ocorridas na sociedade.

Em seguida será exposta a relação entre a família e o emprego, verificando-se a necessidade do tempo livre para a conciliação da vida profissional com a vida familiar. As relações

estabelecidas no ambiente de trabalho devem proporcionar um ambiente laboral saudável e prazeroso aos empregados e, conseqüentemente, mais produtivo para o empregador.

## 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA

Os primeiros grupamentos humanos de povos do mundo antigo, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 47), podem ser entendidos como famílias, visto que eram uma união de pessoas com a finalidade de proteção recíproca contra outros povos e cuidados com os idosos, de produção coletiva dos produtos necessários para a subsistência da comunidade e de reprodução, viabilizando a continuidade do grupo.

Os autores (2015, p. 48-51) afirmam que a modalidade de família mais antiga estaria baseada em uma ausência de regras sobre os papéis sexuais, sendo possível a identificação da filiação apenas materna, em decorrência da promiscuidade em que os homens viviam. A transição para a monogamia, no Ocidente, veio em decorrência de uma lei religiosa, convivendo ainda atualmente com a poligamia no Oriente. Essa convivência, em locais diversos, de modelos de famílias monogâmicas e poligâmicas, bem como de famílias baseadas no modelo patriarcal e no matriarcal sinalizam a pluralidade do conceito de “família”.

Maria Berenice Dias (2015, p. 29-30) afirma que é uma prerrogativa do ser humano manter vínculos afetivos, sejam eles para manutenção e perpetuação da espécie, através da prática de acasalamento, que existe desde que surgiu o homem, seja para evitar a solidão que causa tanta aflição ao indivíduo. Portanto, não importa o tipo de família a qual a pessoa pertença ou a sua função nesta, o que é significativo é pertencer a um grupo, onde se compartilham sentimentos e valores, em busca do seu projeto de vida. A família era uma unidade de produção, com incentivo à procriação, tendo sido os vínculos afetivos institucionalizados para que houvesse uma aceitação social e um reconhecimento jurídico de uma sociedade muito conservadora. Portanto, como a lei só surge depois do fato, para institucionalizá-lo, impondo limites, a família juridicamente retratada nunca será igual a família da realidade.

O termo “família” significa conjunto de escravos, concepção não mais utilizada atualmente, servindo apenas para passar a ideia de grupo de indivíduos (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 39). Em Roma, a família era entendida como uma entidade econômica, política, militar, religiosa e patrimonial, liderada por uma autoridade do sexo masculino; era uma unidade com multiplicidade funcional. Este permanecia líder do grupo familiar até a sua morte, possuindo

poder de decisão sobre a vida e morte dos integrantes do grupo. Com a decadência do Império Romano e ascensão do cristianismo, o entendimento sobre “família” mudou (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 51-52).

Acrescenta Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 31) que a família, no direito romano, era organizada sobre a autoridade exercida pelo *pater familia*, que possuía o direito sobre a vida e a morte de todos os seus descendentes não emancipados. O ascendente mais velho era chefe religioso, político e jurídico, e predominavam os interesses patrimoniais, diferente da família cristã, que tinha como preocupação questões de ordem moral.

Ainda na Antiguidade, a família cristã surgiu, tendo como base o modelo patriarcal e fundada no casamento religioso, deixando outros entendimentos de constituição de família marginalizados. A figura masculina passou a ser vista como alguém provedor das necessidades da família e líder religioso (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 52). Era entendida como uma unidade econômica, de reprodução e produção, visando a formação de patrimônio, onde a hierarquia existia e não se cuidava das relações de afeto; trata-se do modelo estatal de família (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 35; 37).

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 32) afirma que os romanos entendiam a ausência de convivência e afeição como causas necessárias de dissolução do casamento pelo divórcio. Os canonistas se opuseram à dissolução, pois o que Deus faz, não pode o homem desfazer.

Séculos depois, com a Revolução Industrial, no século XVIII, a crescente pobreza e escassez de mão de obra fizeram com que as mulheres deixassem o trabalho doméstico e ingressassem no mercado de trabalho, alterando o entendimento do papel do homem na família. Isso fez com que houvesse uma maior aproximação e demonstração de afeto entre os membros das famílias, bem como uma preocupação com a proteção dos trabalhadores. Ainda, os elevados custos para manutenção da vida fizeram com que os casais repensassem o número de filhos que seria viável terem (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 53). É em decorrência das dificuldades da vida profissional e manutenção da condição de vida que os indivíduos passaram a repensar as suas vidas em famílias numerosas.

Maria Berenice Dias (2015, p. 30) afirma que a família era uma entidade patrimonializada, hierarquizada e patriarcal, onde o seu crescimento era um meio de proporcionar a sobrevivência dos seus membros. Mas a Revolução Industrial fez com que essa noção fosse reorganizada, tornando-se a família nuclear, onde só existia o casal e sua prole, aproximando os indivíduos e a valorização dos vínculos afetivos.

No século XX, em decorrência de uma série de eventos revolucionários, a concepção tradicional de um único tipo de família foi alterada. A revolução sexual, o movimento feminista, a possibilidade do divórcio, a mudança dos papéis familiares e a proteção da dignidade da vida humana contribuíram para um entendimento contemporâneo dos arranjos familiares (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 52). A família moderna passa a ser descentralizada, democrática, igualitária e desmatrimonializada, organizando-se de acordo com a sociedade, o tempo e o lugar (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 35).

As transformações nas questões da sexualidade viabilizaram a mudança de valores relativos à família. O sexo passa a não ser mais visto como um meio de reprodução e manutenção da família, mas também como uma fonte de prazer, isso faz com que a família não seja mais entendida como um instituto que proporciona a procriação, e sim como um espaço de afetividade. Na sequência, por volta da década de 1960, o movimento feminista lutou contra as discriminações de gênero, pela conquista de espaço no mercado de trabalho para as mulheres e por igualdade de condição para com os homens (MATOS, 2000, p. 92).

A chamada primeira onda do feminismo aconteceu a partir das últimas décadas do século XIX, quando as mulheres, na Inglaterra, organizaram-se para lutar por seus direitos, principalmente o direito ao voto. As mulheres se manifestaram, foram presas e este direito foi conquistado em 1918. No Brasil, o movimento, que surgiu a partir de 1910, também buscou o direito ao voto, que foi conquistado em 1932, quando foi promulgado o Novo Código Eleitoral brasileiro. Esta onda inicial perdeu força a partir da década de 1930 e só ressurgiu na década de 1970 (PINTO, 2010, p. 15).

O feminismo aparece como um movimento libertário, que busca o espaço da mulher no trabalho, na vida pública, na educação, mas que também luta por liberdade e autonomia para a mulher dentro do seu relacionamento, passando esta a decidir sobre sua vida e seu corpo. No Brasil, as manifestações do movimento surgiram muito tímidas na década de 1970, pois vivia-se em um ambiente de muitas restrições e medo, em decorrência do regime militar. Apenas com a redemocratização dos anos 1980, é que o feminismo no Brasil entrou em uma fase promissora, liderada por mulheres exiladas na Europa durante a ditadura militar (PINTO, 2010, p. 15-16), discutindo e modificando o posicionamento das mulheres na família e na sociedade. Algumas medidas protetivas ao trabalho feminino surgiram nessa época, no Brasil, e elas serão discutidas no ponto 3.3 desse trabalho.

Essa época próspera do movimento teve como um dos viabilizadores o surgimento da Constituição Federal de 1988. A família, antes desta, era entendida como um instrumento que

viabilizaria a reprodução e a ampliação de patrimônio das famílias envolvidas, como visto. As Constituições Federais (CF) de 1824 e 1891, segundo Paulo Lôbo (2017, p. 30-31), não tutelavam as relações familiares, mas as Constituições seguintes (de 1934 até a atual, de 1988) dispuseram normas expressas, invocando uma proteção especial do Estado sobre essas instituições, bem como definindo direitos e deveres a serem observados por seus membros. A hierarquia entre os membros das famílias ficou comprometida a partir da existência do princípio da igualdade, direito fundamental e, portanto, norma vinculante.

Já a família pós-moderna é fundada no afeto, na ética, na solidariedade entre os membros e na busca pela dignidade destes, além de estar sujeita às mudanças decorrentes de alterações na sociedade. A família passa a ser analisada em uma perspectiva socioafetiva, deixando de ser instituição para ser um “núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana”, instrumento para o desenvolvimento dos seus membros (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 36-37).

A família pode ser compreendida, conforme verificado no Código Civil (CC), em sentido amplíssimo, amplo ou restrito, conforme explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 44-45). Em sentido amplíssimo, a família é um núcleo afetivo, composto por diferentes pessoas, inclusive terceiros agregados, como empregados domésticos. Em sentido amplo, família é formada por pessoas que decidem se unir afetivamente e seus parentes. Já em sentido restrito, família é o conjunto de pessoas unidas afetivamente e sua prole, se houver.

Ainda, de acordo com Ana Carla Harmatiuk Matos (2000, p. 9-10), existem três modelos de organização familiar: família patriarcal, família nuclear e pós-nuclear. A patriarcal é aquela família matrimonializada e legítima, em que há um chefe. Na família nuclear o pai é o provedor do sustento da família, enquanto que a mulher deve cuidar do marido, dos filhos e da casa. Já na família pós-nuclear, a mulher trabalha para o sustento da família, onde há um único filho, cuja paternidade é atribuída a um doador de material genético. O modelo de família e sua função para a sociedade depende dos valores do seu tempo e de interesses de uma determinada classe, em um momento histórico, mas percebe-se que, no modelo jurídico brasileiro, sempre existiram dispositivos discriminadores da condição feminina.

### 2.1.1 Função social da família

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 62) acreditam que a família, em decorrência da constitucionalização do Direito Civil, passou por um processo de funcionalização, passando a ter função social, assim como diversos outros institutos do Direito Civil, como a propriedade.

Lara Almeida (2008, p. 81-82) afirma que funcionalização é a atribuição de um poder-dever a um instituto ou indivíduo, cuja satisfação interfere na esfera dos direitos de terceiros, garantindo uma ordem jurídica e social mais justa, diante de um equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos. Quanto à função social da família, assevera ser a viabilização do desenvolvimento dos membros, afim de propiciar uma dignidade mínima para a pessoa humana, material e moralmente. Corresponderia à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da afetividade, que serão vistos no próximo tópico.

A autora (2008, p. 82) relata que, no Brasil, a função social da família surgiu a partir da Constituição Federal de 1988, elevando-a à categoria de direito fundamental, não de forma expressa, mas concluída através de uma hermenêutica constitucional, embasada nos princípios fundamentais. Ao pensar sobre a função social da família então, deve-se remeter às mudanças de paradigmas nos institutos do Direito de Família, que não devem ser mais vistos sob uma visão individualista e patrimonial, mas sim com o foco na pessoa humana.

A família teria a função de propiciar a realização dos projetos pessoais de vida de cada um dos seus membros, a estabilização da existência da pessoa humana. “A família deve existir em função dos seus membros” e não os membros em função de permanecer eternamente em uma família, por determinação cultural, religiosa e legal, como fora outrora (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 63).

Acrescentam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 37-38) que a função social da família é ser um meio de transmissão de cultura e formação dos membros da família. A proteção que se busca é da pessoa humana que vai acarretar no cuidado com a família e vai garantir proteção a todos os arranjos familiares, pois o Estado brasileiro tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988).

Ana Carla Matos (2000, p. 106) afirma que a família possui a função de promover o desenvolvimento da personalidade dos seus membros, buscando a realização de cada um. Trata-se de núcleo de apoio e solidariedade. A família, segundo Lara Almeida (2008, p. 87), não é mais um instituto que tem por função a sua manutenção própria, mas sim de ser um local de

afetividade e tutela dos seus membros, passando a ser vista atualmente como instrumento, não mais como instituição. As famílias que cumprem a sua função social são classificadas como eudemonistas, que serão entendidas em outro tópico.

Do ponto de vista da coletividade, a função social da família seria, segundo entendimento de Maurício Passos (2008, p. 26-27) “instruir o indivíduo com o fim de, para dizer o mínimo, ter a possibilidade de ser ‘produtivo’ na sociedade”, ou seja, exerçam atividades produtivas e possuam valores que tornem a sociedade sustentável, compatíveis com a cultura em que vivem. A função social mudaria então de acordo com a cultura e a época em que a família vive, mas deve garantir a plena realização moral e material de seus membros, em prol de toda a sociedade.

Adriana Maluf (2010, p. 58-59), contudo, acredita que as funções da família têm sido esvaziadas ao longo do tempo, principalmente em decorrência da mudança para um Estado de bem-estar social. A promoção da educação e da saúde, bem como a assistência aos indivíduos e sua segurança, são de competência do Estado, o ensino da religião foi transferido para as instituições religiosas, restando apenas a função de viabilizar a formação e socialização dos membros.

Com o devido respeito, discorda-se, no entanto, do entendimento da autora, pois, em tempos em que a sociedade vivencia diversas desavenças e atrocidades, afastando-se o Estado do seu papel de propiciador de bem-estar social para todos, faz-se necessário que as famílias estejam mais presentes nas vidas dos seus membros, ensinando os valores que acreditam serem os adequados a serem seguidos, ampliando o papel das famílias com o cuidado dos seus membros e da sociedade. O Direito tem o papel de regulamentar os institutos e atuações dos membros das famílias em sociedade, mediante a observação da realidade. Para tanto, dispõe de normas e princípios que devem servir de guias para a conduta humana, sendo alguns deles vistos a seguir.

### **2.1.2 Princípios constitucionais aplicáveis à família**

Em decorrência dessa nova concepção de família, entende-se que princípios gerais e específicos se aplicam ao Direito de Família. Princípios, segundo Robert Alexy (2015, p. 90; 93-94), “são normas que ordenam que algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...], mandamentos de otimização. Quando há colisão entre princípios, é realizado um sopesamento de interesses e um terá precedência sobre

o outro, a depender da situação, não sendo o outro considerado inválido. Em outro momento, o cedente pode prevalecer sobre o que foi considerado como de maior peso antes.

Sobre a aplicação dos princípios ao Direito de Família, cada autor apresenta os que acreditam serem os mais importantes, não sendo possível encontrar um consenso entre eles. Esse trabalho adotará, em conjunto, as classificações dos autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho e Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, que apresentam como princípios gerais o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, e como específicos, os princípios: da afetividade; da solidariedade familiar; da proteção ao idoso e da plena proteção das crianças e adolescentes; da função social da família; da convivência familiar; da intervenção mínima do Estado no Direito de Família; da pluralidade das entidades familiares, e do planejamento familiar e da responsabilidade parental. No entanto, os princípios da solidariedade, da proteção do idoso e da criança, e do planejamento familiar não serão abordados neste trabalho por não serem relevantes para a discussão do tema em questão. Sobre a função social, já foi abordada no subtópico anterior.

#### *2.1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana*

Rodrigo da Cunha Pereira (2016, p. 117) diz que a dignidade da pessoa humana se trata de direito inerente ao ser humano de ter uma vida digna e remete a sua primeira aparição à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Sua positivação nas constituições democráticas que surgiram foi decorrente de lutas políticas, e de uma busca por liberdade e igualdade, no pós-guerra. Ricardo Maurício Soares (2013, p. 47) afirma que a dignidade é um valor que surge da experiência de cada cultura humana, em decorrência do local e da época em que se vive.

O princípio da dignidade da pessoa humana “importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo”, abarcando condições materiais de subsistência e de preservação de valores. É meio de garantir justiça substancial, irradiando sobre todo o sistema jurídico por ser princípio basilar do ordenamento brasileiro (SOARES, 2013, p. 46-47; 52). Garantir essa dignidade de cada um dos membros da família é justamente a função social da família.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 76), o princípio da dignidade da pessoa humana é a maior conquista do Direito brasileiro, significando o respeito “à existência

humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”, sem intervenção de outro particular ou do Estado. A dignidade garante o respeito ao indivíduo, em sua esfera individual e nas relações sociais que estabelece, estando nestas inclusas as relações estabelecidas dentro da família. Para os autores (2015, p. 79), para que esse princípio se aplique de fato é necessária a aplicação da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que será explanada em outro tópico.

Concordando com os autores acima, Lara de Almeida (2008, p. 76) afirma que consiste no princípio máximo do ordenamento jurídico brasileiro e dele derivam todos os demais, pois limita atos estatais, que não devem violar a dignidade, e também indica como deve o Estado atuar, propiciando condições mínimas de uma vida digna. No Direito de Família, proporcionar dignidade para os membros significa não dar tratamento diferenciado aos diferentes tipos de filiação nem aos modelos de famílias. Para Rodrigo da Cunha Pereira (2016, p. 121), a dignidade dentro da família implica na “legitimação e a inclusão no laço social de todas as formas de família, respeito a todos os vínculos afetivos e a todas as diferenças”, validando a autonomia e liberdade dos membros.

Sendo assim, a dignidade engloba a efetivação das potencialidades do ser humano, estando nestas incluídas direitos fundamentais deste, do trabalhador, como convívio familiar e lazer, conforme será abordado no ponto 2.3. Ainda, para uma aceitação das diversas modalidades de famílias existentes e, conseqüentemente, para o surgimento de uma sociedade mais justa e harmônica, faz-se necessária a implementação do princípio da dignidade humana no mundo real.

#### *2.1.2.2 Princípio da igualdade entre homem e mulher e entre os filhos*

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 10-11;18), a igualdade é norma voltada para o legislador e para o aplicador do direito. A lei não deve ser determinadora de privilégios para uns e não para outros, devendo tratar os cidadãos de maneira equitativa (igualdade formal). Deve haver tratamento desigual, no entanto, diante de pessoas diferentes, mas sem promover esse tratamento por motivos injustificáveis. O problema seria determinar quem são os iguais e quem são os desiguais, sem ferir a isonomia, e quando pode a própria lei discriminar. Tais aspectos mais profundos do direito fundamental à igualdade serão discutidos no capítulo 3 desse trabalho.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 96; 98-99) explicam que a CF/88 proíbe o tratamento jurídico diferenciado entre pessoas que estejam na mesma condição (igualdade formal), mas diante de um motivo que justifique um tratamento diferenciado, deve haver o tratamento desigual (igualdade material ou substancial). A consagração do princípio da igualdade é a superação do caráter patriarcal das famílias.

A igualdade dentro da família implicou em um grande avanço, visto que reconheceu a igualdade entre homens e mulheres. O sexo feminino sempre foi entendido como inferior ao masculino, com legitimação no ordenamento jurídico, mas a CF/1988 equiparou os direitos e deveres entre os homens e mulheres, dando um passo nessa luta. A igualdade, no entanto, não pode ser apenas formal, ou seja, expressa no texto da lei, devendo ser materialmente presente na sociedade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 79).

A CF/1988 traz essa determinação nos seus artigos 5º, I, 226, §5º e 227, enquanto o CC/2002 traduz essa pretendida igualdade entre sexos nos seus artigos 1.511 e 1.565, bem como trata da igualdade entre os filhos havidos ou não no casamento, adotados ou biológicos. Sendo assim, não é mais possível a distinção entre relações e filhos legítimos ou ilegítimos.

Afirmam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 110-111) que essa igualdade entre os filhos havidos ou não no casamento, ou por adoção, proibindo qualquer discriminação quanto à sua filiação, é medida concretizadora do princípio da dignidade humana. E Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 83) acreditam que a guarda compartilhada é uma consequência desse princípio da igualdade, pois prevê que tanto o pai como a mãe possuem os mesmos direitos e obrigações decorrentes do poder familiar.

### *2.1.2.3 Princípio da afetividade*

Trata-se de norma específica do atual Direito de Família, que é baseado na afetividade. Toda pessoa tem direito a afeto, ao amor, e esse princípio é meio jurídico de garantir a felicidade entre os membros da família, visto que implica no compartilhamento de afetos e carinhos, bem como do cuidado recíproco. Essa é a concepção da família eudemonista, que busca a felicidade dos integrantes da família, tirando de foco o aspecto patrimonial. O afeto, no entanto, não deve se restringir aos membros de uma família, mas deve envolver outras famílias e atingir a sociedade como um todo (ALMEIDA, 2008, p. 79). Para que haja esse compartilhamento de

afeto, é preciso, no entanto, que os membros das famílias convivam com seus familiares, princípio que será visto posteriormente.

A família passou a se vincular por questões afetivas, em detrimento de motivações econômicas. O afeto familiar pode ser conjugal ou parental e é necessário para que uma entidade familiar exista: são os laços afetivos que aproximam e viabilizam a comunicação entre os membros, mesmo daqueles que estão distantes no tempo e no espaço. Mas o afeto não é elemento único para que uma família exista, é preciso haver ostensibilidade (reconhecimento pela sociedade) e estabilidade (comunhão de vida). Uma consequência desse princípio é a possibilidade da parentalidade afetiva, ou seja, decorrente não de aspectos biológicos ou sanguíneos, mas sim de uma escolha baseada no amor (PEREIRA, 2016, p. 217-219).

Ainda, acrescenta Rolf Madaleno (2013, p. 385; 387) que o filho tem a necessidade e o direito de ser acolhido social e afetivamente pelos pais, assim como estes têm o dever de acolhe-lo, pois assim promoverão o desenvolvimento moral e psíquico da sua prole. Recusando aos filhos esse cuidado, estará cometendo ilícito civil, gerando então o dever de indenizar a dor e prejuízos morais que seus filhos podem ter sofrido em decorrência da sua ausência e rejeição imotivada. “Amor e afeto são direitos natos dos filhos, que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante”.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou, no dia 24 de abril de 2012, o recurso especial de nº. 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), trazendo inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, pois concedeu o direito à indenização à uma filha, em decorrência de abandono afetivo pelo pai. Este interpôs embargos de divergência contra essa decisão da terceira turma, porém a segunda seção do STJ rejeitou seu cabimento por entender que os julgados conflitantes apresentados não podem ser comparados (BRASIL, 2012a, p. 1). Trata-se de decisão valiosa na concepção de famílias baseadas em laços afetivos, e que portanto, ensejarão na busca por momentos de convivência entre os familiares, viabilizados pela conciliação da vida profissional e familiar, como se verá adiante.

#### *2.1.2.4 Princípio da convivência familiar*

Pais e filhos devem viver em família, permanecendo juntos, exceto em casos em que se justificam pelo melhor interesse do menor, como nos casos de adoção. A falta de recursos

materiais por si só não justifica a separação de um filho do seus pais, conforme art. 28, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ampliando tal entendimento, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 105) acreditam que o convívio familiar deve ser viabilizado para outros parentes com os quais o menor possua vínculos de afetividade, não apenas pais e filhos, como os avós, tios e irmãos, por exemplo. Tal entendimento é corroborado pelo artigo 100, do projeto de lei nº 2.285/2007.

Criticam os autores (2015, p. 104-105) que apenas viabilizar o convívio dos pais com os filhos de nada adiantará se não forem elaboradas políticas públicas de auxílio para as famílias carentes, sendo necessária a atuação de uma equipe multidisciplinar que auxilie na realização pessoal e social do menor.

Paulo Lôbo (2017, p. 184) trata do direito à convivência diante da separação dos cônjuges ou companheiros, devendo o interesse do menor prevalecer diante de possíveis conflitos entre os pais. Não deve a criança ter que escolher entre um dos seus pais, ela tem direito de ter contato com suas duas linhagens de origem. O direito à guarda converteu-se em direito à convivência, pois traz uma ideia ultrapassada de posse sobre a criança. O juiz deve assegurar esse direito. Deve-se dar preferência ao que os pais acordam, mas deve o juiz verificar se efetivamente o melhor interesse do menor foi alcançado, além de poder suspender ou alterar a modalidade de guarda escolhida.

A Lei nº 13.058/2014, no entanto, impõe a obrigatoriedade da guarda compartilhada, só não sendo esta escolhida se um dos pais declarar que não deseja a guarda do menor; deve ela ser imposta até mesmo quando não se chega a um acordo. A lei anterior falava apenas de uma preferência da guarda compartilhada sobre a unilateral. A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais, assegurando a coparentalidade e a corresponsabilidade dos genitores, demonstrando uma busca pela igualdade entre os genitores diante dos seus filhos (LÔBO, 2017, 187-189).

Essa mudança em prol de um convívio entre os pais e os filhos é reflexo da evolução do conceito de família, ideia que viabiliza a concretização do princípio da convivência. No entanto, a legislação brasileira contempla apenas um dos muitos aspectos que abarcam o direito à convivência, demonstrando estar muito atrasada em relação à legislação de outros países. A convivência poderá ser efetivada mediante a concretização da conciliação da vida familiar com a vida profissional, por exemplo, direito que será tratado com maiores detalhes no capítulo 4.

#### *2.1.2.5 Princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família*

Ao Estado não cabe intervir na família, mas apenas tutelar seus membros e dar garantias, suprindo alguns quesitos que a família não possa oferecê-los, como saúde e educação. O Estado atua então apenas fornecendo apoio e assistência, quando assim a família optar, e não intervindo na esfera privada dos integrantes da família. Havendo, no entanto, ameaça ou lesão aos direitos de qualquer um dos membros, poderá o Poder Judiciário intervir (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 105-106).

A aplicação do princípio da mínima intervenção estatal vincula-se à autonomia privada, gerando uma discussão entre os limites entre o público e privado. São os integrantes da família que devem ditar o seu próprio regramento, devendo a sociedade e o Estado respeitarem. Com a mudança do Estado absolutista e depois liberal, para um Estado de bem-estar social, ocorreu, como exposto, uma despatrimonialização da família, tendo o indivíduo ocupado o centro das discussões (PEREIRA, 2016, p. 184-185).

Essa nova família contemporânea, segundo Rodrigo Pereira (2016, p. 186-189), embasada na afetividade e na solidariedade, não mais admite a intervenção do Estado, devendo este intervir apenas para viabilizar a tutela e concessão de garantias para os membros das famílias, viabilizando a manutenção desta. O autor ainda entende que a intervenção estatal só deve acontecer quando for um meio de garantir a realização pessoal dos indivíduos que compõem a família, mas pode-se localizar na legislação atos de intervenção excessiva do Estado nas relações familiares, como por exemplo quando impõe o regime de separação de bens para aqueles com idade superior a 70 anos que decidirem se casar.

Como já visto, é responsabilidade da família ser um meio de transmissão de valores, cultura e de formação dos seus membros, cumprindo a sua função social. Cabe ao Estado, secundariamente, criar e viabilizar medidas que proporcionem a presença dos familiares nas vidas dos seus membros, proporcionando um desenvolvimento físico e emocional adequados.

#### *2.1.2.7 Princípio da pluralidade das entidades familiares*

O princípio da pluralidade das formas foi primeiramente previsto na Constituição de 1988, quando houve um rompimento com o modelo familiar tradicional, patriarcal e patrimonial, ao

prever a possibilidade de famílias monoparentais e formadas através da união estável. Acredita-se que, apesar de a CF/88 não ter elencado todas as modalidades de famílias, no art. 226, concedeu-lhes tutela, ao retirar a parte do texto da Constituição anterior que afirmava que a família deveria ser constituída através do casamento. A exclusão das novas modalidades familiares então não ocorreu em decorrência da CF/88, mas sim da interpretação que se fez sobre o artigo. Ao garantir os direitos fundamentais de liberdade, igualdade e, sobretudo, dignidade de todas as pessoas humanas, está a CF/88 tutelando também todos os tipos de famílias, enquanto seres humanos (PEREIRA, 2016, p. 197-200).

Além disso, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 76-77), a tutela das diversas modalidades de família decorre do alargamento constitucional do conceito de família, ao reconhecer famílias não casamentárias. É a família que merece a proteção do Estado e não o casamento, que nada mais é que uma solenidade, uma tradição em determinadas culturas. Sendo assim, os autores entendem que o rol do art. 226, CF/88 não é taxativo, ampliando a tutela estatal a todas as entidades familiares baseadas no afeto.

Cabe ao Estado a proteção de todas as modalidades de famílias, em decorrência desse princípio da pluralidade das entidades familiares, mas também do princípio da dignidade humana, (art. 1º, III, CF/88), da não discriminação (art. 5º, CF/88) e igualdade substancial (arts. 3º e 5º, CF/88). As famílias homoafetivas já foram reconhecidas no Superior Tribunal Federal (STF), em sede de controle concentrado (ADIIn 4277/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.11, DJe 14.10.11) (CHAVES; ROSENVALD, 2017, 78-79; 85; 88; 93).

A família contemporânea é baseada em fenômenos culturais, conforme orienta Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 33-34), e, portanto, não há um modelo familiar uniforme, sendo ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos. Para Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 17-18), família abarca todas as pessoas ligadas por laços sanguíneos, pela afinidade e pela adoção. Destarte, algumas entidades familiares serão abordadas no próximo tópico, sabendo-se que outros modelos familiares existem e podem vir a surgir novos que merecerão tratamento igual, onde a busca pela dignidade da pessoa humana deva prevalecer.

## 2.2 MODALIDADES DE FAMÍLIA

De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 226, a família é a base da sociedade. É conceito indeterminado, que Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 73-74) entendem

como uma cláusula geral de inclusão, ou seja, são as sociedades, de acordo com o tempo e o espaço, que determinarão os modelos familiares. As famílias são formadas por pessoas unidas por laços afetivos com objetivo de permanência em grupo e todas terão a proteção do Estado; os autores classificam esse tipo de família, que busca a felicidade pessoal e profissional de cada membro, como uma família eudemonista.

Neste mesmo artigo, a CF lista três tipos de família: a matriarcal, a decorrente de união estável e a família monoparental. Os autores (2017, p. 74) defendem não se tratar de rol taxativo, visto que se outras modalidades familiares não fossem consideradas família, estariam desprotegidas da tutela estatal, indo de encontro com princípios basilares, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Achar que o legislador restringiu os modelos familiares em decorrência de uma interpretação de um artigo é um erro, indo de encontro ao que a CF/88 defende ao longo dos seus outros artigos.

Concorda com tal ideia Ana Carla Matos (2000, p. 112-114), afirmando que a CF apenas exemplificou algumas possibilidades de famílias. O legislador não deve ter a pretensão de completude, deve o sistema jurídico ser aberto, viabilizando enquadrar as transformações que ocorrem na sociedade, visto que os modelos contemplados na atualidade, em uma lei, possivelmente serão modificados em breve.

A jurisprudência aproxima o ordenamento jurídico da realidade fática. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 35, por exemplo, afirma que a concubina (atual companheira) terá direito a ser indenizada, em caso de morte por acidente de trabalho. O regulamento do Imposto de Renda admite a possibilidade de o contribuinte abater da sua declaração os encargos com a família do (a) companheiro (a). As disposições sobre a previdência social também atuam baseadas na realidade fática dos diversos modelos de famílias atuais (MATOS, 2000, p. 76-79).

Grande retrocesso, no entanto, está sendo proposto pelo Projeto de Lei nº 6.583/2013, de autoria do deputado Anderson Ferreira (PR/PE), que iniciou na Câmara dos Deputados, denominado Estatuto da família (no singular). No momento, encontra-se aguardando deliberação do recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Em seu artigo 2º, afirma que “define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Estará, desta forma, excluindo todas as entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo e aquelas não decorrentes do casamento, da união estável e as monoparentais. Sua

aprovação, no entanto, trata-se de inconstitucionalidade, visto que vai de encontro ao decidido pelo STF, que reconheceu proteção às famílias homoafetivas. Na sequência, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que é possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo (REsp. 1.183.378/RS).

No entanto, em consonância com o que é entendido como família por esse trabalho, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 470/2013, denominado Estatuto das Famílias (no plural), de autoria da Senadora Lídice da Mata (PSB/BA), que busca a inclusão de outras modalidades familiares no conceito de “família”. Houve audiência pública no mês de agosto do presente ano e solicitou-se agilidade na apreciação e aprovação do referido projeto. Em seu artigo 3º, afirma que “É protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram”, viabilizando a aceitação e tutela de todas as possíveis entidades familiares. Essa aceitação e proteção viabilizaria a concessão de direitos a todas as modalidades familiares, proporcionando uma maior convivência entre os seus membros, mediante a geração de medidas protetivas estatais; algumas medidas que podem viabilizar a conciliação entre a vida familiar e a laboral serão tratadas no capítulo 4.

O conceito de família evoluiu, abarcando diversas realidades que antes causavam desconforto aos seus membros por não estarem vivendo de acordo com a lei, e, portanto, com a aceitação da sociedade. Como defendido por esse trabalho, família “é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes” (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 45), não sendo possível então a discriminação de outros modelos familiares que existem de fato na sociedade atual, conforme veremos a seguir.

### **2.2.1 Família matriarcal**

A família matrimonializada ou matriarcal é aquela decorrente do casamento. Foi criada pelo Estado e pela Igreja como meio de limitar o livre exercício sexual entre as pessoas, baseados em padrões meramente morais e patrimoniais. Impôs uma união apenas entre homens e mulheres, com o fim de procriação e indissolúvel, o que acabou fazendo com que o legislador apenas reconhecesse esse único tipo de união (DIAS, 2015, p. 134).

Era considerada a única família legítima e, portanto, tinha privilégios e proteção gozados apenas por esses membros. O casamento era entendido como o envolvimento de um homem e uma

mulher para a vida toda, com fins de ajuda mútua e de reprodução. A noção de procriação foi afastada, pois pode-se ter filho sem estar casado, e estando casado, o casal não precisa obrigatoriamente ter filhos. A ideia de o casamento ser eterno também foi desfeita com a possibilidade expressa do divórcio. Ainda, por entendimento dos Tribunais Superiores, a diversidade dos sexos não é mais requisito para que um casamento possa acontecer (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 170; 173-174).

Os autores (2017, p. 176) definem casamento como sendo “uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas [...] constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial”. Mas, com a CF/88, como já dito, a família foi pluralizada, viabilizando o reconhecimento e proteção de outros arranjos familiares.

Camilo Colani Barbosa (2006, p. 20-22) defende que a noção de casamento sofre alterações de acordo com os processos sociais de adaptação, podendo ser definido como: entidade biológica-reprodutiva, entidade social e entidade jurídica. A família refere-se às relações biológicas, religiosas, sociais e jurídicas, implicando na transmissão de semelhanças genéticas.

Paulo Lôbo (2017, p. 104) afirma que há divergência doutrinária quanto a natureza jurídica do casamento, com uma corrente defendendo a natureza contratual, visto que depende do consentimento dos nubentes, outra, a natureza institucional, porque as normas públicas devem ser seguidas pelos envolvidos e ainda existe uma terceira parcela da doutrina que defende que o casamento seja um contrato especial do Direito de Família.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 117-118), casamento é contrato especial do Direito de Família, que depende de consentimento, e possui seu próprio regramento e consequências. Através dele, “os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim a realização de seus projetos de vida” (p. 119). Hoje, seu principal objetivo é buscar o bem-estar dos seus membros e não mais manter a sua estabilidade em detrimento dos interesses individuais.

O casamento deriva de um sistema socialmente organizado, baseado em regras formais de cunho religioso. O casamento era utilizado como um meio através do qual se juntavam patrimônios, na Idade Média, assim como se propagava a religião. Com o advento do cristianismo, o casamento passou a ser entendido como o fundamento da sociedade e era o único meio aceito de criação de uma família, um sacramento indissolúvel. Tudo que era contrário à

Igreja deveria ser combatido, o que gerou preconceito e marginalização dos outros modelos de família já existentes na época, que repercute na intolerância vivida nos dias atuais (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 112-114),

Acrescentam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 170-171), que, durante o Código Civil de 1916, a família decorrente do casamento era a única que gozava de proteção e direitos, por ser legítima. Outras entidades familiares eram ilegítimas, adulterinas e não mereciam a proteção estatal. Ainda, era o casamento eterno, pois “o que Deus uniu, o homem não separa”, até o advento da Lei do Divórcio, em 1977. Mas, o casamento se desvinculou da Igreja, passando a ser instituto jurídico, com a Reforma Protestante e o advento da República, quando o Estado foi laicizado. Hoje, perdeu sua exclusividade, convivendo com outras formas de vinculação afetiva, e continua sendo merecedor de tutela do Estado, apesar de o foco da legislação estar no membro da família, na sua dignidade, igualdade, liberdade e realização.

Apesar das diversas mudanças no entendimento sobre o casamento matrimonializado, Maria Berenice Dias (2015, p. 135-136) acredita que ainda existem muitas exigências a serem cumpridas pelos nubentes na celebração do casamento. A legislação impõe regras e comportamentos previamente ao estabelecimento do enlace, compondo um contrato de adesão, onde os nubentes só se casam quando aceitam os termos impostos pelo Estado, só podendo eleger seu regime de casamento.

O casamento é ato complexo que depende da vontade dos nubentes e da adesão destes ao conjunto de regras impostas pelo Estado, devendo ser estabelecida entre os cônjuges uma comunhão plena de vida, embasada na igualdade de direitos e deveres entre os envolvidos (LÔBO, 2017, p. 105). Dessa forma, é meio onde se impõe a aplicação do princípio da igualdade, que será discutido no capítulo seguinte, bem como de garantir a participação dos pais e filhos na vida familiar, exigida para uma convivência harmônica, conforme se verá adiante e, mais detalhadamente, no capítulo 3.

### **2.2.2 Família monoparental**

Outro arranjo familiar reconhecido expressamente pela Constituição Federal e descrito por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, 85-86) é a família monoparental, que é aquela formada por ascendentes e descendentes. São pessoas sozinhas, mãe ou pai, que vivem com seus filhos. Das famílias monoparentais decorrem importantes consequências, como o estabelecimento de guarda, visitas e alimentos. Os autores defendem que esse tipo de família

deveria ter proteção diferenciada, em decorrência de possuírem estrutura endógena mais fragilizada, já que suportam sozinhos os encargos de cuidar de um descendente ou ascendente.

Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 21) descreve que a monoparentalidade sempre existiu, mas tem ganhado maior destaque nas duas últimas décadas, quando mais divórcios começaram a acontecer, que é uma das causas do fenômeno. Em pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o Brasil registrou 341,1 mil divórcios em 2014, e 130,5 mil registros em 2004. Houve um aumento de 161,4%, segundo a pesquisa Estatísticas do Registro Civil 2014 (BRASIL, 2015, p. 1).

Para entender essa conceituação, é preciso entender o que é uma entidade monoparental e quais são os filhos que a compõem. Alguns entendem que é preciso que o filho seja dependente: na Suécia, a dependência tem limite até os 16 anos de idade; na Suíça e Estados Unidos, 18 anos; na Inglaterra, a dependência ocorre até o momento do desenvolvimento de uma atividade rentável pelo filho. Além disso, há discussão sobre se as famílias monoparentais se limitam àqueles indivíduos que vivem sozinhos, em um mesmo lar, ou se abarcariam também aqueles indivíduos que moram com outras pessoas, como é o caso de uma mãe e filha que vão morar na casa dos avós do menor. Essa diversidade de entendimentos torna ainda mais difícil a compreensão do fenômeno (LEITE, 2003, p. 21-23).

Para Maria Berenice Dias (2015, p. 139), trata-se de entidade familiar sem conotação sexual, onde vínculos familiares são constituídos por um dos genitores e seus filhos, tendo havido omissão do legislador quanto aos seus direitos, mesmo compondo essa modalidade 1/3 das famílias brasileiras.

Paulo Lôbo (2017, p. 81) sinaliza que a legislação limitou a monoparentalidade aos descendentes de primeiro grau, não constituindo família monoparental a relação estabelecida entre um avô e um neto, por exemplo. Quando o filho atinge a maioridade ou são emancipados, deixa de existir o poder familiar e por consequência a família monoparental, restando a existência de relações de parentesco.

Eduardo Leite (2003, p. 25) afirma ser necessária uma tutela mais intensa desse modelo de família, concordando com Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal (2017), em decorrência do seu crescimento numérico, dos problemas jurídicos dela decorrente, como pensão alimentícia, direito de guarda e visita e divórcio, bem como dos problemas de ordem econômica, como a falta de qualificação e de emprego para um dos pais, e ainda o fato de a criança poder ter o seu futuro comprometido.

Como fatores determinantes da monoparentalidade tem-se o celibato, o divórcio, a união livre, a existência de mães solteiras e a viuvez, segundo Eduardo Leite (2003, p. 33). Além desses, outros fatores podem ser responsáveis pela formação de uma família monoparental, como o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, controle da concepção e mudanças na legislação civil. No Brasil, os divórcios vinham ocorrendo antes mesmo da promulgação da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), tendo a lei apenas regularizado o que já ocorria na realidade, não gerando um aumento no número de divórcios após a sua entrada em vigor. O aumento da sua ocorrência teve relação com mudanças na sociedade, como o movimento feminista, a revolução sexual e a precarização dos casamentos (LEITE, 2003, p. 33; 36-38).

Como visto, as mudanças sociais e a condição financeira fizeram com que as mulheres entrassem no mercado de trabalho, propiciando mudanças no conceito de família e nas leis, que têm tentado acompanhar as mudanças ocorridas na realidade. Essa nova condição sinaliza a importância de elaboração de mecanismos para viabilizar uma maior convivência entre os membros que compõem a família, através de uma conciliação entre a vida familiar e a profissional, conforme se verá no capítulo 4.

### **2.2.3 Família anaparental**

Outro tipo de família é a anaparental, formada por irmãos que moram juntos. Como não há ancestralidade, não se pode incluí-las nas famílias monoparentais, sendo, portanto, arranjo diferente. Nelas também há incidência de efeitos jurídicos previstos em lei, além de imposição de deveres e direitos (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 88).

Essa expressão surgiu na doutrina através de Sérgio Resende de Barros (2003, p. 4), que afirma ser a família formada por grupo de irmãos sem ascendente. Trata-se também de modalidade de família, pois o que define o núcleo familiar é o ânimo subjetivo de formarem uma unidade familiar, o afeto e a busca pela realização dos membros da família (BORGES, 2014, p. 3).

Ingrid Lisboa (2016, p. 38-39) acredita que, apesar de esse arranjo familiar não ter sido consagrado expressamente na Constituição Federal, já há aceitação da família anaparental em decorrência da pluralidade de modelos familiares, mas a maior resistência reside no reconhecimento da família anaparental socioafetiva, isto é, aquela formada a partir do afeto e da convivência de dois indivíduos que decidiram morar juntos, como se irmãos fossem. A autora defende que tanto o vínculo biológico (irmãos que moram juntos) como o vínculo

socioafetivo (amigos, por exemplo, que resolvem morar juntos) devem ser reconhecidos como formadores da relação de parentesco.

Na concepção de Maria Berenice Dias (2015, p. 140), parentes ou pessoas sem vínculo de parentesco impõem o seu reconhecimento como família anaparental, merecendo todas as proteções legislativas, concordando com o entendimento de que essa modalidade familiar pode ser tanto decorrente de uma relação biológica quanto afetiva.

Visando o aumento de possibilidades de contato entre as pessoas que afetivamente figuram como se familiares fossem uns para os outros, acredita-se ser uma iniciativa de grande valia o enquadramento desse agrupamento em uma modalidade familiar, pois garante a ela a proteção estatal. O conceito de família pós-moderno abarca essa modalidade, visto que há presença de vínculo afetivo entre os envolvidos.

#### **2.2.4 Família formada pela união estável**

A união estável ou companheirismo é outro meio de se concretizar a formação de uma família. Trata-se de uma situação de fato existente entre pessoas de sexo diferentes, desimpedidas de casar, mas que preferem viver juntos, como se casados fossem, sem as formalidades legais. Deve haver uma convivência pública, contínua e duradoura, visando a constituição de uma família. Não há qualquer menção a um prazo temporal para que a união estável se efetive e também não há determinação de que convivam na mesma casa, sendo possível que morem em locais diferentes, desde que mantenham o ânimo de constituir família (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 472-474).

Para Maria Berenice Dias (2015, p. 241-242), a união estável nasce da convivência e não necessita de manifestação de vontade dos envolvidos, chamados companheiros. No entanto, por estar regulamentada, tem ganhado contornos similares ao casamento, deixando de ser uma união livre para ser uma união presa ao regramento estatal. A contradição está justamente no fato de que quem busca a união estável o faz porque não quis o casamento.

Atualmente, conforme Rolf Madaleno (2013, p. 1105-1107), há um ambiente bastante propício para a constituição familiar através da união estável por ser ela informal e pela ausência de custo para a sua constituição. Não pode permanecer em união estável, entretanto, aquele que não pode casar-se, podendo esta ser convertida em casamento a qualquer tempo (art. 226, §3º,

CF c/c art. 1726, CC/02). O autor acredita que a união estável pode acontecer entre pessoas do mesmo sexo, divergindo do conceito apresentado pelos autores acima.

Adequando-se a esse entendimento, Paulo Lôbo (2017, p. 158) define união estável como sendo uma “entidade familiar constituída por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento” que precisam ter um projeto de vida comum, além de ter caráter notório, público e estável.

A união estável merece proteção estatal assim como o casamento, pois o que se visa é a tutela dos membros das entidades familiares e não o instituto jurídico chamando casamento. São modelos familiares diferentes (e não querem ser iguais), mas ambos gozam de efeito protetivo para seus integrantes. A união livre sempre existiu. Na antiguidade, tanto na Grécia como em Roma, a união entre homens e mulheres sem casamento não era condenada e acontecia entre pessoas importantes da época, consideradas de grande moralidade. No Brasil, nunca foi considerada crime a união de duas pessoas que não pelo casamento, mas não havia reconhecimento das suas consequências no Direito de Família, já que não se tratava de família (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 452; 455; 459).

Entretanto, como não era permitida a dissolução do casamento, muitas pessoas começavam a viver com outras livremente, diante da impossibilidade de um novo casamento acontecer. Estas pessoas foram chamadas de concubinas. Concubinato significava a união entre um homem e uma mulher sem que fossem casados, isso porque ou eram impedidos ou optavam por essa condição. Eram chamados de sociedade de fato e a eles o Estado não tutelava por não serem considerados uma família. A união estável se distingue de sociedade de fato, pois esta só ocorre quando as partes envolvidas adquirem patrimônio em decorrência de esforço comum, o que impõe a partilha em caso de sua dissolução, enquanto que união estável decorre do envolvimento de pessoas de sexos diferentes, não casadas, mas desimpedidas, que convivem sem formalidades e com intenção de constituir família (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 459-465).

O conceito de concubinato é depreciativo, pois implicava a prática de relações imorais e ilícitas, o que fez com que a união estável atravessasse um caminho de muita discriminação e desconsideração legal até ser reconhecida constitucionalmente. As mulheres foram as mais estigmatizadas porque eram sustentadas pelos maridos quando casadas e impedidas de trabalhar, como exposto anteriormente (LÔBO, 2017, p. 159).

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 411-416) descrevem o percurso que as uniões livres passaram ao longo da história até serem aceitas e respeitadas constitucionalmente. Inicialmente, qualquer tentativa de constituição de uma família que não pelo casamento era desprezada e sofria repulsa da sociedade. Não era considerada uma família e por isso não era tutelada pelo Direito. Em seguida, passou a união estável a ser tolerada pela sociedade porque era um fato da vida, passando a ter o concubinato alguns direitos reconhecidos pelo Direito Previdenciário, como direito a aposentadorias, pensões e caixa de aposentadoria diante da morte de companheiro ex-combatente, bem como indenização por morte por acidente do companheiro.

Na sequência, os autores (2015, p. 417-418) afirmam que o efetivo reconhecimento do concubinato como um fato jurídico ocorreu em decorrência da jurisprudência, que aproximou os efeitos patrimoniais decorrentes do casamento ao concubinato, diante da comprovação de esforços conjuntos e na proporção que tivessem contribuído. Viabilizou-se a ação indenizatória por serviços domésticos prestados para a mulher que vivesse em concubinato. Somente com a CF/88 é que a união livre passou a ter prestígio constitucional, ao ser elencada como entidade familiar em seu texto.

Após a Constituição, as Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996 tentaram criar um estatuto mínimo da união estável, estabelecendo alguns requisitos que deveriam estar presentes para que fosse estabelecida uma união estável, como prazo mínimo, dever de alimentos, sucessão dos bens, direitos e deveres recíprocos. Em 2002, o Código Civil sistematizou toda a legislação da união estável, revogando as leis anteriores, mas não concedeu tratamento isonômico a ela e ao casamento (LÔBO, 2017, p. 161).

Recentemente, em 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo (BRASIL, 2011, p. 1). Em 2017, perante julgamento dos Recursos Extraordinários 646721 e 878694 no STF, houve a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em relações homoafetivas. A decisão foi proferida com repercussão geral e declarou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre companheiro e cônjuge na sucessão de bens. A conclusão do Tribunal foi de que não existe justificativa para o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro, independentemente de orientação sexual (BRASIL, 2017b, p. 1), conforme também é o entendimento desse trabalho, que defende a igualdade de gênero e concessão de forma igualitária de direitos para os membros das famílias,

inclusive o direito de conciliação entre vida familiar e profissional, como será discutido no capítulo 4.

#### **2.2.4 Família recomposta ou reconstituída**

Conforme prelecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 88-89), as famílias recompostas são entidades familiares em que há a reconstituição afetiva de indivíduos sozinhos (solteiros, divorciados ou viúvos), que trazem para essa nova família filhos ou situações jurídicas de um relacionamento anterior ou de uma família monoparental. São grupamentos marcados por uma complexidade, visto que cada um já pertenceu a sistemas familiares anteriormente e que são diferentes uns dos outros, além de terem que estabelecer novas relações.

São famílias marcadas pela multiplicidade de vínculos e ambiguidade nos direcionamentos e que não possui previsão legal. São indivíduos que trazem seus filhos para o novo relacionamento e muitas vezes têm filhos em comum. No entanto, há uma grande tendência em se considerar a relação entre genitor e seu filho como sendo uma família monoparental, vez que as madrastas e padrastos ficam receosos de participarem efetivamente da vida dos seus enteados (DIAS, 2015, p. 141).

Exatamente por ser complexa, merece respeito da sociedade e tutela do Estado, pois, havendo afeto será uma modalidade de família. O Estado, com o objetivo de proteger a integridade física e psíquica dos membros dessa nova família estabelece que seja reconhecido o vínculo de parentesco por afinidade entre um cônjuge/companheiro e os filhos de outro parceiro (art. 1.595, CC/2002), bem como o impedimento matrimonial entre padrasto/madrasta e enteados (as). Tal aceitação implica na possibilidade de estabelecimento de guarda entre estes, regulação de visitas e utilização de sobrenome do padrasto/madrasta pelo (a) enteado (a) (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 89-91).

Para Ana Matos (2017, p. 5), é a família na qual ao menos um dos adultos é padrasto ou madrasta, e novas núpcias são consumadas por pais e mães viúvos, divorciados ou solteiros, com o objetivo de constituição de novo relacionamento, fundindo núcleos familiares pré-existentes. A criança criada pelo novo marido da mãe, por exemplo, que não é seu pai biológico, poderá ter efeitos jurídicos, como guarda, visita e alimentos. Essa modalidade familiar tem a peculiaridade de manter essa nova relação, sem necessariamente excluir os laços para com os

núcleos familiares anteriores; são mantidos paralelamente dois vínculos paternos ou maternos de maneira simultânea.

Para Paulo Lôbo (2017, p. 86-87), no entanto, esse modelo de família pode gerar problemas de convívio familiar e a superposição de papéis parentais (do novo padrasto ou madrasta sobre o pai ou mãe biológicos). Essa convivência envolve relações transversais entre os filhos decorrentes dos outros relacionamentos anteriores e os filhos comuns dos dois pais, o que gera dificuldades no manejo dos direitos e deveres de cada um, fazendo com que a madrasta ou padrasto assumam funções inerentes ao pais ou mães biológicos. A autoridade desse novo pai acaba, por vezes, entrando em choque com as determinações do pai ou mãe biológicos, visto que o divórcio não faz cessar o poder parental. O Direito deve buscar o melhor interesse para a criança na resolução desses conflitos.

Em 2012, a Justiça de Santa Catarina determinou que um padrasto pagasse pensão à filha de sua ex-companheira. A jovem é filha do primeiro casamento da mãe e conviveu com o padrasto por dez anos, tratando-se de família recomposta. A decisão ocorreu em caráter liminar, mas demonstra uma nova visão do Direito de Família (JUSTIÇA, 2012, p. 1). O pagamento de pensão por parte do padrasto não exime, no entanto, as obrigações do pai biológico, conforme entendeu o STF, em 2016, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 898060, onde um pai biológico recorria contra decisão que estabeleceu sua paternidade, com efeitos patrimoniais, independentemente do vínculo do alimentando com o pai socioafetivo (BRASIL, 2016b, p. 1).

Ainda, todos esses modelos de família podem ser heteroafetivos ou homoafetivos, não alterando a sua concepção, visto que buscam a mesma finalidade, qual seja, a demonstração de afeto, transmissão de informações acerca da cultura, bem como a formação de seres humanos dignos. Sendo assim, são suscetíveis à proteção do Estado, como todo tipo de família. As famílias homoafetivas são constituídas por indivíduos do mesmo sexo, com o mesmo ânimo de formação de uma família permanente. Conforme Maria Berenice Dias (2015, p. 137), nenhuma espécie de vínculo afetivo pode deixar de receber o *status* de família, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não se trata de pecado, vício, doença ou escolha e negar o que já ocorre de fato não resolvem os problemas, só faz com que o Direito fique defasado e promova discriminações ilegítimas.

E é justamente essa importância do afeto na constituição e definição de uma entidade familiar que promove a necessidade de discutir meios possíveis de viabilizar a existência de tempo livre para os trabalhadores manterem esses vínculos afetivos com os membros das suas famílias.

### 2.3 NECESSIDADE DO TEMPO LIVRE PARA A CONCILIAÇÃO DA VIDA PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR

Todos os modelos familiares se adequam à premissa da necessidade de conciliação da vida familiar com a vida laboral. Para que seja possível esta conciliação, é preciso que existam ocasiões em que o indivíduo não esteja trabalhando para que consiga vivenciar momentos em família, com amigos, de descanso ou ainda de lazer. O tempo livre do trabalhador e o convívio em família deve ser proporcionado pelo Estado, com o objetivo de auxiliar os integrantes da família, através de fornecimento de um mínimo existencial, na formação dos membros desta e, conseqüentemente, de uma sociedade melhor.

As relações estabelecidas no ambiente de emprego devem ser orientadas para que proporcionem um ambiente laboral saudável e prazeroso aos empregados e, conseqüentemente, para que estes tenham disposição e disponibilidade para estabelecerem relações afetivas com seus familiares. Para tanto, são garantias dos empregados os direitos fundamentais: a igualdade, a liberdade durante o vínculo empregatício, a intimidade e privacidade, ao lazer e a convivência familiar dentre outros. O presente trabalho abordará o direito à liberdade no capítulo 3 e o direito à convivência, no capítulo 4, restringindo-se nesse momento a detalhar o direito ao lazer, que também deve ser vivenciado nos momentos de convivência familiar.

O lazer seria o momento em que o indivíduo cuida de si mesmo, praticando atividades que considera satisfatórias, visando sua autorrealização. Conforme Adriana Wyzykowski (2015, p. 127-128), lazer é o “desenvolvimento de atividades prazerosas pelo indivíduo, visando o seu desenvolvimento pessoal, excluindo-se, para tanto, o labor, obrigações familiares, políticas, religiosas e os períodos de descanso”. São excluídas essas obrigações e o descanso porque conflitam com o conceito de lazer. Tem o indivíduo possibilidade de escolher as atividades que realizará no seu momento de lazer, chocando pois com a ideia de ter obrigações que são imposições ao sujeito. É possível, no entanto, que o empregado tenha momentos de lazer no trabalho e no convívio familiar, desde que a sua prática não seja uma imposição.

Não se coaduna com o conceito de lazer o descanso, pois este é o momento de recuperação da fadiga gerada pela prestação de serviços. Atividades de lazer podem ser cansativas, como a prática de esportes, assim como podem proporcionar uma recuperação física e mental, como o descanso, mas não é este o seu objetivo; como visto o objetivo do lazer é a obtenção de prazer. O descanso e o lazer são elementos que compõem o tempo livre. Tempo livre é todo o momento

que o sujeito tem que não esteja trabalhando, estando em oposição à atividade laboral. Estão inclusas também no tempo livre, todas as obrigações que estão excluídas do lazer, como as familiares, sócio espirituais e sócio-políticas (WYZYKOWSKI, 2015, p. 124-131). Dessa forma, o direito ao convívio familiar é direito a ser gozado durante esse tempo livre.

Destarte, lazer não se opõe ao trabalho, e deveriam ser vistos e cuidados com a mesma importância, por proporcionar o lazer maior produtividade no trabalho e por propiciar melhores condições de trabalho para os empregados (WYZYKOWSKI, 2015, p. 121). Ter momentos de lazer sozinho, com os amigos ou familiares são necessários até mesmo para que o empregado se recupere física e mentalmente e tenha melhores condições na prestação das suas atividades, aumentando a produtividade do empregador.

Em pesquisa realizada por Bruno Toranzo (2017, p. 1), o crescimento da produtividade do Brasil cresceu apenas 0,6% em uma década, ficando o país no último lugar do ranking. As razões apontadas para esse baixo rendimento são: educação e qualificação ruim dos trabalhadores; ambiente empresarial burocrático e ineficiente; ausência de investimento em tecnologia e treinamento dos trabalhadores por parte das empresas; e produtividade total dos fatores<sup>1</sup> baixa.

Concordando com tal posicionamento, Camila Lopes Ferreira (2010, p. 38-39) define tempo livre como sendo um tempo individual onde não há trabalho, englobando atividades sociais, familiares, lazer, dentre outras. É conceito mais amplo, diferindo do lazer, que seria a satisfação de uma necessidade, conquistada durante o tempo livre, diferente para cada indivíduo.

Com entendimento distinto, no entanto, estão Cássio Aquino e José Martins (2007, p. 482), que afirmam que o tempo livre é o momento em que o indivíduo faz o que acha conveniente e o que atenda a sua criatividade, variando então de acordo com os valores e época em que vive o trabalhador. Os autores acreditam que o lazer estaria relacionado aos valores do capitalismo, onde se recupera a energia para voltar a trabalhar ao realizar atividades contrárias ao trabalho. Discorda-se dessa ideia, pois, ao conceituar lazer desta forma, impõe uma ideia de oposição ao trabalho, ganhando este um caráter negativo, e ainda equipara o lazer ao descanso.

Como visto alhures, em verdade, o tempo de trabalho se opõe ao tempo livre e refere-se ao período normal de trabalho, em que cada trabalhador realiza a sua atividade no seu local de trabalho, não se confundindo com o período em que a empresa está aberta, em funcionamento

---

<sup>1</sup> A PTF é a obtenção de produção maior com a mesma quantidade de recursos ou emprego de menos recurso para alcançar a mesma produção. Trata-se da viabilização de aumento de produtividade a partir de menos gastos.

(RAMALHO, 2003, p. 372). Concorde também com tal entendimento, Camila Ferreira (2010, p. 38), pois afirma que ao definir tempo livre, por oposição, ocorrerá o entendimento do tempo de trabalho.

Segundo relata Raíssa Barros (2016a, p. 121), em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2012, há uma dificuldade muito grande em distinguir o tempo livre do horário de trabalho, visto que cada vez mais as pessoas levam trabalho para fazer em casa. Apresenta os seguintes dados (SINPSI, 2012, apud Barros, 2016a): “37,7% sentem que o tempo livre vem diminuindo por causa do trabalho e 39,5% acreditam que o tempo dedicado ao trabalho já compromete sua qualidade de vida”, abrangendo estes momentos com a sua família, de estudo e lazer, bem como relações de amizade. Entretanto, esses trabalhadores têm medo de perderem seus empregos e por isso não reagem a esse excesso de trabalho.

O convívio familiar, assim como o lazer, também deveria ser direito inerente ao contrato de emprego e diz respeito à possibilidade de os integrantes de uma família acompanharem o desenvolvimento dos outros membros da sua família. É direito exercido durante o tempo livre do empregado. Como visto no ponto 2.1.2.5, pais e filhos, além de outros parentes com vínculos de afetividade, devem permanecer juntos, inclusive nos casos de separação dos pais dos menores.

Gabriela Oliveira (s.d, p. 397) afirma, embasada no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que toda criança e adolescente tem direito à convivência familiar, devendo o Estado e a sociedade protegerem os vínculos dela decorrentes. Um ambiente familiar afetivo é a base para um desenvolvimento psicossocial pleno, e, portanto, deve ser composto de limites, autoridade parental, de cuidado e afetividade. Somente diante de situações de risco para o menor que poderá se pensar no rompimento dos vínculos e convívio familiares.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem feito uma interpretação ampla do que seria vida familiar, abrangendo as relações jurídicas familiares matrimoniais tradicionais e as relações familiares de fato, baseadas em convivências afetivas, à luz do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 (CEDH). A jurisprudência do Tribunal Europeu define como relevante o critério da efetividade dos laços interpessoais (DIAS, 2012, p. 2; 6).

A jurisprudência do Tribunal Europeu não enquadrava as relações entre pessoas do mesmo sexo no conceito de vida familiar, ou seja, uma relação homossexual não comporia uma vida familiar, mas sim vida privada, o que demonstrava uma discriminação fundada na orientação sexual. O reconhecimento das uniões de fato entre pessoas do mesmo sexo como constitutivas

de vida familiar foi verificado no acórdão Schalk e Kopf c. Áustria, de 24 de junho de 2010 (DIAS, 2012, p. 42-44).

Compreende-se que para que seja possível esse equilíbrio entre vida familiar e vida profissional, é necessário que exista tempo livre na vida do empregado, garantindo assim uma vida mais digna a este e sua família, bem como a toda sociedade.

A valorização social do tempo distingue duas formas de trabalho: o trabalho remunerado em contexto profissional, que é um conjunto de tarefas que um indivíduo executa em uma organização, e o trabalho não pago no contexto familiar, entendido como as atividades e responsabilidades desenvolvidas dentro da família, bem como as atividades pessoais para benefício e prazer do indivíduo (MENDES, 2015, p. 7-8).

Os padrões de uso do tempo nas diferentes formas de trabalho (remunerado ou não) revelam uma acentuada assimetria entre mulheres e homens. Segundo Vanda Mendes (2015, p. 8), em 2005, em média os homens afetavam semanalmente 2h24m a mais ao trabalho pago do que as mulheres, mas em relação ao trabalho não pago (tarefas domésticas e cuidados com as crianças e demais familiares) as mulheres gastavam semanalmente 16 horas a mais que os homens.

A teoria da escassez aborda justamente essa relação entre o trabalho pago e o não pago, defendendo que, por o tempo ser finito, a sua utilização em um determinado trabalho, implica que menos tempo estará disponível para as demais atividades (GREENHAUS; BEUTELL, 1985, *apud* MENDES, 2015, p. 9). Esta teoria descreve a existência de dois conflitos: o conflito trabalho-família (CTF), quando as atividades profissionais interferem na vida familiar, e o conflito família-trabalho (CFT), quando as obrigações da família causam problemas na vida profissional. A ocorrência de conflito em uma esfera, gera incapacidade na outra (MENDES, 2015, p. 9).

Maria do Rosário Palma Ramalho (2003, p. 217) afirma que apesar de as mulheres sempre terem participado do mercado de trabalho, nas últimas décadas tem acontecido um aumento do número de mulheres trabalhadoras e alterações nas atividades por elas desempenhadas, que passaram a ocupar cargos de chefia ou funções especializadas. Essa participação das mulheres no mercado de trabalho gera efeitos sociais e jurídicos: socialmente, verifica-se a modificação dos papéis desempenhados por homens e mulheres pertencentes a uma entidade familiar; juridicamente, passa-se a exigir mais do Direito do Trabalho para que seja eficiente no combate à discriminações entre trabalhadores de sexos diferentes, para que promova oportunidades

iguais e para que desenvolva e tutele novas formas de organização do trabalho, que viabilizem justamente essa conciliação entre a vida profissional e familiar.

Faz-se necessário buscar meios de manter essas mulheres no mercado de trabalho e, para tanto, o Direito do Trabalho deve desenvolver a compatibilização entre a vida profissional e familiar dos trabalhadores de ambos os sexos, que devem dividir responsabilidades como pais e como trabalhadores. Como consequência, essa conciliação faz com que o empregado esteja menos tempo disponível para o empregador e este exerça uma gestão mais flexível (como ter creches em empresas ou fornecer subsídios para o pagamento destas), que incentive a busca por modalidades atípicas de vínculo laboral que facilitem essa compatibilização (RAMALHO, 2003, p. 219). Algumas possibilidades de conciliação da vida laboral com a vida familiar elaboradas pelo Direito do Trabalho serão vistas no capítulo 4.

Dessa forma, faz-se necessário compreender melhor quais os motivos que ensejaram reflexões sobre a vida familiar e a vida profissional enquanto possível direito fundamental, o que será realizado no capítulo que se segue.

### **3 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NUMA PERSPECTIVA DO TRABALHO FEMININO**

Diante da busca pela consagração do direito da conciliação da vida familiar com a vida laboral como fundamental, é preciso percorrer o desenvolvimento histórico destes direitos, perpassando pelas dimensões que surgiram e as categorizações que ainda estão por vir. Essencial tratar da fundamentabilidade formal e material desses direitos, visto que proporcionam o reconhecimento e a propagação dos seus efeitos no ordenamento jurídico e na sociedade.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas tem sido estudada por algumas teorias, já sendo amplamente aceita. Pretende-se estender a sua aplicabilidade às relações estabelecidas no ambiente de trabalho.

Como principal direito fundamental para este trabalho, pois a partir da efetivação do direito à igualdade que será possível a concretização do direito à convivência familiar, é preciso que homens e mulheres sejam iguais, em direitos e deveres, para que sejam partilhadas as suas obrigações domésticas e profissionais. Em outras situações, no entanto, faz-se necessária discriminação entre os sexos, sendo esta legítima diante de situações em que não sejam iguais, para então viabilizar uma igualdade entre eles.

As lutas das mulheres por melhorias, reconhecimento e direitos foram fundamentais para que se alcançasse o patamar de igualdade que hoje existe. Muito ainda deve ser discutido para melhorar as situações de fragilidade e preconceito com as mulheres, mas muito já foi conquistado também. Medidas protetivas para o trabalho feminino foram traçadas, mas devem acompanhar as mudanças da sociedade atual, descartando algumas discriminações legítimas à época, mas que não condizem com a atualidade e acabam por restringir as áreas e momentos de atuação profissional das mulheres. Outras medidas devem ser criadas.

#### **3.1 NOÇÕES BÁSICAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Para que seja viável o entendimento do direito à conciliação da vida familiar com a vida profissional como um direito fundamental, faz-se necessário percorrer a história dos direitos fundamentais, bem como entendimentos acerca dos direitos fundamentais. Na sequência, tratar-

se-á da conceituação dos direitos fundamentais, a sua história, dimensões, fundamentabilidade e eficácia, passando pelas teorias que explicam a sua aplicabilidade, para que seja compreendida a possibilidade de a eficácia horizontal direta e imediata como mecanismo concretizador do direito de conciliação.

### **3.1.1 Conceito e breve histórico dos direitos fundamentais**

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 10), os autores divergem sobre a história dos direitos fundamentais, cada qual informando que surgiram em momentos diversos: na Babilônia, na Grécia e em Roma e a partir do cristianismo. Independentemente de onde e quando a história tenha iniciado, Daniel Sarmiento (2006, p. 4) afirma que surgiram como resultado de uma evolução histórica, em meio a batalhas e revoluções que buscavam a dignidade humana e a obtenção de garantias desses direitos, como meio de resguardar-se dos abusos de poder praticados pelo Estado.

Ingo Sarlet (2015, p. 37-38) segue o delineamento estabelecido por Klaus Stern para contar a história dos direitos fundamentais, restringindo-a a três etapas: uma pré-histórica, uma intermediária e a última fase, de constitucionalização. A primeira fase diz respeito a um momento preparatório para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, em que conhecimentos e valores influenciaram o pensamento jusnaturalista. A segunda, ao período do surgimento do jusnaturalismo e da afirmação dos direitos naturais do homem. E a última, iniciada em 1776, que é o momento em que surgem as diversas declarações de afirmação dos direitos humanos. Não foi na antiguidade que surgiram os direitos fundamentais, mas foi no pensamento greco-romano e cristão que os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade encontraram suas bases.

George Marmelstein (2014, p. 27) concorda com tal entendimento, visto que afirma que a noção de direitos do homem, como justiça, liberdade e igualdade, está presente desde o surgimento das sociedades. São os direitos do homem, ainda não positivados. Logicamente, o entendimento de cada um dos direitos nas sociedades antigas era diferente do de hoje, aceitando, por exemplo escravidão e equiparação das mulheres a animais.

Fábio Konder Comparato (2015, p. 49-50) acredita que o primeiro momento em que se começa a falar em dignidade da pessoa humana é depois da Guerra de Tróia, onde Agamenon, comandante do exército grego, sacrifica a sua filha Ifigênia. O autor entende que a discussão

sobre dignidade só tem ocorrido após grandes momentos de dor física e sofrimento moral, então, o remorso que Agamenon sentiu por sua atitude, implicou na busca por uma vida mais justa e digna para todos, na procura pela garantia da dignidade dos homens.

Na Idade Média, continua Ingo Sarlet (2015, p. 38), pensadores também influenciaram o desenvolvimento dos direitos fundamentais. Santo Tomás de Aquino, por exemplo, discutia a existência de duas ordens: o direito positivo e o direito natural, sendo a dignidade do ser humano entendida como um valor natural, que nasce com o homem. Outro influenciador da época foi o pensador Guilherme de Occam que tratou sobre o individualismo, o que desencadeou o entendimento sobre o direito subjetivo, discutido por Hugo Grócio, na Idade Moderna.

Nos séculos XVI e XVII, os filósofos Hobbes e Maquiavel fundamentaram a necessidade de assegurar aos indivíduos a intervenção estatal na vida privada, garantindo fruição dos seus direitos individuais. Hobbes defendia que a única forma possível para a obtenção da paz então seria um Estado interventista, detentor de todo o poder para controlar a sociedade, pois os homens são naturalmente cruéis na sua busca pelo poder. E Maquiavel escreveu o livro *O príncipe* para instruir o soberano a como se manter no poder, vencendo pela guerra, força e medo. Os direitos fundamentais surgem como uma reação a esse Estado Absoluto, como normas para limitar a atuação estatal (MARMELSTEIN, 2014, p. 32-33).

Fábio Konder Comparato (2015, p. 53) reafirma que a consciência dos direitos humanos começou após muitas discussões sobre a limitação do poder político, com a imposição de as instituições do governo trabalharem para os governados e não para viabilizar benefícios aos governantes. Foi o momento de entender que existem direitos inerentes à condição humana, e portanto devem ser reconhecidos para todos.

Nos séculos XVII e XVIII, os direitos fundamentais foram materializados em documentos normativos decorrentes da vontade soberana do povo. Esse período passa a ser crucial para a evolução dos direitos humanos, em decorrência do surgimento das teorias iluministas de Rousseau, Locke, Montesquieu que buscavam a limitação do poder do Estado frente ao indivíduo e de que o Estado deve atuar em benefício dos seus administrados (KLOSTER, 2010, p. 2).

No mesmo período, a teoria jusnaturalista chega ao seu apogeu, por meio das teorias contratualistas. Também foi o momento em que o direito natural foi laicizado, em meio ao surgimento do Iluminismo, entendido como inalienável e não submisso às esferas de poder. Foi John Locke o primeiro a reconhecer a estes direitos (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível às autoridades, além de ter aprimorado a ideia de Hobbes de que é o

homem quem organiza o Estado e a sociedade (contratualismo), viabilizando o reconhecimento dos direitos de liberdade individuais como limites ao poder do Estado (SARLET, 2015, p. 39-40).

Esses direitos humanos passaram a ser descritos em declarações, a partir do século XVIII. Na Inglaterra, surgiu a *Magna Charta Libertatum*, em 1215, resultado de pacto realizado entre o rei João Sem Terra, bispo e barões, que visava a manutenção de privilégios a estas classes, mas serviu como base para alguns direitos e liberdades civis, como a liberdade de locomoção e proteção contra prisão arbitrária. A Magna Carta é tida como o documento que deu origem aos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2014, p. 29; SARLET, 2015, p. 42). Para Ângelo Kloster (2010, p. 3), a Carta Magna é uma das primeiras conquistas do homem em prol da garantia de direitos mínimos. No entanto, não se tratam de direitos fundamentais (ainda), visto que atribuídos apenas a determinadas castas e não a todos os indivíduos, assim como poderiam ser removidos por decisão do monarca, de forma arbitrária (SARLET, 2015, p. 42).

Na sequência, Ingo Sarlet (2015, p. 42-43) informa que a Reforma Protestante reivindicou a liberdade religiosa e de culto, tendo sido importante também para a consolidação dos Estados modernos nacionais e do absolutismo monárquico, que embasaram as revoluções burguesas. Também de suma importância são as declarações de direitos inglesas do século XVII, como a *Petition of Rights* (1628), o *Bill of Rights* (1689) e o *Establishment Act* (1701), nas quais os direitos passam a ser gozados por todos os cidadãos (direitos genéricos de direito público). Esses direitos era um limite ao poder real, mas não vinculavam o Parlamento.

A doutrina diverge quanto ao surgimento dos direitos fundamentais ter ocorrido com a Declaração de direitos do povo da Virgínia (1776) ou com a Declaração Francesa dos direitos do homem e do cidadão (1789). Segundo Fábio Konder Comparato (2015, p. 62), foi na Declaração do povo da Virgínia que primeiro se falou sobre os direitos humanos, reconhecendo que todos os homens são iguais.

Ingo Sarlet (2015, p. 43-44) concorda com Fábio Comparato que é através da Declaração de Virgínia que os direitos naturais, como o direito à liberdade, passam a ser reconhecidos como direitos fundamentais constitucionais, visando a independência de seu povo. Na Declaração Francesa, direitos e liberdades são incorporados a uma nova Constituição. Direitos ao trabalho, à instrução e à assistência surgiram em ambas, mas a norte-americana tratava de direitos fundamentais, enquanto que a França discutiu sobre os direitos humanos, o que faz com que a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão se sobressaia por ter cunho universal.

Faz-se necessário diferenciar o conceito de direitos fundamentais com o de direitos humanos, mas sabendo que os primeiros sempre serão direitos humanos, visto que seu titular é o ser humano. Conforme preleciona Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 490-497), direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como direitos pelo ordenamento, positivados pelo Direito Constitucional interno de cada Estado, alterando-se a cada nova Constituição. Já os direitos humanos, possuem relação com o Direito Internacional, buscando validade universal, com conceitos mais amplos e imprecisos. Os direitos humanos são decorrentes da preocupação da comunidade internacional com a proteção da dignidade humana, e acabam transformando-se em fundamentais, quando reconhecidos pelo ordenamento.

Ainda, possuem diferenças quanto ao seu grau de eficácia, pois os fundamentais devem ser respeitados, podendo se fazer uso de instâncias jurisdicionais para o seu cumprimento, enquanto que os direitos humanos dependem da sua recepção pela ordem jurídica interna, já que não podem ser impostos. Ambos diferem dos direitos do homem que são os direitos naturais do homem, não positivados, anteriores ao reconhecimento da existência dos direitos humanos e dos fundamentais (SARLET, 2015, p. 33-34). José Afonso da Silva (2013, p. 180), no entanto, acredita que a melhor nomenclatura seria direitos fundamentais do homem, pois englobam a concepção de mundo e ideologia política que estão expressas em cada ordenamento, garantindo uma vida digna, livre e igual para todos.

Em 1946, durante uma sessão do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, ficou determinado que a Comissão de Direitos Humanos deveria desenvolver seus trabalhos em três etapas: na primeira, elaborar uma declaração de direitos humanos; em seguida, elaborar um tratado ou convenção internacional, que pudesse vincular os Estados; e, por último, meios de assegurar o cumprimento do estabelecido, em caso de violação (COMPARATO, 2015, p. 237).

A primeira etapa foi concluída em 1948, com a elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos, a segunda foi cumprida em 1966, com a criação de dois Pactos que tratavam de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e a terceira ainda não foi desenvolvida. A Declaração foi muito parcial, excluindo a União Soviética e tratando de convicções que não eram compartilhadas pelos países comunistas, mas retomou os valores buscados na Revolução industrial: igualdade, liberdade e fraternidade (COMPARATO, 2015, p. 237-238).

Percebe-se então que o que é fundamental para um Estado, pode não ser para outro, sendo qualquer conceituação de direito fundamental insatisfatória. Apenas uma conceituação ampla e aberta, seria viável, permitindo a sua adaptação a novos direitos que podem vir a ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Para Ingo Sarlet (2015, p. 78), “direitos fundamentais

são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que [...] foram, por seu conteúdo e importância (fundamentabilidade material), [...] integradas ao texto da Constituição (formal) e [...] retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos”. Acrescentam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 41), que os direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas contidas em dispositivos constitucionais, com o objetivo de limitar o poder estatal.

### **3.1.2 As dimensões dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais foram submetidos a diversas transformações ao longo dos anos desde o seu reconhecimento pelo ordenamento, passando por diversas etapas, conceituadas como gerações ou dimensões pela doutrina. Critica-se o termo gerações porque o mesmo passaria a ideia de alternância, quando se passasse para a segunda geração, os direitos conquistados na primeira seriam superados pelos da segunda, e assim sucessivamente. No entanto, não há como negar esse caráter cumulativo dos direitos fundamentais e nem as diversas transformações sofridas por estes, bem como o reconhecimento constante de novos, o que fez com que a maioria da doutrina preferisse o uso do termo dimensões (SARLET, 2015, p. 45-46).

Para Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 527-528), o termo gerações retrata a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, nascidas em função das necessidades da sociedade da época, havendo complementariedade e cumulabilidade entre as gerações. O termo dimensões, no entanto, seria o mais adequado porque quando um direito fundamental de uma geração anterior passa a compor os direitos da geração seguinte, ele se transforma, passando a ter uma nova dimensão. Traz como exemplo o direito à propriedade, da primeira dimensão, que, quando em contato com os direitos da segunda dimensão, passa a ter que respeitar a função social da propriedade, e, ao passar para a terceira dimensão, deve se adequar à proteção ao meio ambiente.

Segundo Ingo Sarlet (2015, p. 46-47), a primeira dimensão marcou o reconhecimento dos direitos fundamentais constitucionalmente, formal e materialmente. São decorrentes do pensamento liberal da burguesia francesa, do século XVIII, diante do Estado; buscaram direitos de defesa contra as imposições das esferas de poder. São direitos de cunho negativo, pois impõem ao Estado uma conduta de não intervenção nos direitos individuais, direitos de resistência ou oposição frente ao Estado. São exemplos, os direitos à vida, à liberdade, à

propriedade, à igualdade (formal) perante a lei, e posteriormente, à liberdade de expressão, à participação política e às garantias processuais (*habeas corpus*, devido processo legal e direito de petição).

Concordam com tal posicionamento Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2011, p.155), que afirmam que foram os direitos fundamentais de primeira geração os primeiros a serem positivados. Essa dimensão abrange os direitos buscados na Revolução Americana e na Francesa, principalmente o de autonomia pessoal contra as expansões do poder público, estabelecendo obrigações de não intervir na esfera particular de cada indivíduo para o Governo. São liberdades individuais, consideradas indispensáveis e universais, mas que não se opõem às desigualdades sociais, rechaçando a possibilidade de liberdade sindical e greve.

Surgiram em um momento em que a única preocupação da sociedade era proteger as pessoas do poder opressivo estatal, impondo-lhe obstáculos a sua interferência na esfera pessoal. Mas expressam também poderes para agir ao indivíduo. Este, livre das imposições estatais e protegido pela ordem jurídica, pode atuar, exercendo seus direitos marcadamente individualistas da primeira dimensão (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 528-529).

Acrescenta George Marmelstein (2014, p. 39-43) que os direitos da primeira geração são os direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade e viabilizando a participação do povo na tomada de decisões políticas, através do direito ao voto e à filiação partidária, por exemplo. Esses direitos, no entanto, eram restritos a determinadas camadas da sociedade, atuando o Estado para defender a aplicação destes e conter a massa trabalhadora e oprimida.

O homem passa a ser livre, mas em decorrência dos transtornos causados pela Revolução Industrial e pela Primeira Guerra Mundial, torna-se oprimido pelos problemas sociais, sendo necessária a intervenção estatal nas relações socioeconômicas. Essa intervenção inicial tinha um caráter de emergência, para atender a setores específicos, como os das relações trabalhistas, mas permaneceu em definitivo para garantir a satisfação de necessidades coletivas (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 531).

A segunda dimensão surgiu então em decorrência dos graves problemas sociais e econômicos gerados pela industrialização, para conter as revoluções das classes operárias. São direitos positivos, pois impõem ao Estado uma conduta ativa, de prestações sociais, de saúde, educacionais, de trabalho e assistência social. Nessa dimensão também estão os direitos fundamentais dos trabalhadores, como o direito à greve, à sindicalização, às férias, ao repouso semanal, ao salário mínimo e à limitação da jornada de trabalho, por exemplo. Tanto estes

direitos sociais quanto os da primeira geração estão voltados para a pessoa e não para a coletividade (SARLET, 2015, p. 47-48).

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2011, p. 155-156) afirmam que o Estado começou a atuar mais diretamente na sociedade com o estabelecimento de seguros sociais variados, intervindo na vida econômica e orientando ações estatais com o objetivo de alcançar uma justiça social, visto que a industrialização e o crescimento demográfico acelerado ocasionaram muitas disparidades entre os membros de uma mesma sociedade. Os direitos positivos da segunda geração buscaram estabelecer uma liberdade real e igual para todos. O princípio da igualdade ganha destaque nessa dimensão.

Foi nessa época que surgiu o Estado do bem-estar social, devendo o Estado garantir o equilíbrio entre os ideais capitalistas e melhores condições para os trabalhadores. Diversos direitos trabalhistas foram reconhecidos pelo Poder Público, comprovando que a liberdade contratual era meramente ilusória, já que os trabalhadores se sujeitavam a condições degradantes para manter o seu emprego. O Estado também se compromete nessa fase a garantir direitos econômicos, sociais e culturais, relacionados às necessidades básicas dos indivíduos (MARMELSTEIN, 2014, p. 44-46). Na atualidade, cabe ao Estado intervir, garantindo a dignidade dos trabalhadores; faz-se necessário criar políticas públicas que possam permitir que os trabalhadores tenham uma vida digna, conciliando a sua vida profissional com a vida familiar, dentre outros direitos que respeitem a pessoa humana.

Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 532; 535) afirma que são direitos da segunda dimensão os direitos sociais, econômicos e culturais, em busca da redução das desigualdades sociais e econômicas, que afrontavam a dignidade humana. Esses direitos foram reconhecidos e positivados em normas constitucionais, mas, inicialmente, tiveram eficácia duvidosa, pois exigiam do Estado prestações que o mesmo não tinha condições de realizar.

Na terceira dimensão, conforme explica Ingo Sarlet (2015, p. 48-50), estão os direitos coletivos ou difusos de fraternidade ou solidariedade, como a paz, a proteção ao meio ambiente, à qualidade de vida, à informática, ao desenvolvimento e à conservação do patrimônio histórico e cultural. Surgiram em decorrência de nova demanda da sociedade, que vivia o pós-guerra da Segunda Guerra Mundial. A maioria desses direitos, no entanto, ainda não foram reconhecidos pelo ordenamento. Para o autor, esses novos direitos fundamentais nada mais são que facetas do direito à dignidade da pessoa humana, enquadrando-se nos direitos fundamentais clássicos.

Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 535-536) afirma que os direitos fundamentais de solidariedade surgiram em decorrência do desenvolvimento das novas tecnologias e do estado permanente de beligerância em que vivem os Estados. Eles se destinam à proteção do homem em coletividade, com implicação universal por exigirem esforços e responsabilidades em escala mundial. Alguns desses direitos foram positivados na CF/88: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), a paz (art. 4º, VI e VII), a autodeterminação dos povos (art. 4º, III) e o direito ao desenvolvimento (art. 3º, II).

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2011, p. 156) também entendem que alguns dos novos direitos nada mais são que os tradicionais ressignificados, adaptados a um novo momento. Os direitos vão sofrendo modificações nos seus significados ao longo das gerações, em decorrência da mudança da época e da sociedade; os direitos das dimensões anteriores permanecem nas seguintes, não havendo substituição dos anteriores e sim uma cumulação destes.

Ainda há discussão na doutrina sobre a existência de uma quarta dimensão, decorrente do processo de globalização dos direitos fundamentais, no plano institucional, decorrente das novas tecnologias, segundo entendimento de Paulo Bonavides (2013, p. 589-591). São exemplos, os direitos à democracia, à informação, ao pluralismo e contra as manipulações genéticas. Eles abreviam o futuro da cidadania e da igualdade entre os povos, pois encurtam distâncias, viabilizando uma globalização política legítima.

Paulo Bonavides (2008, p. 86) ainda acredita na existência de uma quinta dimensão, onde se encontra o direito pela paz, que é condição para o desenvolvimento e progresso da humanidade. O reconhecimento do pluralismo das entidades familiares vem sendo alvo de discussões, mas prepondera a sua aceitação, em decorrência de entendimento jurisprudencial. Diante desse entendimento, cabe pensar nas formas de organização diversas que assumem as famílias e viabilizar, através de normas do Direito a sua consagração no ordenamento; criar meios de concretizar a conciliação da vida laboral com a vida familiar se faz mais imprescindível.

### **3.1.3 A fundamentabilidade formal e material dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais têm como característica essencial a fundamentabilidade que, conforme entendimento de José Joaquim Canotilho (2000, p. 378), é a proteção dos direitos fundamentais em um sentido formal e material. Explica Ingo Sarlet (2015, p. 75) que o sentido formal está ligado ao direito constitucional, relacionado a alguns quesitos: estão situados os

direitos fundamentais em todo o ordenamento, sendo então de natureza supralegal; por serem normas constitucionais, estão sujeitos aos limites formais (procedimento) e materiais (cláusulas pétreas) constitucionais, sendo entendidos como direitos pétreos; também são normas diretamente aplicáveis e que vinculam entidades públicas e privadas.

Já a fundamentabilidade material decorre da análise do conteúdo do direito, dos bens e valores protegidos; somente se contiverem decisões sobre o ser humano na estrutura do Estado e da sociedade será direito fundamental. É esse sentido da fundamentabilidade, embasado no art. 5º, § 2º da Constituição Federal, que viabiliza a denominação de direitos fundamentais a direitos situados fora do Título II da CF/88, e a outros direitos não situados no texto da Constituição, que são direitos apenas materialmente fundamentais (SARLET, 2015, p. 76-77).

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2011, p. 158) acreditam que estabelecer características básicas a todos os direitos fundamentais se faz necessário na resolução de problemas concretos, afinal eles estão aumentando de acordo com o momento histórico vivido, não são homogêneos e estão espalhados pela Constituição. Vieira Andrade, conforme descrevem os mesmos autores, afirma que para ser direito fundamental, deve ter intenção de explicitar o princípio central da dignidade da pessoa humana. Essa seria a fundamentalidade material desses direitos.

Os autores (2011, p. 159) concordam com o entendimento de Vieira Andrade, acreditando que para serem direitos fundamentais, os direitos devem, pelo menos, concretizar as exigências do princípio da dignidade humana, devem demonstrar pretensões deste. Definir essa “pretensão” implica em um alto grau de subjetividade do intérprete, no entanto, bem como das condições sociais e culturais do momento em que se está analisando o direito. Para José Afonso da Silva (2013, p. 180), direito fundamental é aquele que indica situação jurídica, sem a qual o homem não se realiza e pode até não sobreviver. Também são fundamentais porque devem ser acessíveis a todos, de maneira igual.

Destarte, o direito de conciliação da vida profissional com a vida familiar pode ser entendido como um direito fundamental, afinal não haveria realização pessoal sem a possibilidade de equilibrar essas duas searas da vida de um indivíduo, além de compor a família um ambiente em que desenvolvem-se as potencialidades de cada membro, favorecendo também o desenvolvimento pessoal. Ainda trata-se, em tese, de direito fundamental o direito à conciliação porque acessível a todos, viabilizando uma divisão igualitária de tarefas domésticas e possibilidade de ascensão profissional para todos.

### **3.1.4 As dimensões objetiva e subjetiva e a eficácia irradiante dos direitos fundamentais na relação de emprego**

Os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva, podem ser considerados direitos subjetivos individuais ou elementos objetivos fundamentais da comunidade. Sobre a perspectiva subjetiva, passa-se a ideia de que o titular do direito fundamental tem o direito de buscar o Judiciário para defender seus interesses que são tutelados pelo Estado, por ser ele direito subjetivo. Os direitos fundamentais geram pretensões subjetivas que são exigíveis, cabendo ao Poder Público viabilizar a melhor efetivação possível desses (MARMELSTEIN, 2014, p. 331).

Complementam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 116-117) ao afirmarem que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é a possibilidade que o titular tem de resistir à intervenção estatal, quando esta invadir a sua esfera de liberdade individual. O indivíduo tem o direito de exercer a sua liberdade e o Estado, em oposição, tem o dever de não intervir, ou pode ter o Estado obrigação de fazer algo para garantir os direitos fundamentais do primeiro.

De acordo com a proposta de Robert Alexy (2014, p. 193; 196; 201; 218; 244), de um sistema de posições jurídicas fundamentais, pode-se entender que um direito fundamental subjetivo é composto por três “direitos”: a algo, à liberdades e à competências. O direito a algo é composto por ações estatais negativas, de defesa dos direitos individuais, bem como de ações estatais positivas. O direito à liberdades jurídicas significa a garantia de não haver exigências e nem proibições. E o direito a competências implica na atuação do cidadão e do Estado.

Para Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 549-550), a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais abarca as posições jurídicas subjetivas necessárias para a proteção da pessoa, permitindo que esta exija seus direitos frente aos órgãos estatais, devendo estes satisfazê-las. Não se tratam apenas de direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente aos abusos estatais, englobando decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição.

Já sobre a perspectiva objetiva, o direito fundamental é visto como um conjunto de valores objetivos e determinadores da atuação dos poderes públicos, uma ordem ao Estado para que viabilize a concretização dos direitos fundamentais. Isso faz com que o próprio Estado reconheça que tem deveres de proteção, inclusive preventiva, dos direitos fundamentais dos indivíduos contra o poder público, contra outros indivíduos e outros Estados (SARLET, 2015, p. 149-150, 155).

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 117) definem a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como sendo composta por direitos cuja percepção independe do seu titular, bem como ofereceria critérios de controle da ação estatal. Esses critérios devem ser aplicados diante de violações à direitos fundamentais de qualquer pessoa, mesmo que sem uma reclamação do seu titular.

A perspectiva objetiva significa que os direitos fundamentais assumem uma função autônoma da função desempenhada enquanto direito subjetivo, sem eliminá-la, apenas complementando-a e reforçando a juridicidade das normas fundamentais. Dirley da Cunha Júnior acredita que, em sua esfera objetiva, os direitos fundamentais inserem o indivíduo na coletividade, fazendo com que o mesmo defenda-os, além de constituir base da ordem jurídica da comunidade. Viabiliza uma aceitação de que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia proporcionada não apenas sob a ótica do indivíduo frente ao Estado, mas também deste indivíduo diante da sociedade em que está inserido (CUNHA JÚNIOR, 2017, p.550-551).

Há quatro desdobramentos da dimensão objetiva, sendo eles: caráter de norma de competência negativa; funcionar como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional; permitir a limitação dos direitos fundamentais; e impor ao Estado o dever de tutelar estes direitos. O primeiro diz respeito a uma troca: o que é permitido ao indivíduo, é retirado do Poder Público, independentemente de uma exigência de respeito por parte do particular. O segundo impacto da dimensão objetiva diz respeito à imposição às autoridades de basearem a sua interpretação e aplicação do Direitos nos direitos fundamentais, garantindo uma irradiação destes. Essa interpretação deve ser feita de maneira objetiva, sem necessidade de provocação do titular do direito. A terceira implicação é quanto à possibilidade de limitação do direito fundamental, através de uma atuação estatal, em caso de haver interesse do titular. Por último, a dimensão objetiva levaria a uma obrigação do Poder Público de tutelar os direitos fundamentais, o que tem sido alvo de discussões e críticas (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 118-120).

Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 551) traz dez inovações constitucionais que derivaram da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, mas o presente trabalho apresentará apenas 7 delas. A primeira é a promoção de propagação e irradiação desses direitos a toda a esfera jurídica privada. A segunda consequência é que, graças a essa dimensão objetiva, os direitos fundamentais transformaram-se em princípios, possuindo eficácia vinculante (terceira inovação) e aplicabilidade direta e imediata (quarta), alcançando também terceiros (quinta). Com destaque, a sexta inovação decorrente dessa dimensão é a eficácia irradiante dos direitos

fundamentais, ou seja, tornam-se estes direitos diretrizes para a interpretação e aplicação das normas. Essa eficácia irradiante atinge a esfera pública e a privada, quando estão atingindo esta, recebe o nome de eficácia horizontal, meio concretizador da aplicação do direito à conciliação da vida laboral com a vida familiar, conforme se verá no próximo tópico, com maior aprofundamento no capítulo 4.

Ingo Sarlet (2005, p. 151-154) concorda com Dirley da Cunha Júnior, afirmando que a eficácia dos direitos fundamentais deve ser analisada sob uma visão individualista e também da sociedade, ou seja, a aplicação dos direitos subjetivos individuais está vinculada ao seu reconhecimento pela coletividade. Sobre a eficácia irradiante, conceito elaborado pela doutrina alemã, explica que estes orientam a aplicação e interpretação dos direitos infraconstitucionais; realiza-se uma interpretação de acordo com a Constituição.

Daniel Sarmiento (2006, p. 105-106) afirma que a dimensão objetiva se liga ao reconhecimento de que os direitos fundamentais são os valores mais importantes do ordenamento jurídico para a coletividade, devendo seus efeitos irradiarem para todas as normas jurídicas, orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. A proteção dessa base jurídica é dever do Estado e do povo, que deve lutar em prol da defesa dos seus interesses; acredita-se então que, assim como fizeram as mulheres no movimento feminista, devem as mulheres de hoje lutar pela concretização da igualdade entre os sexos e pela consagração do direito à conciliação da vida familiar com a vida laboral.

Acrescenta o autor (2006, p. 107; 109) que o poder público deve se abster de violar direitos individuais, protegendo-os contra agressões de terceiros, além de oferecerem efetivamente um mínimo necessário para que os indivíduos exerçam seus direitos de maneira digna. A efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana depende não apenas do Estado, mas também dos indivíduos e de outras instâncias de poder, mediante criação e execução de políticas públicas.

George Marmelstein (2014, p. 332-333), resume a ideia da dimensão objetiva afirmando ser uma capacidade que os direitos fundamentais têm de se irradiar por todo o ordenamento, sendo um filtro necessário para a interpretação e aplicação das normas jurídicas e só sendo absorvido pelo ordenamento aquilo que é compatível com os valores constitucionais fundamentais.

### 3.1.5 Teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Como foi visto, os direitos fundamentais foram propostos inicialmente como um mecanismo de proteção do indivíduo contra a opressão do Estado. O indivíduo, como titular do direito, é o sujeito ativo, enquanto o Poder Público é o sujeito passivo, apesar de se encontrar em uma posição hierarquicamente superior, que deve garantir a eficácia destes direitos. Esse é o entendimento de eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais operam nas relações estabelecidas entre Estado e indivíduo (MARMELSTEIN, 2014, p. 337).

Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 554) acredita que os direitos fundamentais precisam ter a sua eficácia estendida às relações privadas, pois as relações entre os particulares se tornou complexa e desigual, onde um oprime a liberdade do outro. A interferência dos direitos fundamentais nessas relações tem por objetivo proteger os direitos do próprio homem. Sendo assim, a consagração de direitos fundamentais nas relações trabalhistas, como esfera privada, é meio de proteção ao empregado, que vive em uma relação de subordinação seu empregador.

Tem-se reconhecido que os direitos fundamentais devem estar presentes nas relações privadas, visto que particulares podem causar danos aos outros, violando os direitos básicos de cada um, como acontecem nas relações trabalhistas. Passaram a ser um sistema de valores que devem orientar a conduta da sociedade como um todo, possuindo eficácia horizontal, o que significa que são oponíveis às relações privadas também (MARMELSTEIN, 2014, p. 337).

André Ramos Tavares (2003, p. 47) conceitua a eficácia horizontal como sendo aquela onde há incidência dos direitos fundamentais nas relações sociais, entre particulares, não sendo possível que seja oponível com a mesma força que o é nas relações com o Poder Público. Desse entendimento, pode-se exigir dos particulares que não violem esses direitos e que os implementem também, inclusive os trabalhistas.

Algumas teorias foram elaboradas para discutir a viabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A teoria State Action, elaborada nos Estados Unidos, nega a possibilidade de incidência desses direitos nas relações privadas, exceto quando o particular está agindo como agente estatal (MARMELSTEIN, 2014, p. 342). Acrescenta Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 554) que essa teoria é uma teoria negativa, que defende a aplicabilidade dos direitos fundamentais vinculada ao Estado. Ela foi, contudo, mitigada pela jurisprudência da Suprema Corte, que passou a adotar o entendimento de que os direitos fundamentais vinculam os

particulares apenas quando estes estão no exercício das suas funções públicas; teoria chamada de Teoria da Função Pública.

Explica Daniel Sarmiento (2006, p. 188-189; 196) que, para os defensores dessa teoria, a eficácia horizontal acabaria com a possibilidade de autonomia individual, além de conferir ao poder Judiciário muito poder, pois seria ele quem deveria determinar a aplicabilidade dos direitos fundamentais aos particulares, caso a caso. Além disso, nos Estados Unidos, compete aos Estados legislar sobre Direito Privado, portanto, essa não aplicabilidade na esfera privada preserva o espaço do juiz, impedindo uma intervenção do Poder Legislativo nas relações privadas. Pensadores, como Chemerinsky, acreditam que a doutrina State Action deve ser eliminada, aplicando-se a ponderação em cada caso pelo Judiciário.

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais, desenvolvida na Alemanha, entende que as normas constitucionais deveriam ser utilizadas apenas para viabilizar uma melhor interpretação do direito infraconstitucional, não sendo aplicável diretamente nas relações privadas. Sendo assim, a Constituição deve ser utilizada apenas de maneira subsidiária, quando a lei for insuficiente (MARMELSTEIN, 2014, p. 342).

Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 554), no entanto, entende que essa teoria defende sim a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas a condiciona a uma prévia atuação do legislador infraconstitucional. Diferentemente do que ocorre na teoria da eficácia direta, onde não há necessidade de autorização do legislador, estando o indivíduo e o Estado vinculados aos direitos fundamentais.

Daniel Sarmiento (2006, p. 198-201) acredita ser ela uma teoria intermediária, pois não nega a vinculação dos indivíduos aos direitos fundamentais e nem defende a sua aplicação direta nas relações privadas. Esses direitos não são entendidos como direitos subjetivos, portanto, não podem ser invocados pelos particulares a partir da Constituição, apesar de poderem ser alvo de renúncia pelos particulares. Devem os legisladores mediar a aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, após uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, entre direitos fundamentais e a autonomia privada. Ao judiciário caberia o papel de preencher as cláusulas indeterminadas e fazer uso de conceitos jurídicos indeterminados, levando em consideração os direitos fundamentais e rejeitando as normas privadas incompatíveis com estes. Apenas diante de lacunas do ordenamento privado caberia ao juiz aplicar diretamente os direitos fundamentais às relações privadas.

A teoria da eficácia direta ou imediata afirma que os direitos fundamentais devem ser aplicados de maneira direta nas relações privadas. Isso porque não são os Estados os únicos a colocar em risco os direitos fundamentais, também o podem os poderes sociais e indivíduos em geral. Vale sinalizar que os defensores dessa teoria não negam a importância de realizar uma ponderação de interesses entre o direito fundamental e a autonomia privada, nem tão pouco impõe a desconsideração da liberdade individual. Seria um meio de corrigir as desigualdades sociais (SARMENTO, 2006, p. 205-206).

O autor (2006, p. 209-213) traz a visão de diversos autores defensores da eficácia imediata. Segundo ele, Canotilho afirma que as normas do Direito Privado devem estar de acordo com os direitos fundamentais, existindo, no entanto, um “núcleo irredutível de autonomia pessoal” que não pode ser atingido pelos direitos fundamentais. Ana Prata acredita que não faz sentido não aceitar a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas em prol da defesa da autonomia privada, devendo os direitos privados respeitarem a Constituição. Nunes Abrantes defende que deve haver uma ponderação de interesses, devendo a autonomia privada ser limitada por um núcleo essencial dos direitos fundamentais. Vieira Andrade, no entanto, adotou uma posição intermediária entre a teoria de eficácia mediata e a imediata: nas relações privadas em que há desigualdade de poder entre as partes, os direitos fundamentais incidiriam diretamente, mas nas relações comuns, onde as partes são iguais, a aplicação deveria ser intermediada pelo Judiciário, prevalecendo a autonomia privada, quando não gerar prejuízo elevado para a sociedade.

Essa é a teoria adotada na maioria dos Estados, como Portugal, Espanha, Itália, Argentina e Brasil, envolvendo uma ponderação entre os interesses individuais e coletivos, bem como uma ponderação entre os direitos dos empregados e empregadores. Explica Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 555) que a adoção dessa teoria pelo Brasil é uma aplicação do que está disposto no art. 5º, § 1º da CF/88, que dispõe que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata.

O Supremo Tribunal Federal demonstrou abertamente que também adotou essa teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas no Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. O ministro Gilmar Mendes justifica a aplicabilidade direta ao caráter geral e público dos direitos fundamentais; os ministros Joaquim Barbosa e Celso Antônio de Mello seguiram o voto deste, apesar da discordância da ministra Ellen Gracie, que negou a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (BRASIL, 2006).

Dentre os direitos individuais, merecem destaque os tradicionais (da primeira, da segunda e da terceira dimensões), dos quais derivaram muitos outros novos direitos conquistados. Nesse

trabalho, optou-se por detalhar o direito à igualdade, visto que está relacionado diretamente à viabilização e concretização do direito fundamental à conciliação da vida familiar com a profissional. Ter como um dos objetivos principais da República “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, CF) já demonstra a importância do direito à igualdade.

### 3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

O direito à igualdade constitui o principal direito necessário para a manutenção da família, para a convivência em sociedade, pois inviabiliza a concessão de privilégios e distinções entre os indivíduos. Percebe-se então o motivo de a burguesia ter focado, durante a Revolução Francesa, muito mais no direito à liberdade que no da igualdade, já que tinham intenções de manterem seus os benefícios enquanto classe.

#### 3.2.1 Conceito e dimensões da igualdade

A discussão sobre a igualdade formal avançou com as modernas Declarações de Direito que consagraram o Estado Liberal, mas já era ventilada desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, assim como aconteceu com os outros direitos fundamentais, como visto. Dessas se buscava o combate aos privilégios de certas classes em detrimento de outras, devendo o Estado garantir instrumentos para que todos pudessem exercer suas atividades de maneira igualitária (SILVA, 2005, p. 33-34).

As Constituições em geral só têm reconhecido a igualdade em seu sentido formal, uma igualdade defendida no artigo 5º, *caput*, da CF/88, que afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Essa, conforme preleciona Robert Alexy (2015, p. 393), seria o direito geral de igualdade. Mas existem outros direitos específicos de igualdade que estão previstos ao longo da Constituição, buscando consagrar a igualdade ou permitir a desigualdade para fins de viabilizar a igualdade, como quando deixa claro em seu inciso I, do artigo 5º, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, ou quando veda a distinção de salários ou funções em decorrência de sexo, idade, cor, estado civil, dentre outros aspectos (art. 7º, XXX e XXXI, CF/88).

Concordando com tal entendimento, José Afonso da Silva (2014, p. 468) entende que a Constituição reconhece a igualdade formal prioritariamente, mas trata do reconhecimento da igualdade material, que proíbe distinções fundada em valores, trazendo os mesmos exemplos expostos por Robert Alexy. Acredita ainda que por ter a República Federativa do Brasil o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), é contra qualquer tipo de discriminação, por preocupação com a justiça social e meio de concretização da igualdade material.

Resume Sidney Pessoa Madruga da Silva (2005, p. 41) que a igualdade material é a busca da concretização da igualdade formal, não sendo possível falar em uma desconexão entre as suas dimensões.

O conceito de igualdade, conforme os nominalistas, seria apenas um nome, sem verificação ou aplicação na vida real, pois os homens nascem desiguais e assim permanecem. Em oposição a essa ideia, surgiram os idealistas, que acreditam na existência de uma igualdade absoluta decorrente do estado de natureza. Uma terceira vertente, chamada realista, reconhece as diferenças entre os homens, mas também aspectos em comum por serem da mesma espécie, como características que permitem a todos a possibilidade de existirem. Não se busca uma igualdade que acabe com a diversidade existente entre os homens, pois isso demonstra uma cultura rica, e nem uma desigualdade que impeça que todos tenham uma vida digna, o que se pretende, através do reconhecimento das diferenças, é proporcionar uma igualdade jurídica que viabilize o desenvolvimento do ser humano (SILVA, 2013, p. -214-215). Vale atentar que deve a família ser um ambiente favorável para o desenvolvimento dos seus membros, viabilizando a realização dos seus projetos pessoais e garantindo-lhes uma vida digna, conforme visto no capítulo anterior.

Essa igualdade jurídica é também chamada de igualdade formal ou *perante a lei* (art. 5º, *caput*), e visa acabar com os privilégios e regalias de algumas classes ou pessoas, causadores das desigualdades econômicas. Entende-se que a lei e sua aplicação devem tratar todos de maneira igual. Fala-se, no exterior, da igualdade *na lei* e *perante a lei*. Esta refere-se à obrigação dos operadores do Direito à aplicarem as normas ao caso concreto, exatamente como elas prescrevem, enquanto que a igualdade *na lei* dirige-se aos elaboradores da lei, que devem criá-la sem distinções, exceto as já previstas na Constituição. No Brasil, essa distinção não se faz necessária, pois o princípio aqui tem como destinatários os legisladores e os operadores do Direito (SILVA, 2013, p. 216-217).

Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 599-600) afirma que a igualdade formal abrange a igualdade *na lei* e a *perante a lei*, concordando com a ideia do autor acima, afirmando que a primeira se destina aos legisladores e a segunda, aos aplicadores da lei. Sobre a igualdade material, afirma ser aquela que viabiliza o acesso aos bens da vida. José Afonso da Silva (2013, p. 217) explica que a igualdade material está explicitada no artigo 7º, incisos XXX e XXXI, e que o constituinte, ao incluir no seu texto as duas modalidades de igualdade, deixa clara a sua intenção de aproximar ambos (SILVA, 2013, p. 217). Sendo assim:

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 598).

Aristóteles, segundo José Afonso da Silva (2013, p. 215), associou o conceito de igualdade com o de justiça, tornando admissível a ideia de desigualdade para os desiguais: tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Sendo assim, não seria injusto tratar de maneira desigual pessoas diferentes, como homens e mulheres. Acrescenta José Afonso da Silva (2013, p. 218) que o princípio da igualdade não significa que o legislador não deva levar em conta as diferenças; devem ser tratadas de maneira igual quando possuírem características semelhantes ou viverem em situações semelhantes. Sendo assim, as pessoas são iguais ou desiguais sob certos aspectos e em determinados momentos.

Segundo Sidney Pessoa Madruga Silva (2005, p. 41), é por existirem desigualdades, que levam a injustiças, que se busca alcançar um patamar de igualdade real ou material. Acredita-se que a concretização do direito à conciliação da vida familiar com a laboral se presta a essa busca, a uma divisão de tarefas domésticas e cuidado com os filhos que proporcionaria menos preconceito em relação ao trabalho feminino, equiparando-o ao masculino. Para tanto, são necessárias algumas atitudes de discriminação legítimas, mas, em outras situações, estas têm agravado ainda mais a desigualdade entre os sexos, visto que algumas medidas protetivas acabam por prejudicar as mulheres, como se verá no capítulo seguinte.

### **3.2.2 Discriminação legítima e ilegítima**

Inicialmente, não se consegue perceber que as pessoas podem e devem ser discriminadas. Elas não podem ser desequiparadas em razão da raça, sexo cor ou convicção religiosa, mas as leis podem discriminar, desde que a distinção esteja prevista na Constituição e o tratamento distinto

decorra dela; o tratamento desigual que esta determina não pode ser negligenciado. Os iguais não podem ser tratados de maneira desigual e nem os desiguais como iguais (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 598).

De um lado, a CF/88 proíbe qualquer tipo de discriminação (art. 3º, IV), mas de outro determinou que a discriminação ocorresse, em nome da busca por uma igualdade material, real. Trata-se de uma discriminação legítima ou positiva. No entanto, aqueles que forem além do que ela estipulou, devem ser punidos (art. 5º, XLI) (SILVA, 2005, p. 49). Para tanto, medidas voltadas à promoção da igualdade, inclusive de gênero, devem ser tomadas pelo Estado, visando a inclusão de grupos socialmente vulneráveis e discriminados, como são entendidas as mulheres.

Qualquer elemento das coisas, pessoas ou situações podem ensejar uma discriminação legítima, imposta por lei. E isso não enseja um ato inconstitucional e nem entra em choque com o direito à igualdade, desde que haja correlação entre a peculiaridade que gerou a discriminação e o tratamento desigual tenha sido decorrente desta característica imposta pela CF/88, bem como que haja pertinência lógica na sua determinação. São distinções injustificadas e fortuitas que são proibidas (MELLO, 1998, p. 7-8).

Robert Alexy (2015, p. 407-408) descreve o dever de tratamento igual e o de tratamento desigual. Se não for possível encontrar um fundamento razoável e justo que justifique o tratamento desigual, será uma diferenciação arbitrária, portanto, proibida por lei. Remonta-se aqui à ideia de vinculação entre justiça e igualdade de Aristóteles. Percebe-se que deve haver um motivo suficientemente forte para justificar o tratamento desigual, caso contrário é uma obrigação o tratamento igual. Essa avaliação, no entanto, é subjetiva, gerando o problema de valorização dos elementos envolvidos.

Destarte, se não houver razão suficiente que permita um tratamento desigual, tem-se o dever de tratar de maneira igualitária os envolvidos. Mas, se houver razão suficientemente forte que permita um tratamento desigual, é um dever do cidadão tratar o outro de maneira desigual. São obrigações que compõem o princípio da igualdade, a exigência de um tratamento igual e a permissão de um tratamento justificadamente desigual, quando em benefício dos envolvidos (ALEXY, 2015, p. 409-411).

Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 21-32), acredita que para verificar o desrespeito à isonomia, deve-se investigar quais são os critérios discriminatórios, verificar se a justificativa utilizada para ordenar tal discriminação é racional e verificar se este fundamento está de acordo

com a CF/88. Quanto à investigação, a lei não pode estabelecer critério tão específico que discrimine definitivamente o sujeito, pois não estaria alcançando um grupo, apenas um indivíduo; pode voltar-se a um sujeito quando este for indeterminado. Ainda o elemento discriminatório deve residir na pessoa, coisa ou situação; não pode ser fator de discriminação algo que seja igual para todos, um fator externo, como o tempo e o espaço geográfico.

Quanto à correlação entre o fator de *discrímen* (elementos diferenciais de desigualação) e a desigualação procedida (efeitos jurídicos atribuídos à discriminação), o autor afirma que deve existir para que não seja ela desrespeitadora da isonomia. A discriminação não pode ser fortuita, devendo existir esse nexo entre o elemento discriminador e o tratamento jurídico a ele dispensado (MELLO, 1998, p. 37-39).

Por fim, quanto à adequação da discriminação com a CF/88, deve o elemento ter sido adotado visando o bem comum. Para que o vínculo seja constitucionalmente pertinente, devem as vantagens obtidas com a discriminação serem positivas ou, pelo menos, compatíveis com os interesses do ordenamento jurídico (MELLO, 1998, p.41-43).

O princípio da igualdade, segundo Paulo Lôbo (2017, p. 58; 61), foi o princípio que transformou mais profundamente o Direito de Família, pois determinou o tratamento igual entre homem e mulher, entre os filhos e entre as entidades familiares. Os deveres e direitos dos cônjuges/companheiros foram igualados (art. 226, §5º, CF/88), tornando mais viável a concretização do direito à conciliação da vida familiar com a profissional, pois os homens passaram, em tese, a dividir as tarefas domésticas, antes exercidas apenas pelas mulheres. A aplicação do direito na vida real tem se tornado menos distante, mas ainda existem desigualdades socioeconômicas entre homem e mulher, impondo à mulher um papel de mãe, que abre mão dos seus sonhos em prol da sua família e que não pode ter aspirações de crescimento profissional.

### 3.3 IGUALDADE E GÊNERO

A igualdade entre homens e mulheres, como dito, possui previsão constitucional (art. 5º, I) e não seria necessário seu destaque em inciso próprio, visto que já há previsão de vedação à discriminação por sexo, mas o constituinte quis valorizar os muitos anos de luta das mulheres para conquistarem seu espaço na sociedade. Devem homens e mulheres serem iguais em direitos e obrigações, sem tratamento desigual, quando em condições similares, sendo

obrigatório o tratamento desigual quando for pertinente e houver previsão, e sempre em favor da mulher (SILVA, 2013, p. 219).

Apesar disso, existem leis que conferem um tratamento diferenciado às mulheres, como é o caso da própria CLT e da Convenção de 1990 da OIT, por exemplo. A CLT já vedou o trabalho noturno, realização de horas extras e exposição a ambientes insalubres para as mulheres, não sendo mais cabível tais disposições. A Convenção, que trata do trabalho noturno, foi ratificada pelo Brasil em 2002 e, em seu artigo 7º confere um tratamento diferenciado às mulheres, orientando que devem ser “adotadas medidas para assegurar que existe uma alternativa do trabalho noturno para as trabalhadoras que, à falta dessa alternativa, teriam que realizar esse trabalho”. Sinaliza que essas medidas devem ser tomadas durante a gravidez, sendo cabível a colocação da mulher gestante em trabalho diurno, quando viável, e salienta, em conformidade com a CF/88 e a CLT, que não poderá ser demitida sem justa causa e que deverá ter os seus rendimentos mantidos em nível suficiente para garantir o seu sustento e do seu filho.

Para José Afonso da Silva (2014, p. 477-478), esse tratamento desigual, visando a proteção da mulher se faz necessária até os dias atuais porque é a mulher a responsável pelas tarefas básicas de casa, sem contar com a ajuda do marido. Acredita-se, no entanto, em discordância com o posicionamento do referido autor, que a realização das atividades domésticas devem ser repartidas, bem como o cuidado com os filhos.

Isso porque esse tipo de posicionamento do autor acaba por gerar preconceito contra as mulheres, que por vezes não são contratadas em decorrência de os empregadores preferirem contratar homens, que não saem do trabalho para cuidar dos filhos doentes ou idosos, por exemplo. Essa igualdade de gênero deve trazer um equilíbrio nas relações domésticas que se estabelecem no lar e entre os integrantes da família, bem como também devem igualar as mulheres perante o mercado de trabalho, conquistado com muita luta e sacrifícios, mas que ainda precisa de adequações. Dessa forma, verifica-se a importância de uma concretização do direito à conciliação da vida profissional com a vida familiar como um direito fundamental e a sua aplicabilidade direta às relações trabalhistas.

### **3.3.1 A luta pela igualdade e pela inclusão da mulher no mercado de trabalho**

Como visto no capítulo 2, homens e mulheres desenvolvem papéis diferenciados, desde a Antiguidade. Nesta época, segundo Alice Monteiro de Barros (1995, p. 27-30), o homem caçava

e pescava, enquanto a mulher coletava frutas, cultivava a terra e produzia vestimentas. Na Idade Média, as mulheres permaneceram ligadas à agricultura e a produção de vestuário. Do século X ao XIV, as profissões em comum cresceram, como médicas e professoras, não havendo muita divergência entre os salários. Apenas no Renascimento as mulheres começaram a perder espaço no mercado de trabalho e passaram a realizar atividades domésticas. Com a Revolução Industrial, foram requisitadas nas indústrias porque era menos dispendiosa a sua mão-de-obra. Segundo Maria Carboni (2009, p. 13), a maior mudança no universo do trabalho feminino foi com a I e II Guerras Mundiais, quando os homens partiram para as lutas e as mulheres tiveram que assumir seus trabalhos. A nação estava em perigo, o mercado desfalcado o que se tornou uma excelente oportunidade para as mulheres ocuparem o mercado de trabalho. Com o final das guerras, os homens voltaram com ferimentos e mutilações, o que os impossibilitou de voltarem aos seus trabalhos. Nesse momento, as mulheres precisaram deixar suas casa e os filhos definitivamente para tentar sustentar suas famílias.

Margareth Rago (1997, p. 580-585) afirma que, com o final da Segunda Guerra Mundial e com a consolidação do sistema capitalista, ocorreram muitas mudanças na execução do trabalho feminino. O proletariado era constituído por um imenso número de mulheres e crianças, sem cuidados e trabalhos extenuantes, cabendo-lhes as tarefas repetitivas e sem importância, que os homens se recusavam a executar. Além da exploração, sofriam assédios sexuais de colegas e chefes. No entanto, essa expansão dura pouco e as mulheres vão sendo progressivamente expulsas das fábricas, a medida em que se incorpora a mão-de-obra masculina, no início do século XX. Para André Baylão e Elisa Schettino (2014, p. 2), a absorção da mão-de-obra feminina tinha apenas o objetivo de baratear os salários e de manter disciplinadas as operárias.

A emancipação feminina teve início na década de 60, quando surgiram os anticoncepcionais. Com esta mudança, a mulher assume novos papéis, embasadas no sexo livre e no questionamento do papel imposto às mulheres, preocupando a sociedade conservadora que achava que tais atos poderiam romper com os laços familiares. Muitas das mudanças econômicas e culturais vivenciadas pelas mulheres ocorreram por mérito do movimento feminista, que surgiu como um reflexo do que estava acontecendo nas sociedades mais industrializadas e com o objetivo de consolidar a mulher na vida pública. O feminismo no Brasil teve suas peculiaridades, não sendo reprodução de modelos estrangeiros, pois vivia em um modelo de dominação portuguesa e sob forte influência da Igreja Católica (CARBONI, 2009, p. 21).

O conteúdo das reivindicações, de caráter político ou trabalhista, do movimento feminista restringia-se a novas conquistas no mercado de trabalho e à luta pela igualdade entre homens e mulheres, destacando-se a conquista do direito ao voto e da legislação trabalhista feminina. O movimento ficou associado à queima dos sutiãs em praça pública como protesto, gerando menosprezo e ridicularização do mesmo, mas foi em decorrência das suas lutas que se avançou na busca pela liberdade da mulher, da conquista do espaço desta e do exercício de sua sexualidade (CARBONI, 2009, p. 22), em decorrência da concretização da igualdade real. Essa luta por direitos e tratamento iguais aos concedidos aos homens gerou a criação de medidas protetivas ao trabalho feminino, mas que ainda precisam ser aprimoradas; algumas precisam ser retiradas do ordenamento, pois geram mais discriminação. A concretização do direito de conciliação seria um meio de proteger o trabalho da mulher, igualando a sua posição à do homem.

Tais medidas protetivas, no entanto, alcançaram seu objetivo inicial, de sinalizar que as mulheres precisavam (e, às vezes, ainda precisam) de um cuidado maior que os homens, e possuem importância histórica, motivo pelo qual se faz necessário o seu estudo.

### **3.3.2 Medidas protetivas do trabalho feminino**

Durante a Revolução Industrial, como dito, as condições de trabalho eram péssimas, mas sobretudo para as mulheres, que estavam expostas a condições de trabalho prejudiciais à saúde, longas horas de jornadas e ainda recebiam salários inferiores aos dos homens. Esse tratamento degradante gerou consequências nas famílias e para a sociedade, o que implicou no estabelecimento de legislação protetiva ao trabalho da mulher, primeiramente na Inglaterra, França e outros países da Europa. Essa medida gerou como consequência, em contrassenso, a discriminação da mulher, porque alguns empregadores preferiram contratar homens a mulheres, em decorrência das regras de proteção restritivas da atuação destas. Foi necessária a elaboração de dispositivos contra a discriminação e promoção do trabalho feminino (GARCIA, 2015, p. 1051-1052).

Afirma Rosita de Nazaré Nassar (1996, p. 558) que a normatização do trabalho feminino foi pensado exclusivamente para proteger as mulheres, por ser essa mais frágil que o homem e por ser responsável pelas atividades domésticas e cuidado com os filhos. Esse entendimento foi se afastando da realidade, visto que afazeres domésticos tem sido desempenhados pelos homens

também. Questiona-se inclusive o motivo de apenas os homens poderem trabalhar em subterrâneo, visto que há efeitos nocivos para qualquer organismo. Essa linha protetiva passou a atuar contra a mulher, pois é fator de discriminação, como já ventilado alhures, já que a mão-de-obra masculina passa a ser mais acessível e menos onerosa. Vale salientar que os salários dos homens continuam superiores aos das mulheres, mas não têm eles tantas proteções como estas possuem, como licença-maternidade de 120 dias, intervalo remunerado para amamentação, dentre outras. O foco das medidas protetivas agora é impedir a discriminação e não mais proteção de um sexo frágil.

Alice Monteiro de Barros (1996, p. 378-379) também concorda com o entendimento dos autores acima, posto que afirma que a estipulação de limites ao trabalho feminino reduziu a procura pela mão-de-obra das mulheres. E que em decorrência dessa situação degradante, foi concedida tutela especial às mulheres na Inglaterra, através do Coal Mining Act, de 1842, que proibia o trabalho das mulheres em subterrâneos. O Factory Act, em 1844, reduziu a jornada do trabalho feminino para 12 horas e vedou o trabalho noturno. Em 1878, o Factory and Workshop Act permitiu o trabalho noturno apenas para algumas situações específicas e fixou uma jornada de 55h30min. (indústria têxtil) e 60h (outras fábricas). Na Itália, surge a Lei Carcano, em 1902, proibindo o trabalho das mulheres no subterrâneo e instituindo a licença-maternidade de quatro semanas depois do parto.

No plano internacional, na Conferência Internacional do Trabalho de 1975, foi elaborada a Declaração sobre Igualdade de Oportunidade e Tratamento para Trabalhadoras, onde discutiu-se a possibilidade de mudança das leis restritivas da atuação da mulher no mercado de trabalho. Estabeleceram proteção aos riscos inerentes às atividades laborais igual à estabelecida para os homens, bem como determinou-se a obrigação de informar a todos sobre a responsabilidade das tarefas do lar (NASSAR, 1996, p. 558). O protocolo da OIT de 1990 que garante um tratamento diferenciado às mulheres será discutido no ponto 3.3.

O Decreto 21.417-A de 1932 foi a primeira norma brasileira que tratou do trabalho da mulher, proibindo-o à noite e permitindo um descanso obrigatório antes e depois do parto. Na sequência, a Constituição de 1934 proibiu a diferença de salários entre homens e mulheres que ocupassem o mesmo cargo, vedou o trabalho em lugares insalubres, garantiu um repouso antes e depois do parto, sem prejuízo de salário e do emprego e estabeleceu serviços de amparo à maternidade. A Constituição de 1937 acrescentou assistência médica e higiênica à gestante. A Constituição de 1946 ampliou a assistência médica em hospitais e estabeleceu a previdência em favor da

maternidade. A Constituição de 1967 estendeu a proibição de diferença quanto aos critérios de admissão por motivo de sexo (GARCIA, 2015, p. 1054; BARROS, 2016b, p. 705).

Na Constituição de 1988, deixou de ser prevista a vedação do trabalho feminino em locais insalubres e destacou no seu artigo 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (GARCIA, 2015, p. 1055). Especifica Alice Monteiro de Barros (1996, p. 381), que a CF proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX). Ainda, a licença-maternidade foi dilatada de 84 para 120 dias, sem prejuízo de salário e emprego. Com a reforma trabalhista, muitas dessas medidas protetivas se perderam, mas tratar-se-á delas no próximo capítulo.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT/1943), no plano infraconstitucional, previu diversas normas protetivas, consolidadas em um título específico, no capítulo III. Além disso, o trabalho noturno passou a ser permitido, para mulheres acima de 18 anos, assim como a compensação de jornada por acordo coletivo. A Lei 6.136/1974, transferiu o ônus da licença maternidade para a Previdência Social, que antes era do empregador, e a Lei 10.244/2001 permitiu a prorrogação de jornada pelas mulheres. Ainda, foram excluídas medidas que tinham como objetivo inicial a proteção da mulher, mas que depois verificou-se não haver mais justificativa para a sua manutenção, em decorrência da discriminação gerada, do panorama atual e da igualdade entre os sexos prevista pela Constituição (GARCIA, 2015, p. 1055-1056).

Essa busca pela igualdade entre homens e mulheres é uma igualdade mitigada, visto que garante um tratamento desigual, visando a proteção do trabalho da mulher; trata-se de discriminação legítima, a depender das circunstâncias, visando corrigir as desigualdades existentes em decorrência de aspectos fisiológicos. O legislador, em decorrência dessas disparidades, estabeleceu proteção antes e durante o contrato de emprego (MARTINEZ, 2015, p. 725).

Tal busca pela igualdade e sua mitigação, quando for benéfico para a mulher, podem ser comprovadas no art. 372 da CLT, que afirma que “os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo”.

Antes de iniciado o contrato de emprego, foi determinada a proibição de realização de exames relacionados à esterilização ou estado gravídico da mulher (art. 2º, I, da Lei 9.029/95 c/c art. 373-A, IV, CLT) e de publicação de anúncios de emprego no qual há restrições quanto ao sexo (art. 373-A, I, CLT). Também é vedada a recusa a emprego ou dispensa em razão do sexo (art. 373-A, II, CLT), a consideração do sexo para determinação da remuneração (art. 373-A, III,

CLT) e a atuação com o objetivo de impedir o acesso da mulher em empresas privadas (art. 373-A, V, CLT). Depois de realizado o contrato, o legislador estabeleceu proteção quanto aos métodos e locais de trabalho, períodos de descanso, limitação do uso da força muscular, vedação à revistas íntimas e amparo à maternidade (MARTINEZ, 2015, p. 725-727).

Alice Monteiro de Barros (2016b, p. 728-731) entende que o combate à discriminação está inserido no princípio da igualdade. Mesmo havendo previsão legal para evitá-la, a discriminação está presente na sociedade. A autora afirma que o combate à discriminação da mulher casada ou grávida está previsto no art. 391, *caput* e §1º da CLT, quando afirma-se que “não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez”, “não serão permitidos [...] restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez”.

A lei 13.509 de 22 de novembro de 2017 acrescentou o parágrafo único do art. 391-A, que afirma que a estabilidade provisória da empregada gestante aplica-se a empregada adotante, a qual tenha sido concedida apenas a guarda provisória.

Apesar dessas normas, é comum o empregador investigar questões pessoais antes de contratar uma pessoa para ser sua empregada. Também é meio de discriminação a violação da sua intimidade, como, por exemplo, interferência do empregador no planejamento familiar do empregado. Infrações a algum dos dispositivos que garantem a proteção da mulher implicam na imposição de multa ao empregador, aplicada pela Delegacia Regional do Trabalho.

A Convenção da OIT nº 111, de 1958, no seu art. 1º, define discriminação, no plano internacional, como sendo:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, côr, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprêgo 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 emprêgo 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.

A própria Convenção determina que algumas distinções feitas não se configuram como discriminação, como a que é feita em favor da mulher gestante, nem quando se restringe uma vaga de emprego a um determinado sexo. A OIT, inicialmente, estabelece restrições excessivas ao trabalho da mulher, quanto ao local, horário e condições, mas depois atua no sentido de favorecer a inserção da mulher no mercado de trabalho. Buscando a igualdade de remuneração, tem-se a Convenção nº 100, de 1951. Tratando da igualdade de tratamento e oportunidades para

as mulheres, foi elaborada a Convenção nº 111. Em 1979, a Convenção das Nações Unidas buscou a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher; o Brasil ratificou esta em 1984, com algumas reservas (BARROS, 2016b, p. 741-754).

Sob influência dessas medidas internacionais, em 1989, a Lei nº 7.855 derogou dispositivos da CLT que proibiam o trabalho feminino noturno, em subterrâneo e em atividades perigosas e insalubres. Em 1995, a Lei nº 9.029 estipulou que certas condutas vexatórias deveriam ser consideradas crimes, como a realização de testes de gravidez e promoção ao controle de natalidade por parte do empregador. Em 2002, o Brasil aprovou o texto da Convenção sobre Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Outras medidas foram e têm sido adotadas com o fito de combater a discriminação, no Brasil e no mundo (BARROS, 2016b, p. 754-757).

Como dito, muitos desses dispositivos protetivos foram alterados ou excluídos com a reforma trabalhista, o que implica em grande retrocesso e descaso com essa história de luta diária das mulheres. Este trabalho tratará mais especificamente de alguns deles no próximo capítulo.

## **4 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONCILIAÇÃO DA VIDA PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR**

É sabido que parte da discriminação que as mulheres sofrem no trabalho está relacionada com a sua necessidade de cuidar dos filhos e realizar suas tarefas domésticas. É por buscarem conciliar a sua vida laboral com a sua vida familiar que são preteridas no momento da contratação e ao longo do vínculo empregatício. Por isso, faz-se necessário um aprofundamento sobre o direito de conciliação, verificando como outros países lidam com essa situação e expondo as medidas já utilizadas pelo Estado para que seja possível o equilíbrio entre essas duas esferas da vida das mulheres e dos homens.

O direito à conciliação da vida profissional com a vida laboral é direito fundamental autônomo, que necessita da incidência da igualdade nas relações de emprego como meio de viabilizar a conciliação, bem como a possibilidade da concretização do direito à convivência. É direito implícito, que pode ser extraído desses direitos fundamentais: igualdade nas relações trabalhistas e convivência familiar.

### **4.1 CONCEITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONCILIAÇÃO DA VIDA PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR**

Segundo Rosa Monteiro e Liliana Domingos (2013, p. 60), foi a partir de 1990 que se desenvolveu com maior destaque a questão da conciliação entre a vida familiar e profissional, estimulada por organizações políticas internacionais, como a União Europeia e as Nações Unidas. Atualmente, a temática tem sido discutida em nível internacional e nacional como meio de se alcançar a igualdade de gênero, viabilizar o aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho e promover a partilha das tarefas de cuidar da casa e da família entre ambos os sexos.

O direito à conciliação da vida profissional com a vida familiar está consagrado na Constituição da República Portuguesa (CRP/1976), no seu artigo 59.º, n.º 1, b, e afirma que:

Todos os trabalhadores sem distinção de sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: b) à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar.

Segundo Vanda Mendes (2015, p. 3), começou-se a pensar nesse direito no final do século XX, em decorrência das transformações na composição sócio-profissional da população portuguesa industrializada. Houve um aumento no número de mulheres que começaram a trabalhar o que gerou uma modificação dos modos de organização da vida familiar, mas não houve uma mudança na organização do lar. As mulheres possuem dificuldade em ocupar posições superiores, pois estar nestes cargos implica em ter disponibilidade o tempo inteiro para o trabalho, com possibilidade de deslocar-se para outros locais, ter elevada qualificação e não ter envolvimento com outras áreas da vida.

Dificultando ainda mais a conciliação da vida laboral com a familiar, estão os costumes da sociedade tradicional portuguesa, onde acredita-se que o homem não deve desempenhar as atividades domésticas na mesma intensidade que as mulheres as fazem. Também cabe às mulheres o cuidado com os idosos dependentes e debilitados, que estão vivendo mais nos dias atuais. O mesmo pensamento é existente e reproduzido no Brasil, em decorrência da sua colonização portuguesa. Ainda, em tempos de crise e competitividade acirrada, as pessoas, por medo de perderem seus empregos, permanecem mais tempo do que deveriam trabalhando. Associado a esse cenário, o Estado não possui infraestrutura para auxiliar as famílias, apesar de já terem normatizado o direito de conciliação (MENDES, 2015, p. 4-5).

Os primeiros diplomas portugueses sobre a igualdade entre homens e mulheres surgiram na década de 70, buscando instrumentos que auxiliassem as mulheres na admissão destas no mercado de trabalho. Na sequência, buscou-se estabelecer medidas de promoção da igualdade de oportunidades para homens e mulheres, fomentar a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e impulsionar a paridade (MENDES, 2015, p. 6).

Maria Margarida Moreira (2011, p. 11; 13) acredita ser necessária uma mudança da mentalidade da sociedade em relação aos papéis do homem e da mulher no mercado de trabalho e no lar. É de fundamental importância para a concretização do direito à conciliação que os homens assumam mais as tarefas domésticas para que a mulher possa se dedicar à sua profissão. Como medidas adotadas pelo Governo português encontra-se: a promoção de responsabilidade ao homem com as atividades domésticas; introdução de novas formas de trabalho com flexibilidade de horário; e a facilitação das ausências ao trabalho por motivo de parentalidade ou para assistência a familiares.

Tem sido reconhecido, segundo a autora (2011, p. 60-61) que trabalho e família não são esferas separadas, mas mutuamente dependentes, que homens e mulheres devem partilhar papéis e que os estados e as organizações devem proporcionar condições de articulação daquelas esferas. Tal

entendimento ampliou a legislação protetiva e os investimentos em equipamentos sociais para o apoio das famílias, como as creches, por exemplo.

Quando se fala em viabilizar a conciliação da vida profissional com a familiar, deve-se buscar as políticas públicas cabíveis. Segundo Maria José Herrero (2008, p. 1), a Suécia é vista como percussora no desenvolvimento de dispositivos de políticas familiares e continua inovando. A partir da metade do século XX, esse país passa por uma profunda transformação econômica, sendo possível o comprometimento dos sindicatos dos trabalhadores e do patronal a fim de alcançar uma paz social, viabilizada pela gestão de instituições públicas relacionadas com o mercado de trabalho. Esse novo objetivo político afetou diretamente o modelo familiar em voga na época, modelo pautado no patriarcalismo, onde o homem é o provedor e a mulher cuida do lar e dos filhos.

A política familiar sueca é uma política social de ajuda a todos os membros que compõem uma família e este é um dos pilares do seu modelo de Estado de bem-estar social, o que é possível diante de uma economia forte e da participação de toda a sociedade. A família deixou de ser instituição de referência da organização social para ser considerada uma das possíveis formas de convivência que uma pessoa livre pode optar em ter. Logo, as políticas familiares não têm como objetivo proteger a concepção de família, mas sim ajudá-la, respeitando sua pluralidade e suas formas de vida (HERRERO, 2008, p. 2).

Conforme Maria José Herrero (2008, p. 2-3), a intervenção do Estado está orientada para o indivíduo, vivendo em família ou não. Dessa maneira, homem e mulher têm os mesmos direitos e devem garantir os direitos sociais às crianças; é uma política voltada para o cuidado com a infância e o incentivo ao trabalho, com participação ativa e direta de toda a sociedade e do Estado. Busca-se o bem estar de toda a sociedade, objetivando a igualdade de oportunidades, independentemente da origem e do sexo, evitando a pobreza e exclusão social. Percebe-se que outro grande objetivo do Estado é que a população intervenha no mercado de trabalho, sendo necessário impulsionar a mulher para que tenha vida laboral ativa. Para tanto, cruciais são as medidas que viabilizem a conciliação desta com a vida familiar.

O sistema de proteção orientado à família tem um alto nível de caridade e uma ampla gama de instrumentos, tendo por base três pilares: as prestações familiares para a infância; os seguros parentais e os serviços de cuidado e atenção à infância. E são esses os posicionamentos e atitudes que viabilizam a possibilidade de concessão do direito de conciliação da vida profissional com a vida familiar. No primeiro pilar, a infância está no centro da atuação, garantindo o sustento econômico e desenvolvimento das crianças, de maneira universal,

visando uma redistribuição horizontal ao igualar as condições das famílias. As mães recebem um valor, estabelecido pelo Parlamento, no mês de nascimento dos seus filhos, em valores iguais para todas as crianças, independentemente de renda familiar e idade (HERRERO, 2008, p. 4).

No segundo pilar, segundo Maria José Herrero (2008, p. 5), estão os seguros parentais, direito individual e intransferível mesmo entre os pais, conhecidos como licenças parentais para os brasileiros. São de longa duração, com possibilidades amplas para serem desfrutados e com um valor baseado no salário anterior. A Suécia foi o primeiro país a conceder a licença parental em 1974 e tem quatro objetivos: ser sustento financeiro para os pais; garantir o retorno ao mercado de trabalho apenas após a licença; promover a igualdade entre os pais frente as responsabilidades familiares e viabilizar o bem estar e o interesse das crianças, ao manter o contato destas com seus pais.

No momento, o valor equivale a 80% do salário dos pais e com duração de 390 dias, sendo que os últimos 90 dias se remuneram com uma quantia fixa, igual para todos. O período pode ser dividido entre os pais, da maneira que for mais conveniente, salvo 60 dias que são exclusivos dos homens; essa medida teve como objetivo incentivar a participação destes no cuidado com as crianças, que não estavam sendo suficientes. Esse período pode ser utilizado do nascimento até que a criança complete oito anos de idade, podendo ser contínuo ou não, mas não pode ser gozado simultaneamente pelo pai e pela mãe, apesar de poderem optar por trabalhar em tempo parcial, cada um, alternando os cuidados com a criança. Os empregadores não podem se opor ao acesso dos pais aos seus filhos, devendo os trabalhadores cumprirem apenas a condição de terem trabalhado nos seis meses anteriores à concessão da licença e doze meses nos últimos 12 anos. Outras licenças são cabíveis como o afastamento por 120 dias para cuidar de filhos doentes, menores de 12 anos, bem como os “dias de contato”, onde os pais vão às escolas para participarem das atividades dos seus filhos. Tais dispositivos são uma tentativa de incluir o homem na vida familiar, a mulher no mercado de trabalho e as crianças na vida social (HERRERO, 2008, p. 5-6).

E no terceiro pilar está a atenção e cuidado com a infância, prestados em centros especializados, com o objetivo de promover o bem estar das crianças e facilitar o acesso dos pais ao mercado de trabalho. Nos anos 90, a situação dos centros se agrava porque há um aumento do número de mulheres que vão trabalhar fora de casa, aumento da taxa de natalidade e também aumento do número de desemprego, inviabilizando o sustento das crianças por parte dos pais. Em 1992, foi autorizada a criação de empresas privadas para cuidar das crianças e em 1994 foi criado subsídio para que os pais cuidassem dos seus filhos, em tempo parcial, nas suas residências, as

tais medidas foram abolidas pelo governo de direita que retornou ao poder (HERRERO, 2008, p. 9-10).

Eles implementaram uma nova estrutura dos centros públicos, que abarcam cinco tipos de centros, acolhendo todas as crianças com menos de 6 anos, bem como as crianças de sete a 12 anos, na realização de atividades escolares e extraescolares. Esse modelo de política familiar viabilizou o aumento da taxa de natalidade mesmo diante da crise econômica vivida pelo país, visto que diante da situação de incerteza e temor de não conseguir conciliar o emprego com a maternidade, as famílias optaram em não ter filhos. Em decorrência do auxílio estatal, essas taxas voltaram a subir (HERRERO, 2008, p. 13).

Trata-se de modelo que deve ser utilizado como base para a formação do modelo brasileiro, mas que deve ser aprimorado, visto que possui como um dos seus objetivos a promoção da igualdade entre homem e mulher, mas o que se tem percebido é que mulher vem se inserindo cada vez mais no mercado de trabalho em cargos inferiores aos dos homens e o homem não tem participado das atividades familiares. A chave para viabilizar a conciliação da vida familiar com a profissional, na Suécia, segundo a autora (2008, p. 16), tem sido o trabalho em tempo parcial e pode esse modelo ser aplicado em outros países, com as devidas adequações.

Tais condutas podem ser comprovadas em reportagem de Ana Carbajosa (2015, p. 1-2), publicada no jornal El País, tratando sobre a viabilidade do direito à conciliação na Suécia. A autora descreve a rotina de trabalho de um homem, pai de uma criança de 2 anos de idade, em uma empresa de tecnologia espacial. Em seu trabalho, não precisa necessariamente ir ao escritório, pode escolher trabalhar em casa, nem tem horário de jornada diária definido, exige-se apenas que faça bem o seu trabalho e o entregue no tempo. Afirma ainda que a flexibilização de horários e trabalho à distância não são exceções, mas sim a norma a ser seguida pelas empresas. Também não é habitual trabalhar até tarde e trabalhar mais horas por dia não implica em ser um excelente profissional, ao contrário, quem fica no trabalho depois das 17 horas é malvisto por ser sinônimo de ineficiência e falta de responsabilidade com a sociedade.

Para que se consiga ter os melhores profissionais, é normal que empresas concedam dias livres, jornadas curtas e liberdade para o funcionário determinar seus horários, e essa flexibilidade de horários deve atender aos empregados e empregadores. O objetivo é criar cidadãos saudáveis, que devem conseguir conciliar suas vidas pessoal, laboral e familiar. O entrevistado, por exemplo, tirou licença-paternidade de 11 meses quando seu primeiro filho nasceu. Quando nasceu o segundo, tirou dez dias e depois mais um mês, recebendo 50% do seu salário nesse período, sem trabalhar. Acrescenta que a licença “verdadeira” vai tirar no ano seguinte para aproveitar

as férias com os filhos, pelo período de 13 meses. Ainda, não faltar ao trabalho várias vezes ao ano para cuidar de um filho doente é um descumprimento das obrigações de pai (CARNAJOSA, 2015, p. 2;5).

O entrevistado ainda sinaliza que ter que ficar no trabalho até tarde, como acontece na Espanha, no Brasil e em outros países, não é um incentivo para que se seja eficiente, já que há a obrigação de permanência no local do trabalho, tendo terminado ou não a sua tarefa. Essa longa jornada implica na impossibilidade de se cuidar dos filhos e dos pais e vai de encontro ao que as novas tecnologias proporcionam ao ser humano. No entanto, um modelo com tamanha liberdade não é para todos os empregados, apenas para aqueles que têm responsabilidade e sabem conciliar sua vida profissional com a vida familiar e a pessoal (CARNAJOSA, 2015, p. 2-3).

Alguns autores, segundo Ana Carnajosa (2015, p. 6), acreditam que é possível que se chegue a um excesso de cuidado com os filhos, mas a ideia é que se eduquem os filhos e que seja transmitida uma ideia de humildade, pois todos são substituíveis (quando estão de licença) e fazem as tarefas domésticas, em decorrência dos elevados custos para contratar uma empregada doméstica.

Carmem Ramírez (2011, p. 389-391) trata do modelo espanhol de atenção ao direito de conciliação. Assim como Maria José Herrero (2008), faz referência à necessidade de conciliar a vida profissional com o cuidado das pessoas maiores e à necessidade de integrar a corresponsabilidade do homem e da mulher no âmbito das atividades da casa, principalmente com o cuidado com o dependente. O foco da autora não está nos menores, mas sim nos maiores, dependentes ou não do outro, mas que necessitam de cuidados, de atenção e ajuda por apresentarem limitações físicas ou psíquicas na realização de atividades diárias, podendo ser idosos ou adultos com alguma deficiência. Percebe-se que não são apenas os cuidados com os filhos que têm impedido o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, mas também o cuidado com esses maiores, sendo, em sua maioria, seus companheiros ou pais.

A Lei ordinária espanhola nº 3 de 22 de março de 2007 expõe algumas medidas que podem promover efetivamente a igualdade entre homens e mulheres, reconhecendo o direito a conciliação da vida pessoal, familiar e laboral, impondo uma corresponsabilidade entre homens e mulheres na realização das obrigações familiares. A autora dá preferência nas medidas para viabilizar o cuidado com os maiores. A Lei 12/2007 de Andalucía contempla a conciliação entre vida laboral, familiar e pessoal, como meio de promover a igualdade de gênero, enfatizando nos cuidados com os menores. Para tanto, fala da necessidade de impulsionar a criação de infraestruturas e serviços que viabilizem essa conciliação, facilitando o cumprimento das

responsabilidades familiares. Ainda tratam do assunto a Lei 9/2003, de Generalitat Valenciana e a Lei 7/2004, da Galícia (RAMÍREZ, 2011, p. 391-392). No Brasil, não há nenhuma expectativa de criação de lei que possa auxiliar nessa luta diária.

A LO 3/2007 reconhece o direito que os trabalhadores têm de adaptar a duração e distribuição da jornada de trabalho, mediante acordos ou negociações coletivas, mostrando a efetividade do direito à conciliação. Viabiliza também o direito do trabalhador de se ausentar do trabalho por dois dias (quatro se necessário), mediante aviso prévio e justificação adequada, como doença ou acidente graves, falecimento, internação em hospitais, dentre outras (RAMÍREZ, 2011, p. 392-393).

Outra possibilidade é a redução de jornada de trabalho, com diminuição proporcional de salário, por precisão de cuidar de pessoa que esteja em sua guarda com incapacidade física, psíquica ou sensorial, e não possa realizar atividade remunerada para seu sustento próprio. A idade e a impossibilidade de cuidar de si mesmos são condições conjuntas que determinam a possibilidade de tal redução. O direito de sair para cuidados familiares pelo período de dois anos é outra medida que viabiliza a conciliação da vida profissional com a vida familiar. São possíveis outras formas de efetivar esse direito através da negociação coletiva, mesmo aquelas que não previstas em lei. São também alguns meios que permitem a conciliação o afastamento para o parto, a adoção e por razões de violência de gênero (RAMÍREZ, 2011, p. 393-394).

A autora (2011, p. 395-397) aponta algumas deficiências do modelo espanhol e acredita que medidas legais devem ser criadas para viabilizar a igualdade entre homens e mulheres. Há ausência de permissão para acompanhar familiares em consultas médicas, mas pode haver reivindicação nesse sentido em negociações coletivas, onde são definidos o grau de parentesco e o número de saídas autorizadas. Há previsão de permissão, por tempo indispensável, para o cumprimento de deveres relacionados com a conciliação da vida familiar com a vida laboral, mas não há especificação em lei sobre quais seriam esses deveres e nem sobre qual a duração do tempo indispensável para a realização do que se quer concretizar. Os cuidados com esse direito de conciliação vem adquirindo força, sendo hoje viável a adaptação da jornada, flexibilização de horários, possibilidade de escolha do turno e do dia do descanso semanal; o que não era cabível quando começou a discussão sobre o tema em 2000.

Essa discussão recente está relacionada também com a mudança na aceitação de modalidades familiares diversas e a luta das mulheres por igualdade, conforme visto no capítulo 1. A repartição não equitativa das responsabilidades familiares entre homens e mulheres, conforme Maria do Rosário Palma Ramalho (2003, p. 270), é fonte de discriminação entre os sexos.

Também sofrem os homens que querem participar mais ativamente da vida familiar e do cuidado dos filhos, exercendo seu direito à paternidade, pois são discriminados e ainda não têm direito às proteções que têm as mulheres.

Segundo a autora (2016, p. 273-274), para que se efetive a igualdade entre os sexos e, conseqüentemente, o direito à conciliação é necessário um suporte jurídico para que uma intervenção normativa comunitária na área da maternidade, paternidade e da conciliação aconteça. Acredita que esse suporte encontra-se no Tratado de Amsterdã, assinado pela Comunidade Europeia, que tem como uma das suas missões a promoção à igualdade entre homens e mulheres. Uma intervenção para viabilizar a conciliação deveria assegurar uma repartição das responsabilidades familiares, inerentes ao pai e a mãe trabalhadores.

No Brasil, começou-se a delinear alguns mecanismos que podem ajudar na conciliação da vida profissional com a vida familiar. A reforma trabalhista limitou alguns desses mecanismos e não aproveitou para criar novas e exequíveis possibilidades de viabilizar um aumento da qualidade de vida dos trabalhadores e, como se viu, melhora dos seus desempenhos, gerando benefícios para os empregados e empregadores.

#### 4.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONCILIAÇÃO DA VIDA PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR NO CONTRATO DE EMPREGO

O direito à conciliação da vida profissional com a vida familiar é, em tese, um direito do empregado que deve ser viabilizado mediante a propositura de contratos de emprego adequados à vida em família e em sociedade, garantindo tempo livre para os empregados usufruírem como desejarem. Vale sinalizar a diferença entre relação de trabalho e de emprego, tendo esse trabalho se restringido à relação de emprego, visto ser essa mais inflexível em decorrência da existência da subordinação, que pode dificultar a concretização do direito à conciliação da vida profissional com a vida familiar.

Segundo José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 117-119), o empregado é espécie do gênero trabalhador, sendo este dividido em duas espécies: o autônomo e o subordinado. Autônomo é o trabalhador que utiliza a sua energia sob a sua direção, podendo obter resultados para si mesmo ou para outrem. Já o subordinado é aquele que utiliza a sua energia por outra pessoa, em proveito desta. O empregado, por sua vez, é subordinado, assim como trabalhadores avulsos e eventuais são autônomos.

Os empregados são membros de alguma entidade familiar e, assim como pais e filhos, devem viver em família, juntamente com outros parentes com os quais possam estabelecer vínculos de afetividade. Destarte, os trabalhadores precisam ter tempo livre para conviver com sua família, bem como de outras medidas para viabilizar materialmente essa convivência e auxiliar na formação pessoal e social dos membros, sendo necessário o estabelecimento de uma economia forte e de assistência estatal.

#### **4.2.1 A eficácia horizontal direta e imediata como mecanismo concretizador deste direito fundamental**

Um mecanismo concretizador do direito à conciliação da vida laboral com a vida familiar é a eficácia horizontal direta. Como visto, a eficácia horizontal refere-se a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, podendo-se exigir dos particulares que não violem esses direitos e que os implementem também. Verificando a sua viabilidade, a teoria da eficácia direta ou imediata afirma que os direitos fundamentais podem e devem ser aplicados de maneira direta nas relações privadas, inclusive as trabalhistas. Sendo assim, faz-se necessário que o direito à conciliação seja considerado um direito fundamental, com aplicação imediata nas relações familiares e laborais.

Os direitos específicos dos trabalhadores são reconhecidos como direitos fundamentais de segunda dimensão. Os direitos inerentes a igualdade e liberdade do trabalhador são considerados direitos fundamentais da primeira, não podendo haver renúncia em contrato de trabalho, por ser instrumento que reflete a autonomia das partes, mas que deve respeitar uma base essencial dos direitos fundamentais (CARREIRA, 2014, p. 6).

Os direitos fundamentais funcionam como orientadores da interpretação da Constituição e da lei infraconstitucional, irradiando efeitos por todo o ordenamento, conforme explanado, em decorrência da sua dimensão objetiva, visando a garantia da dignidade da pessoa humana, incluindo a esfera laboral. A estrutura desigual brasileira impõe a obrigação da aplicabilidade direta desses direitos, pois os empregados se submetem a situações vexatórias, por necessidade de manutenção dos seus empregos e salários para sua própria sobrevivência e da sua família. Essa postura ofensiva do empregador deve ser fiscalizada pelo Direito do Trabalho (WYZYKOWSKI, 2015, p. 106-107).

Como visto no capítulo anterior, os princípios fundamentais incidem nas relações jurídicas desiguais (como acontece com as relações trabalhistas) e naquelas onde não se observa a desigualdade entre as partes, sendo possível em decorrência da proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pode resultar em uma colisão de direitos, solucionada pela ponderação de direitos (SILVEIRA, 2010, p. 4).

Adriana Wyzykowski (2015, p. 109-112) acrescenta que os empregados são titulares de direitos fundamentais trabalhistas, mas também de direitos fundamentais como cidadãos. A inserção direta desses direitos nas relações em que os trabalhadores estão envolvidos seria um meio de diminuir as desigualdades inerentes ao contrato de trabalho, onde o empregador dispõe de poderes para orientar a atuação do empregado, bem como de demiti-lo a qualquer tempo, enquanto o trabalhador, hipossuficiente, oferece a sua força de trabalho. Os contratos se submetem à autonomia privada, entre particulares, sendo então possível a sua vinculação aos direitos fundamentais. E para que seja eficiente e impeçam a atuação atentatória à CF/88, devem ter sua aplicabilidade garantida de maneira imediata nas relações laborais.

Um dos direitos fundamentais necessários para a manutenção da família e da atividade laboral, segundo discussão já realizada neste trabalho, é o direito à igualdade, pois inviabiliza a concessão de privilégios e distinções entre os indivíduos. Todos devem ser tratados igualmente, na medida em que são iguais, mas devem ser tratados de maneira desigual, quando diferentes.

Como visto, as leis podem discriminar, desde que a distinção esteja prevista na Constituição e o tratamento distinto decorra dela. Destarte, se não houver razão suficiente que permita um tratamento desigual, tem-se o dever de tratar de maneira igualitária os envolvidos. Acredita-se que algumas formas de proteção do trabalho feminino não se fazem mais necessárias, visto que a mulher alcançou um patamar de igualdade, independentemente do gênero, como já aconteceu antes, não havendo mais fundamento para esse tratamento desigual, exceto quanto a condição da maternidade. As mulheres eram tolhidas de realizarem trabalho noturno, em condições insalubres, perigosas e penosas, bem como a fazerem grande esforço físico e realizarem horas extras. Tais entendimentos foram revogados.

Nesse momento, a sociedade precisa de formas de viabilizar a conciliação das vidas laborais e familiares dos membros da família, objetivando o desenvolvimento destes, afim de propiciar uma dignidade mínima para a pessoa humana, material e moralmente. Do ponto de vista da sociedade, a família deve instruir o indivíduo para que seja produtivo para a sociedade, conforme visto anteriormente.

## **4.2.2 Formas de consagração do direito fundamental de conciliação no contrato de emprego**

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o direito fundamental a conciliação através de algumas possibilidades, mas não o elencou diretamente como um direito fundamental; é um conceito material de direito fundamental. Alguns meios de viabilizar a conciliação, já previstos no ordenamento brasileiro, são: a não realização de horas extras habitualmente; o respeito aos intervalos e descansos trabalhistas e a proteção da maternidade e da paternidade.

### *4.2.2.1 Não realização de horas extras habituais*

Para a compreensão sobre a jornada extraordinária faz-se necessária a distinção entre duração, horário e jornada. Segundo Maurício Godinho Delgado (2016, p. 957-959), duração do trabalho é o termo mais amplo, abrangendo o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado perante o empregador, podendo ser mensurada através do dia, semana, mês ou ano trabalhado. Já o horário de trabalho faz referência ao lapso temporal entre o início e o fim da jornada de trabalho, devendo esse ser anotado em registro de empregados (art. 74, § 1º, CLT). A jornada de trabalho é entendida como o tempo diário em que o empregado tem que estar laborando ou à disposição do empregador, em virtude do contrato de trabalho, bem como o tempo incluído por determinação legal, como o intervalo intrajornadas.

A jornada de trabalho, segundo Gustavo Garcia (2015, p. 892-894), pode ser classificada quanto ao período trabalhado (diurna ou noturna) e quanto à sua duração (normal e extraordinária). A jornada normal é a comum, de oito horas por dia, podendo, no entanto, haver previsão legal ou em convenção para uma jornada mais benéfica ao empregado. A jornada extraordinária é aquela em que há labor por período maior que o período normal, acordado em contrato de emprego. Alice de Barros (2016b, p. 438) concorda com tal conceito, afirmando que a hora extra ocorrerá quando o trabalho for realizado fora da jornada normal do empregado, podendo ser legal ou convencional (por acordo ou convenção coletiva).

A Consolidação das Leis Trabalhistas diferencia as horas extras das horas suplementares, conforme pode-se depreender dos seus artigos 59, 60 e 61. Horas extras são aquelas que ocorrem em situações imprevisíveis, decorrentes de atendimento a necessidades imperiosas,

como força maior, serviços inadiáveis e reposição de paralisação. Essa extrapolação não pode se tornar permanente. Já as horas suplementares estão relacionadas a um acréscimo de jornada regular, predeterminado, em virtude de acordo prévio, como acontece no acordo de compensação de jornada e no de prorrogação (BARROS, 2016b, p. 438; DELGADO, 2016, p. 1020-1021; GARCIA, 2015, p. 894). Acrescentam Amauri e Sônia Mascaro Nascimento (2014, p. 801) que a verificação das horas extras depende de determinação da lei da jornada padrão, de outras leis que fixam diferentes jornadas normais e de negociações coletivas.

Conforme preleciona Maurício Godinho (2016, p. 959-961), são três os critérios básicos para fixação da jornada de trabalho, sendo eles o tempo efetivamente laborado, o tempo à disposição do empregador e o tempo de deslocamento da residência ao trabalho e deste para a residência. O tempo efetivamente laborado corresponde ao lapso temporal em que há transferência direta de força de trabalho do empregado em benefício do empregador. O tempo à disposição compõe a jornada de trabalho, independentemente de ocorrer o efetivo labor ou não (art. 4º, CLT). Ainda dentro desse critério, tem-se o período de deslocamento interno, entre a portaria da empresa e o local do trabalho (súmula 429, TST), e o tempo residual constante no cartão de ponto (art. 58, § 1º, CLT e súmula 366, TST).

O § 2º do art. 4º, CLT foi alterado pela Reforma Trabalhista e tem a intenção de esclarecer o conceito de tempo à disposição, informando que o fato de estar dentro das dependências da empresa não significa necessariamente que o empregado está à disposição do empregador. Essa prática já existia no TST desde 1980 (SILVA, 2017, p. 24).

O terceiro critério é o tempo de deslocamento (horas *in itinere*), que considera-se um componente da jornada de trabalho. Trata-se de tempo despendido pelo trabalhador da sua residência ao seu trabalho e o retorno deste para a sua residência, onde não há uma efetiva prestação de serviço. A Lei 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, alterou o §2º do art. 58 da CLT, afirmando que não se computa mais o tempo que o empregado gasta até a ocupação do seu posto, ou seja, o tempo percorrido entre o portão da empresa e o local onde realiza seu serviço. A reforma também alterou o entendimento do tempo *in itinere*, sendo este período excluído como tempo de serviço; para que seja computado na jornada, é necessária a presença de alguns requisitos, previstos no §3º, do artigo 58, da CLT (CASSAR, 2017, p. 605-607).

Sendo assim, resumem Sônia e Amauri Mascaro Nascimento (2014, p. 794-795), que jornada é medida do tempo de trabalho, onde estão incluídos o tempo efetivamente trabalhado, o tempo à disposição do empregador, o tempo *in itinere* e os intervalos para descanso, que veremos no próximo tópico.

Compreende-se que serão jornadas extraordinárias aquelas que extrapolarem a jornada padrão (8 horas diárias ou 44 horas semanais), a fixada por regra jurídica ou a pactuada em cláusula contratual. As jornadas extraordinárias podem ser, quanto ao fato ensejador da prorrogação, decorrentes de: acordo de simples prorrogação de jornada (art. 59, *caput*, CLT); acordo de regime de compensação de jornada ou banco de horas (art. 59, § 2º, CLT); força maior (art. 61, *caput* e §2º, CLT); atendimento a serviços inadiáveis (art. 61, *caput*, da CLT) e reposição de paralisações empresariais (art. 61, §2º, CLT) (DELGADO, 2016, p. 1020; 1023).

A Reforma Trabalhista dispensou a comunicação com antecedência ao Ministério do Trabalho e Emprego do prorrogamento da jornada por acordo ou por força maior de menores e mulheres, quando foi alterada a redação do § 1º, do art. 61, CLT. Incluiu o §5º do art. 59, CLT, permitindo o ajuste individual escrito sobre o banco de horas, desde que a compensação aconteça no período máximo de 6 meses (CASSAR, 2017, p. 48; 621).

Alice Monteiro de Barros (2016b, p. 438) acrescenta que a CLT não limita a realização das horas extras a situações de necessidade imperiosa, sendo possível mediante acordo escrito entre as partes, acordo ou convenção coletiva, desde que não exceda as duas horas diárias e mediante pagamento de indenização.

Essa previsão de pagamento de indenização decorre do fato de ser danosa a realização habitual de horas extras, conforme Súmula 291, do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Horas extras habituais são aquelas prestadas pelo período de um ano, junto ao mesmo empregador (Súmula 291, TST) e devem ser incorporadas à remuneração do empregado (Súmula 24, TST). O adicional mínimo de todas essas modalidades de prorrogação de jornada está previsto no art. 7º, XVI, da Constituição Federal, em 50% sobre o valor da hora normal. Esse percentual da CF/88 foi inscrito no art. 59, §2º, CLT, que antes estava desatualizado, no valor de 20% (SILVA, 2017, p. 40).

São excluídos de receber esse pagamento os funcionários cuja fiscalização do período da jornada seja inviável, como quem realiza atividade externa, ocupantes de cargo de confiança, gerentes e aqueles que residirem no local de trabalho (BARROS, 2016b, p. 448). E, ainda, são proibidos de realizar horas extras os aprendizes (art. 432, CLT), os empregados contratados sob o regime de tempo parcial (art. 59, §4º, CLT) e aqueles que realizam atividades insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes em matéria de medicina do trabalho (MARTINEZ, 2015). Esse §4º foi revogado pela Reforma, liberando a realização de horas extras pelo empregado contratado a tempo parcial (SILVA, 2017, p. 40).

A doutrina indica alguns fundamentos para que a jornada seja limitada à sua duração comum. Gustavo Garcia (2015, p. 895-896) afirma que causa alterações psicológicas, físicas, sociais, econômicas e humanas. Psicológicas porque o trabalho intenso pode causar o esgotamento psíquico do trabalhador, afetando a sua saúde mental como um todo. Físicas porque o excesso de trabalho pode gerar uma fadiga do empregado, o que pode causar um aumento no número de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Sociais porque a pessoa, além de trabalhar, precisa exercer outras atividades que lhe são relevantes na sua família e na sociedade. Econômica porque pode incentivar a empresa a contratar menos empregados, já que os poucos que estão empregados podem realizar o trabalho todo, se ultrapassarem o horário da sua jornada com frequência. Ainda pode causar danos de natureza humana, uma vez que submeter o trabalhador a jornadas de trabalho extenuantes afetará a sua dignidade humana e sua qualidade de vida.

Sendo assim, nítida é a importância na não realização de horas extras habituais para que seja possível um equilíbrio entre a vida profissional e laboral do empregado, pois o indivíduo precisa de tempo livre para dispor como bem entender, fazendo o que lhe causar satisfação. A limitação das horas extras é um mecanismo para viabilizar o direito à conciliação dessas duas esferas da vida do empregado.

Amauri e Sônia Mascaro Nascimento (2014, p. 796) indicam o lazer como meio de combate à fadiga decorrente da prestação de serviços. Lazer entendido como o momento de ocupação útil, agradável e não imposta. Entende-se, no entanto, que esses momentos de lazer têm sido reduzidos em decorrência de uma necessidade financeira e os poucos direitos conquistados com tanto esforço ao longo dos séculos, foram restringidos com a Reforma Trabalhista. Veremos com mais detalhes as alterações decorrentes desta.

#### *4.2.2.2 Respeito aos intervalos e descansos trabalhistas: jornada, DRS, feriados e férias*

Além da atenção dispensada para não realização de horas extras habituais pelo trabalhador, o Direito do Trabalho cuida da regulação dos períodos de descanso que o empregado tem direito, evitando assim prejuízos na saúde, bem-estar e segurança deste. Neste conceito estão incluídos os descansos entre jornadas e no decorrer da jornada, bem como repouso semanal remunerado, feriados e férias (GARCIA, 2015, p. 959). Têm como fundamento para a sua existência questões de ordem biológica, social e econômica, pois viabilizam a eliminação da fadiga e asseguram ao

trabalhador disponibilidade para convivência familiar e social, bem como proporcionam um aprimoramento no rendimento deste, aumentando a produção do empregador (BARROS, 2016b, p. 474-475). O parágrafo único do artigo 611-B da Reforma trabalhista, no entanto, afirma que: “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho”, o que vai contra a ideia defendida pela doutrina e por esse trabalho.

É possível a concessão voluntária, por parte do empregador aos empregados, de intervalos não previstos na lei, conforme a STST nº 118. No entanto, se eles aumentarem o tempo da jornada que os empregados deverão permanecer na empresa, serão considerados tempo à disposição da empresa, remunerado então como horas extras (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 808). Isso desanima o empregador a tentar conceder benefícios ao trabalhador, visto que será penalizado financeiramente, pois terá que pagar o valor do acréscimo.

O intervalo para descanso é o período em que o trabalhador não está trabalhando, quando repousa e se alimenta para então poder retornar ao seu labor. Trata-se de direito trabalhista, de ordem fundamental, podendo ter natureza de suspensão ou interrupção contratual, não sendo computados na duração do trabalho (art. 71, § 2º, CLT). O intervalo pode ocorrer no curso da jornada de trabalho, denominado de intervalo intrajornada, sendo exemplos os intervalos para descanso e refeição (art. 71, CLT), ou pode ser entre uma jornada e outra de trabalho, definido como intervalo interjornada, regulamentado pelo art. 66, CLT (GARCIA, 2015, p. 960-961).

O descanso entre jornadas deve ter um período mínimo de 11 horas consecutivas, devendo ser remuneradas como extras quando há violação a essa duração. Esse período prolongado é meio de garantir ao empregado a convivência com a sua família. A Lei 13.467/2017 deixou claro que o pagamento do intervalo suprimido tem natureza indenizatória e deve-se pagar apenas a parte suprimida (CASSAR, 2017, p. 615), o que sinaliza que a não concessão desse período de descanso causa danos ao empregado. Nos trabalhos de duração superior a seis horas seguidas deve haver concessão de intervalo para repouso ou alimentação de, no mínimo, uma hora, salvo negociação coletiva, não podendo extrapolar duas horas. Caso o trabalho não exceda 6 horas contínuas e for superior a quatro horas, deve ser concedido o intervalo de 15 minutos (art. 71, § 1º, CLT).

Ainda conforme o art. 71, CLT, o intervalo intrajornadas apenas pode ser reduzido mediante ato do Ministério do Trabalho, ouvida a Secretaria de Segurança e Medicina. A legislação não permite que o trabalhador, hipossuficiente, abra mão dos seus direitos, que são inderrogáveis, sendo inválidas as negociações coletivas que reduzirem os intervalos para refeição e sono (OJ

342, SDI-I, TST). Com a Lei 13.467/2017, o art. 611-A, III, CLT, autorizou a redução de intervalo intrajornada mediante norma coletiva, respeitando o período mínimo de 30 minutos, segundo explica Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 613), o que dificulta a convivência prazerosa entre os funcionários, quando estes não estão trabalhando, e a recuperação física e mental destes.

Era cabível às mulheres um descanso obrigatório de 15 minutos, no mínimo, antes do início da prestação de horas extras, diante da prorrogação da jornada de trabalho, conforme o art. 384, CLT. Esse dispositivo foi revogado pela Reforma Trabalhista, promovendo igualdade entre homem e mulher que, enquanto organismos, sentem as consequências da prestação de serviços extraordinários da mesma forma. Melhor seria se esse direito fosse estendido aos homens, mas, por esse trabalho defender a igualdade entre gêneros, concorda com essa alteração.

Já o repouso semanal remunerado (RSR) (art. 67, CLT), segundo Gustavo Garcia (2015, p. 986-987), é o período de, no mínimo, 24 horas em que não há labor, mas há o recebimento de remuneração, portanto, hipótese de interrupção do contrato de trabalho, se respeitados os requisitos, devendo ocorrer uma vez por semana, preferencialmente aos domingos (art. 7º, XV, CF/88). Dentre os requisitos para aquisição do repouso, Alice Monteiro de Barros (2016b, p. 477) elenca os que estão expressos no art. 6º da Lei nº 605/1949, sendo eles assiduidade e pontualidade do empregado na semana, podendo a remuneração por esse dia não ser devida se as faltas não forem justificadas. Durante esse período de tempo livre, pode optar por exercer o seu direito de convivência familiar.

Alice Monteiro de Barros (2016b, p. 477) acrescenta que tem como características o RSR: a obrigatoriedade, pois decorre de norma do Direito do Trabalho irrenunciável; a periodicidade, porque se repete a cada período de tempo; e com duração de pelo menos 24 horas. É direito de abster-se de trabalhar e receber por isso, em contraprestação para o empregador de não exigir trabalho nesses dias. Segundo Amauri e Sônia Mascaro Nascimento (2014, p. 817), é direito devido a todos os empregados, mas há regramento especial para alguns, como a Lei 11.603/2007 que autoriza os trabalhos aos domingos para a realização das atividades de comércio.

Os feriados, no entanto, são fixados em lei, não devendo haver, em regra, o exercício da atividade laboral, com o recebimento de remuneração também (art. 70, CLT). É possível o labor excepcionalmente, em razão de exigência técnica da empresa. São considerados feriados os nacionais, os civis e os religiosos e o seu repouso é assegurado pela Lei 605/1949, no seu art. 8º. São feriados nacionais os sete previstos na lei 662/1949: 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de

maio, 7 de setembro, 2 e 15 de novembro e 25 de dezembro. São civis os definidos em lei federal (os nacionais), lei estadual e lei municipal, enquanto que religiosos são os feriados declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local, em número não superior a quatro, conforme, Lei 9.093/1995, art. 1º e 2º (GARCIA, 2015, p. 998). Os feriados viabilizam mais momentos de tempo livre para o empregado, podendo esse optar pela realização de atividades consideradas por ele prazerosas, como aqueles em que convive com sua família.

A conversão de remuneração em dobro só é permitida para o trabalho realizado nos feriados, sendo obrigatória a concessão do descanso semanal remunerado. No entanto, quando o empregado trabalhar aos domingos e a empresa não conceder a folga compensatória em outro dia, a jurisprudência entendeu que o pagamento será feito em dobro, como acontece com os feriados (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 819).

As férias têm por objetivo evitar problemas de saúde decorrente do cansaço excessivo ocasionado pelo labor, visto que proporciona um período maior de tempo livre, realizando o que lhe é satisfatório. É período mais prolongado de descanso em que o empregado não presta serviço e recebe remuneração. Podem ser concedidas individualmente a cada empregado, mas podem também ser coletivas, quando concedidas a setores ou todos os empregados de uma empresa. A sua duração varia de acordo com o número de faltas tidas pelo empregado ao longo do período de doze meses de vigência (período aquisitivo) do contrato de emprego, conforme art. 130, CLT; pode ainda ter o seu direito a férias suspenso se tiver mais de 32 faltas injustificadas (GARCIA, 2015, p. 1015-1018). Não afetam as férias as ausências legais<sup>2</sup> previstas no art. 473 da CLT, nem a licença-maternidade, licença-aborto e licenças por doença, não superior a seis meses consecutivos ou intercalados dentro do mesmo período aquisitivo.

---

<sup>2</sup> Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário: I - até 2 (dois) dias consecutivos, em caso de **falecimento** do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua carteira de trabalho e previdência social, viva sob sua dependência econômica; II - até 3 (três) dias consecutivos, em virtude de **casamento**; III - por um dia, em caso de **nascimento de filho** no decorrer da primeira semana; IV - por um dia, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de **doação voluntária de sangue** devidamente comprovada; V - até 2 (dois) dias consecutivos ou não, para o fim de se **alistar eleitor**, nos termos da lei respectiva; VI - no período de tempo em que tiver de cumprir as exigências do **Serviço Militar** referidas na letra "c" do art. 65 da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar); VII - nos dias em que estiver comprovadamente realizando **provas de exame vestibular** para ingresso em estabelecimento de ensino superior; VIII - pelo tempo que se fizer necessário, quando tiver que comparecer a **juízo**; IX - pelo tempo que se fizer necessário, quando, na qualidade de **representante de entidade sindical**, estiver participando de reunião oficial de organismo internacional do qual o Brasil seja membro; X - até 2 (dois) dias para **acompanhar consultas médicas e exames** complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira; XI - por 1 (um) dia por ano para **acompanhar filho** de até 6 (seis) anos em consulta médica.

Trata-se de direito restrito aos empregados e servidores públicos, pois seu custeio é realizado pelo empregador (MARTINEZ, 2015, p. 573).

O período de férias é o momento de recuperar energia para voltar mais disposto e sadio ao trabalho, por isso, trabalhar para outro empregador não é possível, salvo se estiver obrigado por determinação contratual. Para o empregado, consiste em um direito gozar as férias dentro dos 12 meses seguintes ao período aquisitivo (no período concessivo) e um dever de não trabalhar para outro, enquanto que para o empregador, é dever de conceder ao término do período aquisitivo do empregado e um direito de exigir que o seu empregado não trabalhe. A sua concessão deve atender aos interesses do empregador e deve ser comunicada por escrito ao empregado. Somente em casos excepcionais elas devem ser concedidas em dois períodos, não podendo ser nenhum deles inferior a 10 dias (art. 134, §1º, CLT). Se há empregados de uma mesma família, eles podem pleitear as férias em mesmo período, se não gerar prejuízos ao empregador, como meio de viabilizar o convívio em família (BARROS, 2016b, p. 482-483).

A Lei 13.467/2017 alterou o §1º, do art. 134 da CLT, afirmando que o fracionamento das férias pode ser realizado em três períodos, sendo um deles não inferior a 14 dias corridos e os demais, não inferiores a cinco dias corridos. Essa alteração gerou prejuízo para o empregado que converte parte das suas férias em abono pecuniário, pois ao vender 1/3 de 30 dias, vende 10 dias, restando 20, que poderão ser gozados em dois períodos de 14 dias e 6 dias, sendo este muito curto para cumprir a sua finalidade (CASSAR, 2017, p. 733-734). Por ser um período curto, dificulta também o convívio com a sua família e amigos.

As férias coletivas passaram a ser permitidas em 1977, como uma faculdade do empregador em meio a crises financeiras. Trata-se da suspensão provisória da produção de certas empresas, podendo atingir a totalidade dos empregados ou parte deles, devendo o Ministério do Trabalho ser notificado, com 15 dias de antecedência, bem como os sindicatos das categorias e os empregados que serão submetidos a elas. As férias coletivas também podem ser fracionadas em dois períodos por ano, mas também nenhum deles pode ser inferior a 10 dias (art. 139, § 1º, CLT).

#### *4.2.2.3 Proteção da maternidade e paternidade*

Outra forma de viabilizar a conciliação entre a vida familiar e a profissional é a garantia à proteção da maternidade e da paternidade, que não sofreu alterações com a Reforma

Trabalhista. Dentro da proteção à maternidade, pode-se falar sobre o salário-maternidade, a licença-maternidade ou licença-gestante, a garantia de emprego da empregada gestante e o intervalo para amamentação. A maternidade (e a paternidade) produzem diversas modificações na vida dos pais, fazendo com que eles esperem acolhimento dos que estão ao seu redor, familiares, amigos e colegas de trabalho. Muitos e diferentes cuidados passam a existir durante a gestação, como a necessidade de realização de exames, e depois do nascimento da criança, como acompanhamento do desenvolvimento desta.

Do período gestacional decorrem, além da licença-gestante, quatro direitos principais, que garantem um maior cuidado com a gestante e a criança, bem como na formação e manutenção dos vínculos afetivos, sendo eles: direito à estabilidade no emprego; direito a dispensa do emprego para realizar consultas e exames; direito à transferência de função, por motivo de saúde, e de retomada ao seu cargo; e direito ao rompimento do vínculo contratual, se prejudicial à gestação. O período gestacional tem início na concepção da criança e fim no parto ou aborto.

De acordo com Gustavo Garcia (2015, p. 1074), o salário-maternidade é concedido durante o período de licença-gestante, que é o período de 120 dias, sem prejuízo de salário e nem de emprego (art. 7º, XVIII, CF c/c art. 392, CLT). A empresa que participa do Programa Empresa Cidadã (Lei nº 11.770/2008) pode estender esse período para 180 dias, por solicitação de prorrogação por parte da empregada, desde que requeira até o final do primeiro mês após o parto, adoção ou aquisição de guarda judicial. Nenhuma empresa tem obrigação de aderir, sendo viável apenas para empresas que optarem pelo pagamento de tributo baseado no lucro real.

A prorrogação da licença só é garantida em favor de quem é contratado por pessoa jurídica que aderir ao Programa, para mães biológicas e adotivas. Uma vez feita a adesão da empresa e realizado o requerimento, a empregada gozará dessa prorrogação após aquela concedida pela Previdência Social, com custeio exclusivo da empresa. Essa ampliação não estende a estabilidade gravídica a que têm direito as mães ao retornarem da licença-maternidade (MARTINEZ, 2015, p. 578).

Essa possibilidade de extensão do período de convivência entre filho recém-nascido e mãe (ou o pai), para um período ainda maior que 180 dias, seria de grande valia para a construção de laços afetivos mais profundos, viabilizando o desenvolvimento de um alicerce que estará presente no resto da vida daquele indivíduo em formação. É a família a responsável pelo desenvolvimento físico e psicossocial dessa criança e poder contar com seus pais por perto por mais tempo, garantiria um desenvolvimento mais adequado e saudável, como visto no capítulo 1 de conteúdo desse trabalho.

O salário-maternidade é benefício com natureza previdenciária, cabendo à empresa pagá-lo, com compensação posterior quando do recolhimento das contribuições que incidem sobre a folha de salários (art. 72, § 1º, Lei 8.213/1991). Já a licença-maternidade é instituto trabalhista, garantia constitucional extensiva às empregadas, contribuinte individual, trabalhadora avulsa, domésticas, segurada especial e segurada facultativa, e passou a ser devida também à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver a guarda judicial de uma criança (art. 392-A, CLT), com duração proporcional à idade desta (GARCIA, 2015, p. 1074-1075). A lei 13.509/2017 acresceu a mesma possibilidade à adotante ou possuidora de guarda judicial de adolescente.

A garantia de emprego da empregada gestante tem previsão no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Trata-se de estabilidade adquirida pela empregada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, havendo vedação de dispensa sem justa causa. A súmula 244, II do TST afirma que a garantia da manutenção no emprego só ocorrerá quando a empregada for demitida durante seu período de estabilidade. Estando fora deste período, a garantia será apenas de salários e direitos devidos durante o período de estabilidade. É sabido que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, não afasta o dever do pagamento de indenização à empregada (Súmula 244, I, TST), pois trata-se de responsabilidade objetiva do empregador. Tal garantia não se estende a mães adotantes (GARCIA, 2015, p. 1086-1989).

O período da estabilidade engloba a licença-maternidade e não se confundem. Durante a estabilidade, a empregada continua trabalhando e em determinado momento, ela se afastará para ter seu filho, momento em que se inicia o período de licença-maternidade. É lícita a dispensa não arbitrária da empregada, durante o período de estabilidade, ou por justa causa (MARTINEZ, 2015, p. 732-733).

Ocorrendo a morte da mãe, em período de estabilidade, automaticamente, a guarda é transferida para o pai, que passa a ter o direito de ser mantido no trabalho pelo período de estabilidade. Se pai e mãe falecerem, a estabilidade é transferida para aqueles que recebem a guarda judicial da criança recém-nascida (GARCIA, 2015, p. 1091). Também no caso de morte da genitora, o art. 392-B, CLT, garante ao cônjuge ou companheiro empregado, o gozo da licença por todo o período da licença-maternidade, exceto quando o filho falece ou é abandonado. Esse direito é de grande valia para o direito de conciliação da vida profissional com a vida familiar, visto que garante que a criança seja aparada por algum membro da sua família ou por quem seja o seu cuidador, estabelecendo com esses laços afetivos.

Durante o período gestacional, a empregada tem direito à dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames necessários, conforme previsão do art. 392, §4º, II, CLT. No inciso I deste artigo, a empregada pode ser transferida de função, sem prejuízo de salário, por motivo de saúde e tem o direito de retornar à sua função quando cessada a sua condição. Ainda, mediante atestado médico, pode a empregada romper com o contrato de trabalho se a atividade for prejudicial para a gestação. O artigo 394, no entanto, não deixa claro se será considerado demissão ou despedida indireta. O empregador tem o dever de mudar a empregada de função para tentar mantê-la trabalhando e somente depois de algumas tentativas, se esta ainda estiver impossibilitada de trabalhar, poderá a mesma gozar do benefício previdenciário de auxílio-doença, salvo se a própria empregada quiser se demitir (MENEZES, 2015, p. 733-734). Esse dever do empregador é fundamental para que a gestante consiga conciliar o momento delicado que está vivendo, com algumas limitações biológicas, à manutenção do seu emprego.

Foi acrescido, com a Reforma Trabalhista, o art. 394-A declarando que a empregada gestante deverá ser afastada durante o período de gestação, sem prejuízo da sua remuneração, de atividades consideradas insalubres, especificando detalhes para cada grau de risco (mínimo, médio e máximo), determinando o afastamento no período de amamentação apenas mediante apresentação de atestado médico. A ideia é manter o contrato da gestante, não impedir a prestação de serviços. No entanto, se todas as atividades forem consideradas insalubres, a Reforma indica como solução a antecipação da licença-maternidade, gerando uma dificuldade quanto ao custeio deste benefício estendido, pois não definiu de onde virá o custeio (SILVA, 2017, p. 62-65).

O referido artigo, dentre outros, já foi alvo de nova alteração pela medida provisória 808, de 14 de novembro de 2017. A alteração foi no sentido de garantir o afastamento da empregada gestante, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, não havendo mais gradação em níveis de insalubridade. O parágrafo 2º também foi alterado para viabilizar o exercício de atividades insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, mediante pedido desta e atestado de saúde. No entanto, em caso de necessidade, o médico pode, mediante atestado de saúde, recomendar o afastamento de atividades insalubres de qualquer grau, durante a lactação.

Tal possibilidade viabiliza também o direito à conciliação, pois mantém o salário da gestante inalterado, sendo possível o afastamento do seu emprego em prol da saúde da sua família.

Depois do parto, terá direito à licença-maternidade e a possibilidade de amamentar seu filho. Sobre o intervalo para amamentação, é resguardado à mulher o direito de amamentar o filho de até seis meses de idade, duas vezes durante a jornada de trabalho, com duração de 30 minutos cada um (art. 396, CLT). Esse período de seis meses pode ser ampliado a depender da saúde do filho e do critério de autoridade competente, segundo prelecionam Gustavo Garcia (2015, p. 1073) e Luciano Martinez (2015, p. 745). O local onde a empregada irá amamentar o seu filho deve possuir condições mínimas prescritas no art. 400 da CLT, sendo elas: um berçário, saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 711-712) acrescenta que o período para amamentação é computado na jornada, recebendo por esses intervalos. O legislador não informava a periodicidade dos intervalos, mas com a Lei 13.467/2017, foi acrescido o parágrafo 2º, da CLT, permitindo que empregada e empregador ajustem, por escrito, a periodicidade do intervalo. Defende a autora a concessão do mesmo benefício para as mulheres que extraem o leite materno com bombas mecânicas ou elétricas e para aquelas que alimentam seus filhos com leite artificial. Essa possibilidade de negociação entre o empregado e empregador pode ser bom para o estabelecimento do vínculo entre mãe e filho, pois cada criança tem necessidades diferentes, podendo a mãe adequar o seu trabalho ao cuidado do seu filho. Há, no entanto, o risco de o empregador sobrepor suas vontades sobre as da empregada e da criança.

A Lei 13.509 de 22 de novembro de 2017 estendeu a concessão esse período para amamentação também para a empregada gestante, nas mesmas condições viabilizadas para as empregadas gestantes.

Além desses direitos, em caso de aborto não criminoso, a mulher terá direito a repouso remunerado de duas semanas, se tiver filho antes da 23ª semana, sendo a ela assegurado o retorno à função que ocupava antes do afastamento (art. 395, CLT). Quando gerar uma criança viva, a qualquer tempo, ou gerar um natimorto, a partir do 6º mês, o abortamento não criminoso se equipara ao parto e será caso de licença-maternidade, tendo direito a receber o salário-maternidade (MARTINEZ, 2015, p. 734-735). Também tem direito a acompanhar filho de até seis anos em médico, uma vez por ano (art. 473, XI, CLT).

Para os pais, no entanto, apenas há previsão de afastamento de 5 dias após o nascimento do seu filho (art. 7º, XIX, CF/88). Quando a empresa faz parte do Programa Empresa Cidadã, esse prazo pode ser aumentado para 20 dias. Através do Decreto nº 8.737/2016, que instituiu o Programa de licença-paternidade para servidores públicos federais, ficou estabelecido que estes podem requerer mais 15 dias de licença, além dos 5 dias a que todos brasileiros têm direito.

Essa prorrogação deverá ser solicitada pelo servidor em até 2 dias úteis após o nascimento do filho ou após a adoção. Vale atentar que a licença paternidade não assegura ao trabalhador o pagamento de salário durante o período de gozo da referida licença, como acontece com a licença-gestante, mas também não pode o empregador descontar os dias não trabalhados, já que é hipótese de interrupção do trabalho (REIS; MIRAGLIA, 2012, p. 18).

Trata-se de uma discriminação ilegítima (ponto 3.2.2) entre os gêneros, pois viabiliza de 120 até 180 dias para as mulheres de licença-maternidade, sendo esse período remunerado e com direito a estabilidade, enquanto que os homens possuem apenas 5 dias ou, no máximo, 20 dias para cuidarem dos seus filhos. Vale sinalizar que a presença do pai, tanto quanto a da mãe, é fundamental para o desenvolvimento social, emocional e físico da criança recém-nascida, bem como para apoiar a mulher recém parida. Nesse momento, também nasce um pai, uma mãe e uma família com uma nova dinâmica, sendo necessário um período de adaptação para que cada um se enquadre nos seus novos papéis.

Acrescenta Luciano Martinez (2015, p. 577) que o ADCT, em seu art. 10, §1º, é quem delimita a duração da licença-paternidade, até que uma lei venha a discipliná-la. O autor acredita que essa licença remunerada, em que o empregado está dispensado de trabalhar, mas continua recebendo seu salário, deveria ser de natureza previdenciária, mas não o é por força de lei.

#### **4.2.3 Novas formas de tutela do direito fundamental à conciliação da vida profissional com a vida familiar no contrato de emprego**

Como já visto, as mulheres se voltaram aos trabalhos domésticos, no Renascimento, mas essa modalidade de emprego perde importância quando as mulheres retornam às atividades nas fábricas, com a Revolução Industrial. No século XX, em decorrência de uma série de eventos revolucionários, a concepção tradicional de um único tipo de família foi alterada. As revoluções industrial, sexual, tecnológica e da sociedade como um todo viabilizaram a mudança de valores relativos à família, mas também às relações de emprego, que repercutiram no século seguinte. Novas garantias trabalhistas são pensadas, nesse novo momento, para ajudar a viabilizar o direito à conciliação da vida profissional com a familiar, como, por exemplo, o trabalho a domicílio, o teletrabalho, o direito à desconexão, licença natalidade e licença especial para acompanhar filho com necessidade especial.

#### 4.2.3.1 Trabalho em domicílio

O trabalho a domicílio é espécie do trabalho à distância e limitava-se ao setor industrial, mas acabou se estendendo a outros setores de serviços, como publicidade, mecanografia, revisão de originais, tradução de textos e informática. Os trabalhadores a domicílio encontram-se em situação desfavorável, pois são mão de obra menos onerosa e desorganizada sindicalmente, além de transmitirem a ideia de uma liberdade utópica. Concentram-se na realização de atividades manuais, de áreas específicas (BARROS, 2016b, p. 209-210).

Essa modalidade de trabalho pode ser realizada de forma autônoma ou subordinada a um empregador. Na primeira hipótese, o trabalhador presta serviços com organização própria e assumindo os riscos de uma atividade empresarial. O trabalho subordinado, no entanto, é aquele onde o empregado coloca-se à disposição do empregador, que assume os riscos sozinho. Ambos viabilizariam que os membros da família estivessem mais tempo em casa, possibilitando o cuidado e trocas uns com os outros. No Brasil, de acordo com o art. 6º da CLT, não há distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento comercial e em domicílio, pois possuem o mesmo objeto descrito em contrato de emprego, apesar de ser possível e aceitável o auxílio de familiares, o que não descaracteriza a relação de emprego (BARROS, 2016b, p. 210).

Para José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 132), a prestação do serviço pelos familiares em decorrência da dificuldade de fiscalização por parte do empregador pode comprometer a pessoalidade da prestação, um dos elementos necessários para a caracterização da relação de emprego.

O controle do empregador é exercido sobre a atividade que se está desenvolvendo e sobre o resultado e é mais frequentemente realizado através da tecnologia eletrônica de transmissão a distância, onde se situa o teletrabalho. Como vantagens, o trabalhador pode ter horários mais flexíveis e maior disponibilidade de tempo, pois não tem que enfrentar o trânsito todos os dias, mas isola-se do resto da sociedade, o que dificulta a sindicalização, a fiscalização e uma vida social saudável. Por isso, era utilizado amplamente pelas mulheres, que tinham que trabalhar e cuidar dos seus filhos, mas não eram trabalhos regularizados, com salários inferiores ao mínimo. O Direito do Trabalho buscou regularizar a situação desses empregados, coibindo os abusos com a aplicação de multas (BARROS, 2016b, p. 215-216).

Dessa forma, essa modalidade de emprego, por ter horários mais flexíveis, proporciona mais tempo livre para o empregado, que, se souber como equilibrar os seus momentos de trabalho

com os momentos da sua vida pessoal e familiar, será de grande valia para a concretização do direito à conciliação. Deve o indivíduo saber aproveitar os momentos que tem disponível para estar com seus familiares, amigos e para cuidar de si mesmo, visto que o fato de trabalhar em casa, sozinho, o deixa isolado da sociedade.

#### *4.2.3.2 Teletrabalho*

O teletrabalho é espécie do trabalho realizado à distância, fora do ambiente de trabalho, fazendo uso de informática e de telecomunicação na prestação do serviço. Surgiu na década de 80, em decorrência da difusão da tecnologia, distinguindo-se do trabalho em domicílio, pois implica na realização de tarefas mais complexas e abrange diversos setores (BARROS, 2016b, p. 213-214). O teletrabalho então pode ser utilizado como mecanismo de consagração do direito fundamental de conciliação da vida profissional com a familiar.

Para José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 133-134), o que caracteriza o teletrabalho é a prestação do contrato à distância entre o apropriador e o prestador da energia laboral, mediante tecnologias virtuais, sobretudo, telecomunicação e informática. O trabalho não precisa ser executado no domicílio do empregado, podendo ocorrer em centros intermediários de trabalho, apontando para um processo de descentralização das empresas. É um campo que tende à ampliação porque é compatível com todas as tarefas cuja consecução depende de uma qualificação intelectual.

Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 660) traz o entendimento de João Hilário sobre os elementos básicos necessários para a caracterização do teletrabalho, sendo eles: utilização de novas tecnologias; ausência ou redução do contato do trabalhador com colegas e/ou superiores; e realização do trabalho, preferencialmente, em casa. A discussão da doutrina para conceituar o teletrabalho foi encerrada com a edição da Lei 13.467/2017, pois o seu art. 75-B, CLT, e seguintes conceituam o teletrabalho como:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

A autora (2017, p. 660) entendeu que o legislador não mais considera o teletrabalho como trabalho externo, não sendo devidas horas extras, noturna, adicional noturno e nem intervalos intra e entrejornadas, mesmo quando é possível o controle da jornada dos teletrabalhadores. Para Homero Silva (2017, p. 54), o teletrabalho só deverá perder esses benefícios se for incompatível o controle da sua jornada, afinal a localidade não é fato suficiente para um trabalho ser considerado atípico e os meios telemáticos e informatizados de controle se equiparam aos meios pessoais (conforme art. 6º, CLT).

Alice Monteiro de Barros (2016b, p. 215) concorda com tal entendimento ao afirmar também que não é o local da prestação do serviço que definirá se o teletrabalhador será autônomo ou subordinado, mas sim se o trabalhador terá poderes para gerir o seu negócio ou se será controlado. O controle do teletrabalhador pelo empregador é facilitado pelos aparelhos de videofiscalização, com métodos cada vez mais eficientes e discretos que o próprio controle humano, sendo mais viável o controle pelo resultado e não por atividade. Não se pode receber ordens com atividades que excedam, em quantidade, as que seriam realizadas nas empresas, tornando inviável a conciliação da vida laboral com a familiar.

A autora (2016, p. 214) ainda afirma que a utilização da mão de obra do teletrabalhador é vantajosa para o empregador, reduzindo custos com o espaço imobiliário, como custos com aluguel, manutenção e transporte dos empregados. Ainda, proporciona maior disponibilidade dos empregados para voltarem suas atenções aos clientes, maior produtividade, motivação e satisfação na realização da atividade por parte dos empregados. Isso porque, como visto no capítulo 1, empregados com maior convívio com seus familiares e amigos possuem uma melhor qualidade de vida e por isso são mais produtivos. Outra vantagem é a impossibilidade de greves afetarem a empresa, bem como a redução de custos com os acidentes nos trajetos até aos estabelecimentos comerciais. No entanto, os empregadores têm maior dificuldade de fiscalizar seus empregados e precisam investir constantemente em equipamentos.

Com a lei 13.467/2017, o empregador adquiriu mais vantagens descritas nos arts. 75-C e 75-E. Poderá ele alterar unilateralmente o trabalho à distância para o trabalho presencial, desde que conceda um prazo mínimo de transição de 15 dias e que apresente termo aditivo. O legislador equivocou-se nesse ponto porque pode o empregado se recusar a assinar, tornando esta exigência inócua. Ainda, se o empregador instruir seus empregados sobre como evitar doenças e acidentes de trabalho, estará ele isento das responsabilidades sobre danos causados ao teletrabalhador (CASSAR, 2017, p. 661). Se não houvesse essa possibilidade de recusa do empregado, essa mudança poderia gerar grandes transformações nas dinâmicas familiares,

afinal, o empregado com horários mais flexíveis, geralmente ficam predominantemente responsáveis pelos cuidados com os filhos e com a casa, o que poderia ser alterado por vontade unilateral do empregador.

Célio Pereira Oliveira Neto (2015, p. 14) afirma que esse problema de fiscalização já pode ser resolvido em tempos atuais, pois, em regime de conexão bilateral, a telemática permite aferir em tempo real a produção, a produtividade, a entrada e saída de dados, os horários de uso do sistema e dos programas e o último acesso ao teclado. Dessa forma, entende-se ser absurda a não concessão dos benefícios apenas porque se presume que não são controlados.

Acrescenta José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 133) que o teletrabalho trará benefícios para a sociedade como um todo, a médio e longo prazo. Diminuirá o problema do grande fluxo de deslocamento de grandes contingentes da população urbana, gerará menos congestionamento e trará benefícios ao meio ambiente, pois diminuirá a poluição dos ares decorrente dos poluentes emitidos pelos veículos de transporte. Ainda, reduzirá o estresse dos empregados, o que gera implicações nas suas redes sociais, bem como resolução de problemas colaterais, como consultas médicas e conflitos pessoais no trabalho e na família. O fato de os empregados terem mais tempo livre viabilizará também um aumento do convívio familiar e da qualidade desses momentos que passarão juntos, pois estarão menos estressados e mais relaxados por terem mais tempo para realizarem as atividades que consideram prazerosas.

Para o empregado, a principal vantagem é a flexibilidade de horários, facilitando a conciliação das atividades profissionais com as da vida familiar, melhorando assim a sua qualidade de vida, se souber gerir essas obrigações. Aqueles que não conseguirem separar o tempo livre do período em que estiver trabalhando, não serão adequados para a realização desse tipo de trabalho. Há ainda a possibilidade de viabilizar que trabalhadores que possuem dificuldade em conseguir empregos (aqueles que não podem se ausentar das suas residências, aqueles mais idosos, presidiários e deficientes) entrem no mercado de trabalho, obtendo um emprego formal. No entanto, promovem o isolamento social do empregado e uma quase inviabilidade de fiscalização pelo fiscal do trabalho, que só terá acesso à residência do empregado se este autorizar, sob pena de violar sua intimidade; a questão do controle pelo empregador também esbarra no limite da vida privada do empregado (BARROS, 2016b, p. 215).

Como possíveis desvantagens, José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 135) aponta para a possibilidade do declínio do nível de motivação do empregado, visto que há perda da competitividade e queda da capacidade criadora, em decorrência do isolamento. Também há dificuldades com a autodisciplina, o empregado pode relaxar e a autodisciplina é necessária na

execução de qualquer trabalho realizado distante do controle direto do empregador. Por último, pode gerar uma queda da qualidade dos serviços, visto que o teletrabalhador executa todo o serviço sozinho, sem conhecimentos específicos e técnicas que apenas profissionais qualificados terão.

No plano internacional, segundo Alice Monteiro de Barros (2016b, p. 219), não existe norma disposta sobre esse tipo de trabalho, aplicando-se a Convenção Internacional nº 177 e a Declaração de 1998, ambas da OIT. Portugal trata de maneira rasa a situação em seu Código do Trabalho de Portugal. No Brasil, não existia legislação especial regulamentando o teletrabalho, aplicando-se as normas trabalhistas gerais, se configurado o vínculo empregatício, até a Reforma Trabalhista tratar do assunto. Ocorreu apenas uma pequena alteração no art. 6º da CLT, em decorrência da Lei nº 12.551/2011, que equiparou os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos.

Com a Reforma Trabalhista, essa modalidade de emprego, apesar de ter tido seus benefícios reduzidos, foi regulamentada enquanto atividade empregatícia, o que já é um avanço. Porém, esse ponto positivo pode não ter sido suficiente para uma melhora significativa da qualidade de vida do empregado, viabilizando uma maior segurança para o empregado e estipulando limitações na execução das suas tarefas, de modo a não interferir na concretização do direito à conciliação da vida profissional com a familiar. Aliado ao teletrabalho, deve o emprego usufruir do direito de desconexão para que alcance um equilíbrio entre essas esferas da sua vida. Tal direito será visto a seguir.

#### *4.2.3.3 Direito de desconexão no contrato de emprego*

Conforme Márcia Maffra (2015, p. 507), trata-se do direito de descanso do trabalhador, com novos conteúdos, atualizado em decorrência da tecnologia. Tem então conexão direta com os direitos fundamentais à saúde, à intimidade, à vida privada, ao lazer e à segurança do trabalhador, evitando jornadas longas e extenuantes. Seria meio de garantia a qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, meio de garantir o direito à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar. A autora traz a definição de Christina Damasceno (2010, p. 1180-1181), que afirma que é direito que o empregado tem de não ser contatado pelo seu empregador durante

seus períodos de descanso, direito de não-trabalho, por meio de novas tecnologias, como celulares, computadores e tablets.

A autora (2015, p. 507) acrescenta que não se trata de novo direito, mas apenas no reconhecimento de direitos antigos, é meio de garantir a saúde, higiene e segurança do trabalhador (art. 7º, XIII, XV, XVII e XXII, CF/88), limitando a jornada e fixando o direito ao descanso. Ainda, está amplamente relacionado aos direitos fundamentais, protegendo a intimidade, privacidade, lazer e dignidade do empregado.

O direito ao não-trabalho ou desconexão encontra-se positivado em tratados internacionais e está inserido na Constituição e em normas infraconstitucionais brasileiras. Na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 24) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 7º) o direito à limitação da jornada e ao descanso já eram discutidos. Na Constituição, quando apresenta os direitos fundamentais sociais (art. 6º, CF/88), traz o direito ao trabalho e o direito ao lazer (SILVA, 2015, p. 15), sinalizando que é direito do trabalhador ter esses dois momentos, de trabalho e não trabalho.

O fundamento da busca por esse direito encontra-se na proteção à saúde, bem-estar social e dignidade do empregado, preservando o direito ao lazer e a conciliação da vida profissional e a familiar. Tal direito impede que o empregado fique sempre à disposição e acessível para o empregador, podendo esse usufruir verdadeiramente do seu tempo livre, onde poderá conviver com sua família e amigos. Para tanto, devem as tecnologias serem usadas com responsabilidade (MAFFRA, 2015, p. 508). Tem-se como titulares do direito à desconexão o trabalhador e toda a sociedade, que é privada do convívio do trabalhador e que tem o número de empregos reduzido porque outros empregados trabalham excessivamente, ocupando o lugar de outro (MAIOR, 2003, p. 12).

Os avanços tecnológicos auxiliam o descumprimento das normas que limitam a jornada laboral e inviabilizam o direito ao descanso e ao lazer, dificultando a efetivação do direito à desconexão. Eles trouxeram enormes benefícios para os usuários, pois facilitam o contato digitalmente entre as pessoas, mas também permitem a disponibilidade do empregado ao empregador 24 horas por dia, através de mensagens, e-mails ou vídeos (SILVA, 2015, p. 16).

O uso da tecnologia não pode impor ao trabalhador que se mantenha conectado em todos os momentos da sua vida. O direito ao lazer, como visto, só se exerce de modo amplo e efetivo com o desligamento das atividades laborais, implicando a sua violação em lesão ao direito do trabalhador e, em consequência, da sua família, pois pode gerar comprometimento ou rompido

das relações familiares, gerando até mesmo um dano existencial (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 8). Trata-se de meio para inviabilizar a conciliação das vidas profissional e familiar, se o tempo de ambas não for bem distribuído e gerido.

Conforme Célio Oliveira Neto (2015, p. 8), o trabalho dignifica o homem, mas pode também retirar-lhe a sua dignidade, ao avançar sobre aspectos da vida privada, como o lazer, descanso e desligamento (formal) das suas atividades diurnas de labor. O empregado não pode perder a condição de pessoa humana, que se mantém íntegra, de tal modo que o poder diretivo e de fiscalização do empregador deve preservar os direitos de personalidade do empregado.

Jorge Luiz Souto Maior (2003, p. 1) fala que essa busca pela desconexão expressa algumas contradições, sendo uma delas justamente o fato de que o trabalho dignifica o homem, mas o priva de ter uma vida digna, assim como falou Célio Oliveira Neto. Outra contradição é pensar em um não-trabalho em um momento de muito desemprego. A terceira diz respeito às tecnologias, pois as pessoas afirmam que a tecnologia rouba o trabalho do homem, mas tem-se percebido que ela tem escravizado o empregado, pois impõe uma necessidade de se manter informado.

Deve-se esclarecer, no entanto, que a desconexão, entendida como um não-trabalho é visto no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário, preservando a qualidade de vida do empregado e da sua família. O autor (2003, p. 12-13) acredita que o teletrabalho agride o direito à desconexão, vez que neste a residência se torna local de trabalho, com prejuízo para o convívio familiar. Esse trabalho já deixou claro, porém, que se o empregado souber administrar o seu tempo, o teletrabalho é meio de viabilizar maior contato entre familiares.

Conforme Willian da Silva (2015, p. 22), privar o empregado de se desconectar do trabalho, acarretando a impossibilidade de desfrutar de seus círculos sociais, sujeitará o empregador a responder por danos existenciais, além dos danos morais cuja existência a jurisprudência já reconhece de modo pacífico, como se verifica abaixo:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXAUSTIVA. O dano existencial caracteriza-se pelo tolhimento da autodeterminação do indivíduo, inviabilizando a convivência social e frustrando seu projeto de vida. A sujeição habitual do trabalhador à jornada exaustiva implica interferência em sua esfera existencial e violação da dignidade e dos direitos fundamentais do mesmo, ensejando a caracterização do dano existencial. (0000123-28.2014.5.04.0662 RO. TRT/4ª Região. 2ª turma. Relator Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel).

DANO EXISTENCIAL. As condições em que era exercido o trabalho da reclamante no empreendimento réu apontam a ocorrência de dano existencial, pois sua árdua rotina de trabalho restringia as atividades que compõem a vida privada lhe causando efetivamente um prejuízo que comprometeu a realização de um projeto de vida. No

caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se entende provado nos autos teve origem nas exigências da vida profissional da autora. (0001533-23.2012.5.04.0006 RO. TRT/4ª Região. 4ª turma. Relator Desembargador André Reverbel Fernandes).

Percebe-se que a disponibilidade sem interrupção do empregado ao seu empregador, através das tecnologias, sem descanso é danoso para o trabalhador, sendo cabível o pagamento de indenização por dano existencial. Ainda, é prejudicial ao equilíbrio da vida profissional com a vida familiar, pois o período em que o empregado estaria laborando seria superior ao período em que se está realizando atividades prazerosas, como o convívio com a sua família. Outra possível forma de tutelar o direito à conciliação é a concessão de licença natalidade.

#### *4.2.3.4 Concessão de licença natalidade*

Segundo Maria Berenice Dias (2015, p. 48; 70), a licença-natalidade trata-se de novo instituto que deveria ser criado para abarcar todos os formatos de famílias, já que a licença-maternidade e a licença-paternidade não são suficientes para atingir as novas concepções de família que estão surgindo, como visto no ponto 2.2. É necessário assegurar a igualdade dos direitos e deveres entre homens e mulheres, pais e mães, bem como deve-se perceber que os institutos da licença-maternidade e paternidade são direitos da mãe e do pai, mas também do menor, que poderá conviver mais tempo com seus pais, garantindo seu desenvolvimento físico e psicológico, como visa a nova concepção da família pautada na afetividade.

Sendo assim, surge a proposta da licença-natalidade como um meio de viabilizar a proteção integral da criança, proporcionando estreitamento de laços afetivos entre a criança e seus genitores. Essa ideia foi prevista no Estatuto da Diversidade Sexual, criado por Maria Berenice Dias, presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB. A autora (2013, p. 2) diz que o Estatuto da Diversidade visa assegurar licença natalidade de 180 dias, independente da orientação sexual dos pais. O benefício deve ser gozado pelos pais, durante os primeiros 15 dias, sendo o restante usufruído por um dos dois. Trata-se de “avanço que vai assegurar a todas as crianças o direito de serem cuidadas por quem tem mais disponibilidade de tempo ou maior desejo de se dedicar, com exclusividade, para dar-lhes o que elas mais precisam: [...] o direito de crescerem com a certeza de serem muito amadas” (p. 2).

Essa proposta do Estatuto pretende conferir à ordem normativa maior correspondência com a contemporaneidade e afirmação dos direitos fundamentais, sendo necessário grande esforço do

Poder Legislativo, bem como reduzir eventuais constrangimentos decorrentes da não compreensão e respeito às mudanças ocorridas na família e na sociedade, segundo Nathália Dias (2016, p. 73). Vão ser eliminadas inclusive dificuldades frente a homoparentalidade e reduzida a discriminação da mulher no mercado de trabalho, já que a proteção à mulher, muitas vezes, acaba sendo discriminatória, como visto no ponto 3.3.

Dessa forma, o direito à natalidade promoverá igualdade nos papéis de pais e mães a serem executados dentro do seu meio familiar, garantindo, conseqüentemente, maior igualdade e competitividade no momento da contratação dos empregados, independentemente do gênero, visto que não caberá apenas à mulher a missão de cuidar da casa, dos filhos e dos idosos da família. Promoverá também esse novo instituto um maior convívio dos pais com seus filhos e organização da nova estrutura familiar que surge quando uma criança nasce ou quando um dos seus membros se torna dependente dos outros.

Há uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), de nº 110/2011, de autoria da senadora Marta Suplicy (PMDB-SP), para criar a licença natalidade de 180 dias a ser concedida a qualquer dos pais, em substituição à licença maternidade, de 120 dias. A PEC mantém a licença paternidade de 15 dias e concede o direito a ambos os pais, inclusive em casos de adoção. Atualmente, a proposta encontra-se em análise na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

#### *4.2.3.5 Concessão de licença especial para acompanhamento de filho com deficiência ou doença crônica e para cuidado do idoso*

Ainda, como uma outra possibilidade de conciliação da vida profissional com a familiar, tem-se a concessão de licença especial para acompanhamento de filho com deficiência ou doença crônica, sendo possível faltar ou afastar-se do emprego. A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania aprovou em 2011 proposta que possibilita ao trabalhador acompanhar um familiar com deficiência nos tratamentos médicos necessários, sem prejuízo salarial (CRUZ, 2011, p. 1).

O empregado poderá deixar de comparecer ao trabalho quando tiver de acompanhar filho ou dependente deficiente em tratamento, desde que apresente parecer técnico ou laudo médico específico, emitido por profissional competente, comprovando a necessidade de assistência continuada. Os pais ou responsáveis poderão decidir qual dos dois será responsável por

acompanhar o filho deficiente, se ambos tiverem a prerrogativa. A alternância é possível, mas não a acumulação do direito no mesmo turno, ainda que os empregadores sejam diferentes (CRUZ, 2011, p. 1).

A CLT traz alguns dispositivos que tratam da viabilidade de os pais cuidarem dos seus filhos portadores de alguma necessidade especial. Conforme o art. 53, CLT: “1 - Os progenitores têm direito a licença por período até seis meses, prorrogável até quatro anos, para assistência de filho com deficiência ou doença crônica”. O artigo seguinte trata do filho menor de 1 ano de idade, “1 - Os progenitores de menor com deficiência ou doença crônica, com idade não superior a um ano, têm direito a redução de cinco horas do período normal de trabalho semanal, ou outras condições de trabalho especiais, para assistência ao filho”, sendo possível esse direito ser exercido por qualquer dos pais ou por ambos, em períodos sucessivos. A redução do período de trabalho semanal gera diminuição apenas na retribuição, e somente quando o empregado exceder o número de faltas permitidas, que podem ser substituídas por perda de gozo de dias de férias.

O art. 55 da CLT garante que o “trabalhador, com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crônica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito a trabalhar a tempo parcial” ou em horário de trabalho flexível (art. 56, CLT), podendo o direito ser exercido por qualquer dos genitores ou por ambos, em períodos sucessivos. O horário flexível deve ser escolhido pelo trabalhador, dentro dos limites impostos pelo empregador, devendo conter: um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual à metade do período normal; indicação de períodos de início e final de trabalho, com duração não inferior a 1/3 do período normal diário; e estabelecimento de um intervalo não superior a 2 horas.

Há um Projeto de Lei do Senado que trata sobre o assunto. O PLS 110/2016, de autoria do senador Waldemir Moka (PMDB/MS), visa reduzir em 10% a jornada de trabalho dos trabalhadores que tenham sob sua guarda filhos com deficiência, sem prejuízo da remuneração. Deve ser avaliada a cada dois anos. A redução do tempo não gerará prejuízo na contagem do tempo, para fins de concessão do benefício da aposentadoria, nem interferirá nas férias. Para que a redução seja concedida, deve o empregado fazer requerimento por escrito e deve a pessoa com deficiência ter impedimentos para ter uma vida independente.

Ainda, foi sancionada a Lei 13.370/2016, que assegura o cumprimento de jornada de trabalho reduzida para o servidor público federal que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência, alterando o §3º do art. 98, da Lei nº 8.112/1990. A legislação já assegurava o

horário especial, sem compensação, ao servidor portador de deficiência. O projeto de lei aprovado pelos deputados e senadores, de autoria do senador Romário (PSB-RJ) (PLS 68/2015, no Senado e PL 3330/2015, na Câmara) ampliou o benefício para que o servidor responsável por pessoa com deficiência não compense a jornada não cumprida, por estar cuidando do seu ente.

No ano passado também, na Justiça do Trabalho da Bahia, foram concedidas tutelas de urgência para a redução da jornada de trabalho em 50%, para mães de crianças de 11 anos de idade, com Síndrome de Down, sem redução da remuneração, empregadas da Petrobrás, sociedade de economia mista. Em um dos processos (nº 0000747-07.2016.5.05.0007), a juíza proferiu decisão mantendo o que foi concedido em tutela de urgência, visando garantir o direito da criança à presença e acompanhamento dos pais nos seus tratamentos, embasada em dispositivos da CF/1988, do CC/02 e do Estatuto da Criança e do Adolescente. No outro processo (nº 0000842-71.2016.5.05.0028), a decisão também foi no mesmo sentido, viabilizando a concretização dos direitos fundamentais, bem como a construção de uma sociedade justa e solidária (MIGALHAS, 2016, p. 1).

Sobre o cuidado com idosos, deficientes ou não, o Projeto de Lei 3704/2012, do deputado Assis Melo (PCdoB-RS) concede licença remunerada a empregado da iniciativa privada que acompanhar o idoso, membro da sua família consanguínea ou afim, em caso de internação ou tratamento que exija acompanhamento permanente. A licença terá duração de até 15 dias por ano, seguidos ou intercalados. A assistência do empregado deve ser direta e inviável de ser conciliada com a atividade laboral. O projeto alterará a CLT e foi apensado ao PL 2012/2011, do Senado, que está sujeito à apreciação do Plenário.

Todas essas medidas protetivas das pessoas com deficiência ou idosos aumentam a viabilidade de convivência familiar, o que implica na busca pelo equilíbrio do tempo despendido na atividade laboral e com a vida familiar: em alguns momentos, há a necessidade de se dedicar mais intensamente à vida profissional e em outros, à vida familiar. Com a aprovação desses projetos, vislumbra-se uma maior viabilidade de concretização do direito fundamental à conciliação das vidas laboral e familiar.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, percebeu-se que as transformações econômicas e sociais viabilizaram a mudança de valores relativos à família. O conceito de família evoluiu, abarcando diversas realidades que antes causavam sofrimento aos seus membros por não haver reconhecimento das suas formas de união. A família pós-moderna é fundada no afeto, na ética, na solidariedade entre os membros e na busca pela dignidade destes, onde as pessoas estão unidas por vínculo socioafetivo. A família também, em decorrência da Constituição Federal, passou a ter função social, que é ser viabilizadora do desenvolvimento dos membros, garantindo uma dignidade mínima para a pessoa humana.

Além disso, a CF/88 proibiu o tratamento jurídico diferenciado entre pessoas na mesma condição, mas diante de um motivo que justifique um tratamento diferenciado, deve haver o tratamento desigual. É sabido que os iguais não podem ser tratados de maneira desigual e nem os desiguais como iguais. Trata-se de uma discriminação legítima ou positiva. São obrigações que compõem o princípio da igualdade, a exigência de um tratamento igual e a permissão de um tratamento justificadamente desigual, quando em benefício dos envolvidos

Os deveres e direitos dos cônjuges/companheiros foram igualados (art. 226, §5º, CF/88), tornando mais viável a concretização do direito à conciliação da vida familiar com a profissional.

A igualdade dentro da família implicou em um grande avanço, visto que reconheceu a igualdade entre homens e mulheres, facilitador da concretização do direito à conciliação da vida laboral com a vida familiar.

Percebeu-se que todos os modelos familiares se adequam à premissa da necessidade de conciliação, e para que seja possível esta conciliação, é preciso que existam momentos de tempo livre do trabalhador, viabilizando o convívio em família.

Destarte, o convívio familiar também deveria ser direito inerente ao contrato de emprego porque diz respeito à possibilidade de os integrantes de uma família acompanharem o desenvolvimento dos outros membros da sua família.

Para tanto, faz-se necessário buscar meios para manter as mulheres no mercado de trabalho, compatibilizando com a vida familiar, através de medidas que promovam a igualdade entre homens e mulheres, dividindo as responsabilidades como pais e como trabalhadores. O presente trabalho acredita que a consagração do direito à conciliação como um direito fundamental e todas as consequências desse reconhecimento proporcionariam a sua concretização.

Como visto, os direitos fundamentais são todas as posições jurídicas concernentes às pessoas, que por sua importância foram integradas ao texto da Constituição e deve proporcionar a dignidade da pessoa humana. Alguns dos novos direitos nada mais são que os tradicionais ressignificados, pois sofreram modificações nos seus significados ao longo das gerações. Sendo assim, pode o direito à conciliação ser um direito fundamental derivado do princípio da igualdade e dos direitos sociais dos trabalhadores, bem como garantidor de uma mais vida digna.

Dos direitos fundamentais derivam a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a eficácia horizontal, meio concretizador da aplicação do direito à conciliação da vida laboral com a vida familiar. Os direitos fundamentais precisam ter a sua eficácia estendida às relações privadas, pois as relações entre os particulares é desigual, incluindo aí as relações estabelecidas no ambiente de trabalho.

A eficácia horizontal imediata é o mecanismo concretizador do direito à conciliação da vida laboral com a vida familiar. Sendo assim, faz-se necessário que o direito à conciliação seja reconhecido como um direito fundamental, com aplicação imediata nas relações familiares e laborais. Os empregados são titulares de direitos fundamentais trabalhistas e também de direitos fundamentais como cidadãos.

No entanto, acredita-se que algumas formas de proteção do trabalho feminino não se fazem mais necessárias, visto que a mulher alcançou um patamar de igualdade com os homens, não havendo mais fundamento para esse tratamento desigual, exceto quanto a condição da maternidade. Manter essas restrições ao trabalho feminino acaba por gerar mais discriminação.

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o direito fundamental a conciliação através de algumas possibilidades, mas não as elencou diretamente como um direito fundamental. Alguns meios de viabilizar a conciliação vistas foram: a não realização de horas extras habitualmente; o respeito aos intervalos e descansos trabalhistas e a proteção da maternidade e da paternidade.

Novas garantias trabalhistas são pensadas, nesse novo momento, para ajudar a viabilizar o direito à conciliação da vida profissional com a familiar, como, por exemplo, o trabalho a domicílio, o teletrabalho, o direito à desconexão, licença natalidade e licença especial para acompanhar filho com necessidade especial. Mas todas essas medidas acima elencadas não têm sido suficientes para viabilizar a efetivação do direito à conciliação.

Dessa forma, conclui-se que o modelo sueco de proteção às entidades familiares seria o modelo ideal para qualquer país, incluindo o Brasil, visto que viabiliza o convívio entre os membros

das famílias, prevalecendo a função social destas, que visa o desenvolvimento dos indivíduos, prezando pela busca por qualidade de vida e dignidade.

No entanto, acredita-se que a maioria dos brasileiros não tem autodisciplina para decidirem sobre a forma que irão trabalhar, qualidade necessária na execução de qualquer trabalho realizado distante do controle direto do empregador. Como outro impasse na viabilidade de concessão dessa liberdade, ainda há uma perda da competitividade e queda da capacidade criadora, quando se trabalha em casa. Por último, pode gerar uma queda da qualidade dos serviços, porque os trabalhadores executam todo o serviço sozinhos.

Vale ressaltar, porém, que uma maior flexibilidade pode gerar aumento de produtividade e viabilizar a conciliação da vida profissional com a familiar, sendo mais lucrativo para o empregador e prazeroso para o empregado. Talvez a solução seja buscar medidas que viabilizem esse contato maior entre os membros das famílias, mas sem tanta autonomia, como acontece em outros países. Um dia o Brasil estará pronto.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Cássio Adriano; MARTINS, José Clerton. Ócio, lazer e tempo livre na sociedade do consumo e do trabalho. **Revista Mal-estar e Subjetividade**. Fortaleza: Vol. VII, n. 2, p. 479-500, set/2007. Disponível: [https://ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/dcefs/Prof.\\_Adalberto\\_Santos/4-ocio\\_lazer\\_e\\_tempo\\_livre\\_na\\_sociedade\\_do\\_consumo\\_e\\_do\\_trabalho\\_22.pdf](https://ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/dcefs/Prof._Adalberto_Santos/4-ocio_lazer_e_tempo_livre_na_sociedade_do_consumo_e_do_trabalho_22.pdf). Acesso em: 26 out. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, Lara Oleques de. A função social da família e a ética do afeto: transformações jurídicas no Direito de Família. Regrad. **Revista Eletrônica de Graduação do Univem**. Marília: v. 1, p. 60-93, 2008. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/download/43/70/0>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

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

\_\_\_\_\_. O trabalho da mulher. In: MALLET, Estevão; ROBORTELLA, Luiz Carlos (coord.). **Direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996, p. 377-429.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2016b.

BARROS, Raíssa. Lazer e jornada trabalho: um estudo sobre a dignidade do trabalhador na sociedade capitalista. **Revista Sinais**. Espírito Santo: n. 19, p. 108-124, 2016a. Disponível: <<http://periodicos.ufes.br/sinais/article/viewFile/12232/9748>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>. Acesso em 10 de ago. 2017.

BAYLÃO, André Luis da Silva; SCHETTINO, Elisa Mara Oliveira. **A inserção da mulher no mercado de trabalho brasileiro**. In.: XI Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia, 2014, Rio de Janeiro. Gestão do conhecimento para a sociedade. Disponível em: <<https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos14/20320175.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Abr./jun./2008, v. 03, p. 82-93. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BORGES, Patrícia. **O reconhecimento da família anaparental como entidade familiar estável e sua consequente legitimidade para pleitear adoção, à luz da jurisprudência do STF.** Revista de Filosofia do Direito, do Estado, e da Sociedade. Jul./Dez./2014, v. 5, n. 2, p. 113-117. Disponível em: <http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/450/695>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 5.442**, de 01 maio 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm). Acesso em: 15 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Em 10 anos, cresce número de idosos no Brasil.** 2016a. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/em-10-anos-cresce-numero-de-idosos-no-brasil>. Acesso em: 10 de out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Em 10 anos, taxa de divórcios cresce mais de 160% no País.** 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/em-10-anos-taxa-de-divorcios-cresce-mais-de-160-no-pais>. Acesso em: 10 de out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.213/1991**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm). Acesso em: 16 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.737**, de 03 de maio de 2016. Institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112/90. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8737.htm). Acesso em: 16 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.093**, de 12 de setembro de 1995. Dispõe sobre feriados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9093.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9093.htm). Acesso em: 16 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 15 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.257**, de 08 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Processo Penal, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a Lei nº 11.770 e a Lei nº 12.662. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm). Acesso em: 16 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.370**, de 12 de dezembro de 2016. Altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13370.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13370.htm). Acesso em: 20 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.509**, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Lei nº 10.406. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm)>. Acesso em: **27 nov. 2017.**

\_\_\_\_\_. **Medida provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **População brasileira passa de 207,7 milhões em 2017.** 2017a. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/populacao-brasileira-passa-de-207-7-milhoes-em-2017>>. Acesso em: 10 de out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Senado nº 68**, de 2015. Dispõe sobre a exigência de compensação das horas no caso de servidor público federal que tenha cônjuge, filho ou dependente portador de deficiência física. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119843>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Senado nº 110**, de 2016. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para reduzir em 10% (dez por cento) a jornada de trabalho dos trabalhadores que tenham sob sua guarda filhos com deficiência. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125185>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Senado nº 470**, de 2013. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 3704**, de 18 de abril de 2012. Acrescenta art. 476-B à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para conceder licença remunerada para acompanhamento a idoso internado ou em observação médica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=541626>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 6583**, de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Proposta de Emenda à Constituição nº 110**, de 2011. Altera o art. 7º da Constituição para dispor sobre licença-natalidade, licença após adoção e vedar discriminação de trabalhador em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103135>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.159.242 - SP** (2009/0193701-9). Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ 22 nov. 1999. Disponível em: <[www.stj.jus.br/fgr/p34.vs.ft/apc.223158](http://www.stj.jus.br/fgr/p34.vs.ft/apc.223158)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ**: União Brasileira de Compositores UBC x Arthur Rodrigues Vilarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 24 de abril de 2012a. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome\\_c/Guarda\\_Tutela/gt\\_jurisprudencia\\_guarda\\_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 27 de nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 29 de nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório**. 2017b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 29 de nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF**. 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em: 29 de nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal do Trabalho. **Súmula nº 24**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_1\\_50.html#SUM-24](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-24)>. Acesso em: 15 de out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal do Trabalho. **Súmula nº 244**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html)>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal do Trabalho. **Súmula nº 291**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-291](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-291)>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal do Trabalho. **Súmula nº 366**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-366](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-366)>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal do Trabalho. **Súmula nº 429**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-429](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-429)>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 35**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3074>>. Acesso em: 17 de out. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2000.

CARBAJOSA, Ana. Trabalhar para viver no planeta sueco: funcionário da agência espacial organiza jornada em função de necessidades familiares. **El país**, Estocolmo, 2 ago. 2015, Horário de Trabalho. Disponível em: <<http://noblat.oglobo.globo.com/geral/noticia/2015/08/trabalhar-para-viver-no-planeta-sueco.html>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CARBONI, Maria Ângela. **Evolução da mulher no mercado de trabalho**. 2009. Monografia. Orientadora: Profa. MSc. Patricia Jantsch Fiuza. (Curso de especialização em Gestão Empresarial) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma. Disponível em: <<http://www.bib.unesc.net/biblioteca/sumario/00003C/00003CEA.pdf>>. Acesso em: 01 de set. 2017.

CARREIRA, Cristiane de Mattos. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho: o direito do trabalhador cidadão. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 159/2014, p. 1-11.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRUZ, Saulo. CCJ aprova licença para acompanhar familiar deficiente em tratamento. 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/196399-CCJ-APROVA-LICENCA-PARA-ACOMPANHAR-FAMILIAR-DEFICIENTE-EM-TRATAMENTO.html>>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIAS, Cristina M. Araújo. **A jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem e as novas formas de família**. 2012, v. 15, p. 35-48. Disponível em: Repositório UPT, <<http://hdl.handle.net/11328/1102>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Quem pariu que embale!** Em defesa da licença natalidade. Jus Navigandi. Teresina, 2013, 180, n. 3479, 9 de jan. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23411>>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

DIAS, Nathália Leal de Oliveira. **A (im) possibilidade de concessão de uma licença-natalidade no ordenamento jurídico brasileiro**. 2016. 114 f. Monografia. Orientadora: Profa. Mestre Adriana Brasil Vieira Wyzykowski. (Curso de graduação em Direito) Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Nath%C3%A1lia%20Leal%20de%20Oliveira%20Dias.pdf>>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERREIRA, Camila Lopes. **Trabalho, tempo livre e lazer: uma reflexão sobre o uso do tempo da população brasileira**. 2010. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Pilatti. (Mestrado em Engenharia de Produção) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família**. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 10ª ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2013.

HERRERO, Maria José. La política familiar en Suecia: ¿Un modelo de igualdad?. XI Jornadas de Economía Crítica. EcoCri 2008. Bilbao, 27-29 de maio. p. 1-18.

JUSTIÇA manda padrasto pagar pensão a enteada. Gazeta do povo. Paraná, 09 out. 2012, Família. Disponível em: <[http://www.gazetadopovo.com.br/justica/justica-manda-padrasto-pagar-pensao-a-enteada-2c4ftg2ufb84qiml7gbnl7h3i#social2\\_comentario\\_form](http://www.gazetadopovo.com.br/justica/justica-manda-padrasto-pagar-pensao-a-enteada-2c4ftg2ufb84qiml7gbnl7h3i#social2_comentario_form)>. Acesso em: 29 nov. 2017.

KLOSTER, Angelo Márcio. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Revista Virtual da AGU, n. 98, 2010. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630)>. Acesso em: 17 out. 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e de filhos na ruptura da vida conjugal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Ingrid de Castro. **A possibilidade de reconhecimento jurídico da família anaparental socioafetiva segundo o ordenamento civil constitucional**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Alexander Seixas da Costa. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói. Disponível em: <http://www.repositorio.uff.br/jspui/handle/1/3129>. Acesso em: 22 out. 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MAFFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho. In: GUERRA, Giovanni Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). **Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: FUMARC, 2015. v. 2, p. 505-520. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/13311>>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região**, Campinas, nº 23, 2003. Disponível em: <[http://trt15.gov.br/escola\\_da\\_magistratura/Rev23Art17.pdf](http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

MALUF, Adriana. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. Tese. Orientador: Prof. Roberto João Elias. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/pt-br.php>. Acesso em: 15 de ago. de 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MATOS, Ana Carla H. “**Novas**” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/70.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/70.pdf)>. Acesso em: 10 de ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Vanda Cristina Folques. **As práticas de conciliação entre a vida profissional e a vida familiar no quadro da gestão de recursos humanos: um estudo multi-caso**. 2015. Dissertação. Orientadora: Profa. Doutora Maria Amélia Marques. (Mestrado em gestão estratégica de recursos humanos) – Escola Superior de Ciências Empresariais, Setúbal, Portugal. Disponível em: <<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/10515/1/MGERH%20VMendes%20130326017.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MIGALHAS. **Mães de bebês com Down conseguem redução da jornada em 50%**. Disponível em: <http://m.migalhas.com.br/quentes/242765/maes-de-bebes-com-down-conseguem-reducao-da-jornada-em-50>. Acesso em: 18 out. 2017.

MONTEIRO, Rosa; DOMINGOS, Liliana. O sentido do direito à conciliação: vida profissional, familiar e pessoal numa autarquia. **Revista Sociologia, Problemas e Práticas**. Disponível em: <<https://spp.revues.org/1310>>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

MOREIRA, Maria Margarida Góis Moreira. **O princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar: algumas considerações**. 2011. Monografia. Orientadora: Prof. Dra.

Catarina de Oliveira Carvalho. (Doutorado em Direito) – Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola do Porto, Porto.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASSAR, Rosita de Nazaré. Proteção à maternidade. In: MALLET, Estevão; ROBORTELLA, Luiz Carlos (coord.). **Direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996, p. 554-571.

OLIVEIRA, Christiana D`arc Damasceno, Direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. Revista LTr, São Paulo, v. 74, n. 10, out./2010, p. 1180-1188.

OLIVEIRA, Gabriela Brandt. O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos: o MCA como instrumento efetivo para implementação deste direito. Censo da população infanto juvenil acolhida no Estado do Rio de Janeiro. s.d., p. 393-418.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Direito de desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de emprego. In: **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**. São Paulo: LTr, 2015. Disponível em: <http://www.institutocesarinojunior.org.br/revista%20vol%2039.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Conferência Internacional do Trabalho. **Convenção nº 111**, de 15 de junho de 1960. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235325/lang-pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang-pt/index.htm)>. Acesso em: 18 de ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Conferência Internacional do Trabalho. **Convenção nº 171**, de 1990. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/515>>. Acesso em: 20 de nov. 2017.

PASSOS, Maurício da Costa. **Por uma função social da família**: os reflexos protetivos. 2008. Monografia. Orientador: Prof. Me. Mauro Fiterman. (Curso de Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_1/mauricio\\_o\\_costa.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/mauricio_o_costa.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun./2010. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 01 ago. 2017.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII revisão constitucional [2005]. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>.

Acesso em: 17 de jun. 2017.

RAGO, Margareth. Trabalho feminino e sexualidade. *In.*: PRIORE, Mary Del (org.). **História das mulheres no Brasil**. 7ª ed. São Paulo: Contexto, 2004, p. 578-606.

RAMALHO, Maria do Rosário. Estudos de direito do trabalho. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

RAMÍREZ, Carmen. La conciliación y corresponsabilidad em el cuidado de las personas mayores en el ordenamiento jurídico español. *In.*: FERREIRO, Jaime; DOCAMPO, Belén Fernández (dirs). Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos. Colección Monografías. 1ª ed., 2011.

REIS, Renata Olandim; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Da possibilidade de concessão de licença-maternidade aos pais solteiros e casais homossexuais masculinos**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c215b446bcd956d>>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: umas teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SENADONOTÍCIAS. Nova lei assegura jornada menor para servidor com cônjuge ou filho deficiente. 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/13/nova-lei-assegura-jornada-menor-para-servidor-com-conjuge-ou-filho-deficiente>>. Acesso em: 18 out. 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Willam Barbiero da. **O Direito à Desconexão**: um direito fundamental ao não-trabalho aplicável aos gerentes bancários. 2015. 27 f. Monografia. Orientador: Profa. Valdete Souto Severo. (Curso de pós graduação em Direito Material e Processual do Trabalho) – Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios.pdf>>. Acesso em: 16 de jun. 2017.

SILVEIRA, Bruno Furtado. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais.** Caderno Virtual.Campinas: v. 1, n. 21, Jan-Jun/2010. Disponível em: file:///C:/Users/daniel9/Downloads/326-1260-1-PB%20(1).pdf. Acesso em: 28 out. 2017.

SOARES, Ricardo Maurício. Direitos fundamentais: reflexões e perspectivas. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. *In.*: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 44-47.

TORANZO, Bruno. **Por que a produtividade do trabalhador brasileiro é baixa?** Disponível em: <https://constructapp.io/pt/por-que-produtividade-do-trabalhador-brasileiro-e-baixa/>. Acesso em: 27 out. 2017.

WYZYKOWSKI, Adriana. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego.** Salvador: Editora JusPodivm, 2015.