



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

FACULDADE DE DIREITO

Danielle de Abreu Candez

**Licença-paternidade: ativismo judicial como instrumento para  
concretização dos princípios constitucionais aplicáveis à família**

BRASÍLIA

2013

DANIELLE DE ABREU CANDEZ

**Licença-paternidade: ativismo judicial como instrumento para concretização dos princípios constitucionais aplicáveis à família**

*Monografia da aluna **Danielle de Abreu Candez**, matrícula n. 09/92593, elaborada como requisito para a conclusão do curso de graduação em Direito da Universidade de Brasília.*

Orientador: *Doutor Mamede Said Maia Filho,*

BRASÍLIA

2013

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

FACULDADE DE DIREITO

Danielle de Abreu Candez

**Licença-paternidade: ativismo judicial como instrumento para concretização dos princípios constitucionais aplicáveis à família**

Monografia aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_ para obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

---

Professor Mamede Said Maia Filho

---

Professora Suzana Borges Viegas de Lima

---

Professor Victor Russomano Junior

## RESUMO

O instituto da licença-paternidade, previsto na Carta Magna, ainda carece de lei específica que defina, com exatidão, os termos de sua aplicação. Assim, até hoje, é concedido por meio do regramento provisório do artigo 10, parágrafo 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A legislação atual, na forma como disposta, contribui para manutenção de uma divisão sexual dos deveres parentais desigual, para a discriminação do mercado de trabalho da mulher e acarreta violação dos interesses juridicamente protegidos das famílias homoafetivas e monoparentais masculinas.

Frente a esses problemas, pretendeu-se realizar o cotejo analítico entre os institutos da licença-maternidade e licença-paternidade, bem como uma análise profunda sobre os direitos sociais, a atuação do Poder Legislativo e o ativismo judicial como forma de concretização das garantias constitucionais.

O primeiro capítulo compara os diferentes aspectos da licença-maternidade e da licença-paternidade, evidenciando que a atual disciplina jurídica dos institutos corrobora com a manutenção da assimetria nas relações trabalhistas e no interior da família. Ainda, o tópico aponta a finalidade preponderante dos institutos à luz dos princípios constitucionais aplicáveis à família.

O segundo capítulo, ao discorrer a respeito da licença-paternidade como direito social, aborda as dificuldades para sua efetivação, a concepção de paternidade socioafetiva, bem como os princípios constitucionais que norteiam as famílias contemporâneas.

Por fim, o terceiro capítulo traz os casos sensíveis que demandam atenção especial tanto do legislador quanto do Poder Judiciário, defendendo-se, ao final, a necessidade do ativismo judicial como ferramenta para efetivação de direitos fundamentais.

Isso porque, embora prevista constitucionalmente, a licença-paternidade ainda é tratada de forma incipiente no campo legislativo; demonstrando-se, assim, a necessidade de vencer as razões no campo jurídico e legislativo que infirmam a evolução do debate sobre o tema.

Palavras-chave: Licença-paternidade, proteção integral do infante, família constitucional, ativismo judicial.

## ABSTRACT

The institute of paternity leave provided in the constitutional field, still lacks a specific law defining accurately the terms of its application to the legal system. On account of this fact, even today, it is still granted by Article 10, paragraph 1, of the Temporary Constitutional Provisions Act.

In this sense, the current legislation contributes to the maintenance of unequal sexual division of reproductive labor, the asymmetry of labor relations, the asymmetric impact on the labor market and the violation of legally protected interests of single parents and all homosexual males.

On account of this, we intended to perform an analytical comparison between the institutes of maternity and paternity leave, as well as an insightful analysis on social rights, the role of the Legislative Branch and the judicial activism as the empowerment of constitutional guarantees.

The first chapter analytically compares different aspects between maternity and paternity leave, demonstrating that the current design of the institute supports the maintenance of asymmetry in labor relations and reproductive sex work. At the end, this topic shows the predominant purpose of the constitutional institutes principles in family.

The second chapter, when talking about the paternity leave as a social right, addresses the difficulties in accomplishing this objective, the design of affective paternity, as well as the constitutional principles that guide contemporary families.

Finally, the third chapter brings the sensitive cases that require important attention of the judiciary and legislator to end in a judicial activism as a tool for implementation of constitutional guarantees.

In these circumstances, it appears that although constitutionally provided, paternity leave is still treated only incidentally in the legislative field, thus demonstrating the need to overcome the reasons in the legal field that invalidate the legislative evolution of the debate on the topic.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
1. DISCIPLINA JURÍDICA DOS INSTITUTOS DA LICENÇA-MATERNIDADE E DA LICENÇA-PATERNIDADE COMPARATIVAMENTE .....	7
1.1. LICENÇA-MATERNIDADE .....	9
1.2. LICENÇA-PATERNIDADE .....	17
2. LICENÇA-PATERNIDADE COMO DIREITO SOCIAL .....	22
2.1 DIFICULDADES DE EFETIVAÇÃO .....	22
2.2. A CONCEPÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA .....	24
2.3. A FAMÍLIA CONSTITUCIONAL.....	27
3. <i>NUMERUS APERTUS</i> DE FAMÍLIAS E <i>NUMERUS CLAUSUS</i> DE LICENÇA-PATERNIDADE? .....	33
3.1.CASOS SENSÍVEIS .....	33
3.1.1. <i>Pai viúvo ou recém-nascido órfão de mãe</i> .....	35
3.1.2. <i>Adoção individual por pessoa do sexo masculino</i> .....	37
3.1.3. <i>Adoção por casal homoafetivo masculino</i> .....	40
3.2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES COMO PONTO DE CONVERGÊNCIA.....	42
3.3. ATIVISMO JUDICIAL COMO FERRAMENTA PARA CONCRETIZAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS .....	46
CONCLUSÃO .....	52
REFERÊNCIAS .....	55
LEGISLAÇÃO.....	55
DOUTRINA .....	57
DOUTRINA JURÍDICA EM MEIO ELETRÔNICO .....	63

# INTRODUÇÃO

---

A licença paternidade, prevista no artigo 7º, inciso XIX, da Constituição Federal e atualmente disciplinada pelo art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mostra-se anacrônica em face do restante do ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, pelo seu atual formato, acaba por perpetuar a desigualdade entre os gêneros e afrontar as novas concepções de família. Insta frisar que o texto constitucional, com os avanços obtidos em relação à igualdade no interior da família, já não comporta atos jurídicos que imputem primordialmente à mulher o dever de cuidado sobre a prole.

Na atual conjuntura, a legislação está em descompasso com as novas conquistas da mulher no espaço público e a tutela constitucional das famílias homoafetivas e monoparentais masculinas. Ademais, a ampliação do prazo atual de 05 (cinco) dias surge como uma exigência para a concretização de direitos constitucionalmente previstos, corrigindo a dinâmica assimétrica presente no mercado de trabalho e na divisão sexual da parentalidade.

Frise-se que a análise sobre a licença da mãe e a do pai perpassa pela compreensão sobre o conceito de família, pelo dever de proteção integral da criança e/ou do adolescente e pela corresponsabilidade no âmbito familiar.

O primeiro capítulo buscará apresentar, detalhadamente, o tratamento concedido a cada um dos institutos, considerando a legislação, a jurisprudência, o custeio das licenças e a repercussão no mercado de trabalho.

O segundo capítulo tratará do contexto social que conformou a criação da licença-paternidade quando da Constituinte, do paradigma da paternidade socioafetiva e das consequências dos comandos constitucionais relativos à família.

Nessa toada, cumpre salientar a importância da discussão acerca da família na forma como delineada pela Carta Magna, em razão dos comandos constitucionais da igualdade de gênero e da vedação ao tratamento discriminatório entre os filhos.

Por fim, no último capítulo analisa-se os casos ora denominados de sensíveis, em que a insuficiência do lapso temporal de 05 (cinco) dias revela-se evidente. Referidos casos foram selecionados em virtude de se constituírem como situações reiteradas na sociedade, decorrentes de transformações já internalizadas nas composições familiares brasileiras ou de alterações no próprio ordenamento jurídico pátrio.

Ainda, observar-se-á a existência de diversas proposições em trâmite no Congresso que tratam sobre o tema; as quais, contudo, enfrentam diversos óbices em sua tramitação, resultando na morosidade do Legislativo para regulamentar a licença-paternidade. Tal omissão na atividade legiferante tem colocado diversos obstáculos à efetividade dos direitos sociais conquistados, principalmente em relação às famílias monoparentais e às homoafetivas.

Nesse contexto, este trabalho discutirá a possibilidade de utilização do ativismo judicial como instrumento de garantia e efetividade de direitos fundamentais, capaz de gerar respostas mais rápidas para as diversas demandas sociais, bem como solucionar estruturas anacrônicas ainda presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

# 1. DISCIPLINA JURÍDICA DOS INSTITUTOS DA LICENÇA-MATERNIDADE E DA LICENÇA-PATERNIDADE COMPARATIVAMENTE

A finalidade primordial das licenças em razão de filho, sejam elas ao responsável do sexo masculino ou ao do sexo feminino, são definidas por dois princípios: o da proteção integral de crianças e adolescentes e o do superior interesse desses, esboçados no artigo 227, *caput*, da CF, e nos artigos 3º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

O primeiro, encampado pela Constituição de 1988, assegura a proteção absoluta e integral de toda criança e todo adolescente, garantindo direitos especiais e específicos a eles, tendo em vista a condição peculiar desses como pessoas em desenvolvimento. Mas, na efetivação de tais direitos, deve-se dar total prioridade aos interesses dos mesmos em detrimento das demais pessoas, em razão do princípio do superior interesse da criança e do adolescente, a fim de garantir o integral desenvolvimento de suas personalidades.

Por conseguinte, na linha desses princípios, a licença é direito fundamental da família e, especialmente, dos filhos. O objetivo precípua do afastamento é garantir ao filho todos os cuidados físicos e psicológicos de que precisa, em razão da sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

A finalidade precípua do instituto, é, portanto, propiciar os cuidados físicos iniciais, bem como estabelecer vínculo afetivo entre pais e filhos (KLOSS, 2009), seja em razão do nascimento de filho ou da necessidade de acomodação do adotado à sua nova família.

Ressalte-se, ainda, que o estabelecimento adequado do vínculo acima referido é fundamental para o êxito no crescimento e no desenvolvimento da criança (COSTA, 2010) e sua criação é, inicialmente, propiciada justamente pela convivência oriunda da licença.

## 1.1. Licença-maternidade

---

No tocante à previsão normativa da licença-maternidade, a Carta Magna, no inciso XVIII, art. 7º, estabelece como direito fundamental da trabalhadora urbana ou rural a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias. O Supremo Tribunal Federal, instado a manifestar-se sobre a aplicabilidade do dispositivo à mãe adotante (RE n.º 197.807-4/RS), asseverou que, não obstante a licença à gestante não se fundamentar estritamente na necessidade biológica de resguardo pós-parto, mas, igualmente, na proteção à criança, à família e ao trabalho da mulher, não poderia o benefício ser interpretado de forma ampla a fim de alcançar a mãe adotante. Inexistiria direito social constitucionalmente assegurado a esta, de modo que caberia ao legislador ordinário estabelecê-lo.

Mas, como bem apontado por Frediani (2004, p. 50), apesar desse posicionamento do STF negando a licença à mãe adotante, regulamentou-se tal direito em diversos instrumentos, tais como convenções coletivas, acordos coletivos ou leis orgânicas de municípios:

Não obstante a decisão proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal sobre a controvérsia existente a propósito da matéria e que culminou com a negação de atribuir-se à mãe adotante a mesma garantia assegurada à mãe biológica, a sabedoria popular cuidou de regulamentar a questão pelas Leis Orgânicas de Municípios vários, Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União, bem assim, por meio das Convenções e Acordos coletivos pelas mais diversas categorias, concluindo pela inexistência de qualquer razão válida para manutenção do entendimento adotado pelo mais alto Sodalício da Nação, segundo se constata das cláusulas reproduzidas a seguir. (FREDIANI, 2004, p. 50).

Na mesma linha, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho - TST, em diversas ocasiões<sup>1</sup>, concedeu à adotante o direito à licença, mesmo que ausente previsão normativa expressa nesse sentido, contrariando o entendimento da Suprema Corte. Segundo o TST, a extensão do direito à mãe adotante fundamentar-se-ia, entre outros motivos, no dever constitucional de assegurar-se à criança a convivência familiar (art. 227, *caput*), na vedação constitucional à concessão de tratamento desigual para com os filhos, sejam eles biológicos ou adotados (art. 227, § 6º) e no escopo do dispositivo que prevê a licença, que seria proteger a família, principalmente a mãe e o adotado, ao viabilizar a convivência entre esses.

---

<sup>1</sup> Citem-se como exemplo os seguintes julgados: RR-240925-60.1996.5.12.5555, Rel. Min. Gelson de Azevedo, 5ª Turma, julgado em 18/11/1998, DJ 11/12/1998; RR-691952-91.2000.5.15.5555, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, julgado em 01/06/2005, DJ 24/06/2005; E-ED-RR-232/2000-007-15-00.9, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (SBDI-I), julgado em 14/05/2007, DJU de 1º/6/2007; RR-62485/2002-900-09-00.0, Rel. Min. Vantuil Abdala, 2ª Turma, julgado em 16/04/2008, DJU de 9/5/2008; RR-4432300-91.2002.5.04.0900, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, julgado em 30/06/2010, DEJT06/08/2010.

Em 15 abril de 2002, colocando termo às discussões sobre a aplicabilidade, ou não, do dispositivo constitucional à mãe adotante, foi promulgada a Lei n.º 10.421/2002, a qual expressamente estendeu o benefício de licença maternidade à mãe adotante. Essa lei acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho o art. 392-A, que concede à empregada que adotar, ou a que obtiver guarda para fins de adoção, licença-maternidade de prazo que varia conforme proporção estabelecida nos §§ 1º ao 3º do citado artigo. Na adoção de crianças de até um ano, a licença é de cento e vinte dias (§ 1º); de um a quatro anos, de sessenta dias (§ 2º) e de quatro a oito, de trinta dias (§ 3º).

A Lei n.º 10.421/2002 também inseriu o art. 71-A na Lei n.º 8.213/1991, que trata dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Garantiu-se, com este dispositivo, o benefício previdenciário do salário-maternidade à mãe adotante, na mesma proporção do art. 392-A da CLT. A inteligência da lei era no sentido de que, quanto menor a idade do adotado, maior o período da licença-maternidade respectiva. Tal relação decorreria do suposto fato de que quanto menor a criança, ou seja, quanto menos independente fosse ela, maior seria a necessidade de cuidados e atenção da mãe. Nesse sentido, Arruda (2002, p. 297):

Nesta faixa etária [de zero a oito anos] a criança exige maiores cuidados, fato que por si só justifica a limitação da licença-maternidade da mãe adotiva.

Ainda, Sérgio Martins (2009a, p. 592):

Quanto maior for a idade, menor será o período de concessão da licença, pois não é a mesma atenção que deve ter uma criança de até um ano e outra de oito anos, que já tem certa sensibilidade da vida e já deveria estar na escola.

Insurgiram-se, no entanto, alguns doutrinadores contra a análise simplista de tal construção. Ao concederem-se períodos de convivência entre a mãe e a criança (prazo da licença) diferentes, de acordo com a idade do adotado, restaria ofendido o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, como bem destacado por (FREDIANI, 2004). Não obstante, limitar-se a concessão da licença para aquelas que tenham adotado crianças de até oito anos é desestimular a adoção de crianças maiores, que já são as menos visadas pelos candidatos a adotantes. Por outro lado, os dispositivos seriam também discriminatórios do ponto de vista da mãe interessada em adotar criança de idade mais avançada, a qual possuiria as mesmas obrigações que a mãe biológica para com o filho, mas direito à licença inferior, como pontuado por Assunção (2007, p.370-371).

Mas, em verdade, a principal impropriedade da construção foi partir da equivocada premissa de que crianças menores demandariam mais esforço por parte do adotante. Desnecessário defender que todos os filhos requerem cuidados, devendo os adotantes exercerem devidamente o poder familiar e proporcionarem adequada educação àqueles. A despeito disso, deve-se destacar que é comum crianças maiores terem sido vítimas de uma série de maus-tratos e trazerem consigo, geralmente, alguns traumas, o que torna mais difícil a adaptação à nova família. Amaral (2006, p.11 - 20) muito bem discorre sobre essa questão:

[...] Tais crianças [as com mais idade] necessitam de um cuidado todo especial, porque ficam em instituições por muito tempo e podem ter sequelas psicológicas deixadas pelo abandono ou até mesmo pela instituição, ter sido influenciadas pelo ambiente de origem, ser pessoas agressivas, revoltadas, e ter maus costumes e dificuldades de adaptação. São crianças que, muitas vezes, já passaram por vários estágios de convivência e possuem um trauma. Por isso, a mãe que vai cuidar de uma dessas crianças necessita também de um período para estar a seu lado e fazer a criança acreditar que há pessoas que se preocupam com seu bem-estar [...]

[...] Essas crianças [maiores de oito anos] têm uma necessidade maior de estreitar o contato físico-psíquico com seus “novos pais”, já que ficam em instituições por muito tempo e podem ter sequelas psicológicas deixadas pelo abandono. Muitas vezes, são crianças agressivas, revoltadas, que terão dificuldade de adaptação ao novo lar.

Almeida (2012, p. 442), com propriedade, também critica essa sistemática de licenças mais longas para quando o adotado for menor, pois considera “exclusivamente o aspecto biológico referente à proteção da criança, ignorando por completo o aspecto emocional, a ligação da mãe com o seu filho, que tende a ser mais complexa e dificultosa de ser desenvolvida à medida que a criança avança de idade”. É verdade que as crianças menores têm maior dependência física, mas os adotados maiores têm menores condições de adaptabilidade e maiores dificuldades para criação de vínculos afetivos. Assim, todos os adotados, cada um a sua maneira, necessitam da convivência propiciada pela licença.

Ante essas críticas, a Lei n.º 12.010, de 3 de agosto de 2009, conhecida como a Nova Lei de Adoção, revogou os §§ 1º a 3º do art. 392-A da CLT. Tendo em vista que o *caput* deste artigo, não revogado, dispõe que a licença à adotante deve ser concedida nos termos do art. 392, e que este artigo prevê licença-maternidade à gestante de cento e vinte dias, toda empregada adotante passou a ter direito à licença de mesma duração da mãe gestante. Dias (2012) defende que a revogação dos prazos diferenciados da licença-maternidade talvez tenha sido a medida mais salutar da Nova Lei de Adoção.

O art. 71-A da Lei n.º 8.213/1991, Lei de Benefícios da Previdência Social, porém, não foi revogado. De modo que se mantiveram os prazos diferenciados de salário-

maternidade para as seguradas adotantes de acordo com a idade do adotado. Persistiu aqui, portanto, a ofensa aos princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e da isonomia entre as adotantes. Ademais, esta lei encontra-se em descompasso com a legislação trabalhista, pois o art. 392-A da CLT foi revogado, o que resultou na extensão da licença de cento e vinte dias a todas as mães empregadas, independentemente da idade do adotado.

De toda sorte, a revogação do art. 71-A, da Lei n.º 8.213/1991, implicaria em estender o benefício previdenciário de salário-maternidade para cento e vinte dias desacompanhado da adequada cobertura financeira, o que afrontaria o princípio constitucional da precedência da fonte de custeio (art. 195, §5º).

Neste ponto é necessário distinguir o salário-maternidade – benefício previdenciário – da licença-maternidade – direito trabalhista.

O salário-maternidade é benefício do Regime Geral da Previdência Social que tem como beneficiárias as seguradas desse regime, quais sejam: empregadas, empregadas domésticas, trabalhadoras avulsas, contribuintes individuais e seguradas especiais. Já a licença-maternidade é direito trabalhista, e, por conseguinte, é direito, em tese, apenas da mãe empregada. Todavia, por força da Constituição, os direitos do trabalhador com vínculo empregatício foram estendidos ao trabalhador avulso (art. 7º, inciso XXXIV), e as trabalhadoras domésticas possuem direito ao gozo da licença (art. 7º, parágrafo único). Dessa forma, são destinatárias do direito à licença maternidade a empregada, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica.

A licença consiste no período de afastamento da empregada do trabalho que, com fulcro no art. 7º, inciso XVIII, da CF, é exercida sem possibilidade de demissão durante seu período de duração e sem a redução da remuneração que vinha sendo percebida pela empregada.

A concessão do salário-maternidade tem como finalidade a proteção da maternidade, eleita como um dos eventos a ensejarem cobertura pela previdência social (art. 201, inciso II, CF). O benefício consiste na garantia da remuneração durante o afastamento da segurada do trabalho, a qual é paga pelo Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS).

Tendo em vista que compete à Previdência Social custear o valor da remuneração da empregada durante o gozo da licença-maternidade, o direito à licença não é um puro e simples encargo trabalhista; mas, em substância, detém caráter previdenciário, como bem assentou o STF na ADI n.º 1.946.

Como benefício previdenciário, é prestação de natureza patrimonial arcada pela previdência social por meio das contribuições sociais de seguridade social, conforme o plano de

custeio previsto na Lei n.º 8.212/1991. Em sede de Direito Previdenciário, para a concessão de um benefício, exige-se a previsão legal do mesmo, bem como da sua correlata fonte de custeio, em obediência ao art. 195, §5º, da CF, a fim de preservar-se o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

A revogação do art. 392-A da CLT resultou na extensão da licença-maternidade da adotante para cento e vinte dias. O mesmo não se pode dizer do período do salário-maternidade, cujos prazos são os dispostos no art. 71-A da Lei n.º 8.213/1991, que são proporcionais à idade do adotado. Considerando que não há previsão de salário-maternidade de cento e vinte dias para quando os adotados tiverem idade acima de um ano, e que a licença-maternidade deve ser concedida sem prejuízo do salário, quando o período da licença for superior ao do benefício previdenciário, cabe ao empregador custear a remuneração durante os meses restantes da licença, já que o INSS não está obrigado a arcar com despesa ou benefício não previstos em lei.

Prosseguindo na linha histórica das modificações legislativas relativas ao tema, em 9 de setembro de 2008 foi instituído o Programa Empresa Cidadão pela Lei n.º 11.770, destinado a prorrogar a licença-maternidade, de modo a alcançar tanto as mães biológicas quanto às adotantes, o que evidencia o reconhecimento dado pelos legisladores à importância da maternidade.

O programa, de forma sucinta, consiste em incentivo fiscal para que as pessoas jurídicas que sejam tributadas com base no lucro real estendam a licença. Tal incentivo se dá por meio de dedução no imposto de renda do total gasto com a remuneração da empregada durante o período de extensão da licença. Destaque-se que é obrigação do empregador (da Empresa Cidadã) arcar com a remuneração durante a prorrogação (art. 5º), bem como que a empregada possui direito à percepção do valor integral de sua remuneração (art. 3º).

Quanto à duração da prorrogação, em relação à mãe biológica, gestante, é de sessenta dias (art. 1º, *caput*). Já quanto à adotante, o art. 1º, § 2º, dispôs que a prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança [grifo nosso]. Ou seja, na proporção de 50% (cinquenta por cento) do período total da licença sem prorrogação, conforme o art. 392-A da CLT. Como explanado acima, os parágrafos deste artigo que estabeleciam diferenciação no prazo da licença de acordo com a idade do adotado foram revogados, de modo que todas as adotantes passaram a ter direito a cento e vinte dias de licença. Dessa forma, a prorrogação direcionada às mães adotantes também seria de sessenta dias.

Contudo, o Decreto n.º 7.052, de 23 de dezembro de 2009, que regulamenta a Lei n.º 11.770/2008, utilizando como parâmetro os revogados §§ 1º ao 3º do art. 392-A, inseriu novamente no ordenamento jurídico prazos diferenciados de (prorrogação) de licença, enfraquecendo o avanço legislativo conquistado. Nessa linha, as seguintes considerações:

Observe-se que o Decreto traz prazos distintos no que concerne à concessão da extensão do benefício para as empregadas adotantes, sendo diminuído de forma inversamente proporcional à idade da criança adotada. Sabe-se que essa ideia de proporção se origina da CLT, que [sic] em seu art. 392-A, aplica a mesma inteligência para os prazos de concessão de licença-maternidade de mãe adotante.

Porém, o que não foi observado pelo citado Decreto, publicado no Diário Oficial da União, [sic] no dia 23.12.2009, foi a mudança ocorrida quatro meses antes, com a publicação da Lei n.º 12.010, de 03.08.2009. Essa lei revogou os três primeiros parágrafos do art. 392-A da CLT, tornando o prazo para a licença maternidade da mãe adotante igual ao concedido à empregada gestante, independentemente da idade da criança adotada.

Portanto, torna-se notório o “equivoco” do Executivo no que pertine à publicação do Dec. 7.052, que retrocede nos avanços previamente alcançados referentes à proteção à maternidade da empregada adotante [...]. (ALMEIDA, 2012, p. 442)

Referido decreto, contudo, não persiste, em face não só da lei que regulamenta, mas também perante os princípios constitucionais da vedação ao tratamento diferenciado dispendido aos filhos e da igualdade em relação às mães.

Em relação ao correspondente benefício previdenciário relativo à prorrogação, da mesma forma, a Lei n.º 11.770/2008 instituiu a prorrogação facultativa da licença-maternidade, e não do salário-maternidade. Assim, o ônus da extensão da licença é de responsabilidade do empregador. Nessa linha, Sérgio Martins (2009b, p. 96):

Em nenhum dispositivo da Lei nº 11.770/2008 está escrito que os 60 dias serão pagos pelo INSS.

O art. 3º da Lei nº 11.770/2008 faz referência a que “durante o período da prorrogação da licença maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral de Previdência Social”. Isso não implica que o pagamento é feito pelo INSS. Molde quer dizer forma, modelo, matriz. Nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade quer dizer que, durante a prorrogação de 60 dias, a empregada não pode ficar sem receber seu salário, que ficará a cargo do empregador, como já ocorre em relação aos 120 dias de afastamento da gestante. Esses são os moldes. O artigo reza que o salário-maternidade é pago pelo Regime Geral da Previdência Social, mas não que a prorrogação da licença-maternidade de 60 dias será paga pelo INSS.

[...]

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico mostra que o benefício não pode ser pago pelo INSS. Não há fonte de custeio para estender o salário-maternidade por mais 60 dias, com pagamento pelo INSS (§5º do art. 195 da Constituição). Entender que o INSS deve pagar mais 60 dias de benefício é violar o art. 195 da Constituição. Esta norma está acima da Lei nº 11.770.

A consequência é que os 60 dias de prorrogação serão arcados exclusivamente pelo empregador. [...]

Kloss (2009) também assevera que a integralidade da remuneração da empregada durante a prorrogação da licença deverá ser paga pelo empregador. Importante frisar que o empregador deve pagar a totalidade da remuneração à empregada durante o gozo da (prorrogação) da licença em razão da já mencionada garantia constitucional prevista no art. 7º, inciso XVIII.

Quanto à regulação da licença-maternidade para as servidoras federais em sentido amplo, as funcionárias públicas e as servidoras estatutárias receberam tratamento diverso. Àquelas aplica-se o já citado art. 71-A da Lei n.º 8.213/1991; estas possuem Regime de Previdência Social Próprio, cujos contornos estão delineados na Lei n.º 8.112/90, que dispõe sobre seu regime jurídico. O art. 210 desta lei prevê como benefício previdenciário das servidoras que adotarem ou que obtiverem guarda judicial o direito à licença remunerada. O prazo é de noventa dias para criança de até um ano (art. 210, *caput*) e de trinta dias para criança de idade superior a um ano (art. 210, parágrafo único). Verifica-se, por conseguinte, que, assim como acontece com o art. 71-A, tal previsão de prazos distintos está em descompasso com os princípios constitucionais da isonomia e da vedação à discriminação entre os filhos.

Também o art. 2º da Lei n.º 11.770/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã, autorizou a Administração direta, indireta e fundacional a instituir, em seu âmbito, programa semelhante. Assim, o Decreto n.º 6.690, de 11 de dezembro de 2008, criou o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante para as servidoras da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Esse decreto, ao estabelecer os prazos de prorrogação para as adotantes, também as tratou desigualmente, pois os fixou com base nos artigos 71-A da Lei n.º 8.213/1991 (art. 2º, §3º, inciso I, do decreto) e 210 da Lei n.º 8.112/90 (art. 2º, §3º, inciso II, do decreto).

Contudo, como já defendido, a concessão de prazos de licença diferentes, que são determinados de acordo com a idade do adotado, ofende, por exemplo, a proibição constitucional de discriminação entre os filhos, razão pela qual o Judiciário tem assegurado às mães adotantes a mesma licença das mães biológicas.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>Cite-se como exemplo o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de relatoria do Des. Federal André Nabarrete, proferido em 24.11.05 no processo n.º 2002.03.00.026327- 3, o qual tratava especificamente de caso de servidora estatutária adotante.

## 1.2. Licença-paternidade

---

Em relação à licença paternidade, a Constituição também a previu como direito fundamental do trabalhador urbano ou rural (art. 7º, inciso XIX). Não assegurou, todavia, a garantia do emprego ou do salário, nem estabeleceu o seu tempo de duração.

Conforme a redação deste dispositivo, a licença seria regida de acordo com “os termos fixados em lei”. Ocorre que, passados mais de vinte anos da promulgação da Carta Magna, referida lei ainda não foi editada, e a licença paternidade permanece provisoriamente regulada pelo art. 10, § 1º, do ADCT, o qual dispõe: “Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias”. Ou seja, quanto à licença para o pai, só ficou estabelecido o período de duração, que é de apenas 05 (cinco) dias.

Apesar de o dispositivo constitucional não tratar expressamente do pai adotante, falando apenas em “licença-paternidade”, a doutrina manifesta-se no sentido de que é aplicável também ao pai adotante. Primeiramente porque não caberia ao intérprete excepcionar quando a Lei Maior não o fez. Outrossim, como apontado por Nahas (2002, p. 446), não há a necessidade de a licença ao adotante vir expressamente disciplinada, pois não é permitido “fazer distinção entre pais e filhos naturais e adotados e adotantes, em razão da simples aplicação do sistema constitucional a partir de 1988.”.

Cardone (2002) também corretamente ressalta que garantir licença somente à mulher adotante, e não ao pai adotante, seria ofender o art. 5º, inciso I, da CF, no tocante à igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. Frediani (2004, p. 56), por outro lado, lembra que, se foi possibilitado a todos adotarem, independente do sexo ou do estado civil, a ninguém pode ser negado o “direito para assistência e tratamento do filho adotado”.

Por fim, Figueiredo (1994, p. 1231) defende que não pode ser negada a licença-paternidade ao adotante porque a licença não constitui mero patrimônio particular do empregador do sexo masculino, mas “direito social da entidade familiar”.

Destaque-se que a licença-paternidade só está prevista no art. 7º da Constituição Federal, o qual dispõe sobre os direitos do trabalhador. A paternidade não foi elencada como finalidade de proteção pela Previdência Social. Também inexistente no Regulamento da Previdência

Social (Decreto n.º 3.048, de 6 de maio 1999) qualquer benefício voltado ao incentivo ou à proteção da paternidade.

Por essa razão, Cardone (1991, p. 283) destaca que a licença-paternidade é “um direito trabalhista, cujos custos diretos devem ser enfrentados diretamente pelo empregador.” Até porque, utilizando-se novamente de raciocínio similar àquele empregado em relação à prorrogação da licença-maternidade estabelecida pela Lei n.º 11.770/2008, a previsão do direito constitucional de licença ao pai não criou qualquer obrigação à Previdência Social, de modo que, em obediência princípio da precedência da fonte de custeio (art. 195, §5º, CF), não deve o INSS pagar qualquer benefício relacionado a esta licença. Sérgio Martins (2010) compartilha do entendimento de que a licença-paternidade não é benefício previdenciário.

Ante o quadro apresentado, é fácil perceber o quanto o período dispensado à licença-maternidade é muito mais longo que o da licença-paternidade. Enquanto a mãe, biológica ou adotante, possui direito a 120 (cento e vinte) dias de licença, que pode ser prorrogado por até mais 60 (sessenta) dias, nos termos da Lei n.º 11.770/2008, o pai só tem 05 (cinco) dias de licença.

Mas outras constatações são possíveis, como, por exemplo, que, enquanto há previsão expressa de licença para a adotante do sexo feminino, inexistente para o homem adotante. Outra observação importante é que, desde sempre, há a preocupação em proteger a maternidade e garantir o seu exercício. Preocupação em discipliná-la, prorrogá-la etc. Assistimos à Lei n.º 10.421/2002 expressamente estender a licença à mãe adotante; assistimos à Lei 11.770/2008 instituir programa destinado a prorrogar a licença-maternidade, tudo isso enquanto a licença do pai aguarda regulamentação desde a promulgação da Constituição de 88.

Importante lembrar que a licença-maternidade inicialmente era custeada pelo empregador. Ante o inconformismo dos empregadores (a quem cabia pagar a remuneração durante o afastamento) e das mulheres, em razão das discriminações surgidas em seu ambiente de trabalho, transferiu-se, desde a Lei n.º 6.136, de 7 de novembro de 1974, a obrigação de pagar o direito à previdência, de modo que se dissolveu o seu custo por toda a sociedade por meio das contribuições sociais de seguridade social. Tal mudança constituiu-se como medida de proteção do mercado de trabalho da mulher.

Contudo, embora tenha ocorrido a transferência dos custos da licença-maternidade para a previdência, a disparidade quanto à duração das licenças da mãe e do pai é, em última análise, prejudicial para a própria mulher, um vez que acarreta discriminação do mercado de trabalho feminino.

De fato, com já alertava Castro em 1983 (1983, p. 110, 126-127), mesmo as normas celetistas que amparam a maternidade da trabalhadora, aparentemente humanitárias e inocentes, trazem o risco de eventual repercussão negativa para a mulher. Muitas vezes a desvantagem da mulher no mercado de trabalho decorre da aplicação concreta de legislação bem intencionada em protegê-la.

Ainda que a licença-maternidade seja atualmente custeada pela previdência, exatamente para o direito trabalhista não gerar efeito negativo, “mesmo assim ainda há algum tipo de rejeição do trabalho feminino pelos patrões quando verificam que não poderão com ele contar durante certos períodos” (NASCIMENTO, A., 1989, p. 186-187).

Há uma série de outros custos indiretos do gozo da licença-maternidade pelos quais o empregador responde em razão do afastamento da mãe empregada do ambiente de trabalho, tais como: pagamento de horas extras ante a distribuição das atividades de quem se licencia entre os demais funcionários ou contratação de substituto, defasagem com que a empregada retorna ao trabalho, essencialidade dessa para o serviço desempenhado etc.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) elaborou uma pesquisa visando a apurar o real custo do trabalho do homem e da mulher na América Latina, intitulada “Questionando um mito: custos do trabalho de homens e mulheres”. Nela listou vários outros gastos de difícil apuração oriundos da substituição da mulher trabalhadora durante a licença:

É possível que existam outros custos de substituição de uma mulher durante a licença-maternidade, tais como gastos de seleção e contratação, assim como custos adicionais indiretos, de difícil mensuração, que podem se manifestar em uma eventual menor produtividade do substituto, assim como em problemas de organização do processo de trabalho na empresa derivados da substituição das trabalhadoras. É possível também que existam custos de treinamento e adaptação do substituto, que podem variar de acordo com o cargo. Mas não se conta com informação confiável de um ou outro tipo para calcular ou estimar adequadamente os componentes indiretos destes custos.(OIT, 2005, p. 55).

A pesquisa da OIT (2005, p. 53), contudo, concluiu que, ao contrário do esperado, os gastos diretos do empregador com a maternidade não são significativos, de modo que não se justifica atribuir a isso a persistência de uma série de desigualdades que continuam marcando a situação das mulheres em relação aos homens no mercado. De qualquer forma, como bem reconhecido pela OIT, sejam eles gastos de grande monta ou não, são suficientes para criar uma indisposição no empregador no momento de escolher o trabalhador a ser contratado.

Até porque, comparativamente, os gastos do empregador durante a licença-maternidade, de cento e vinte a cento e oitenta dias, são consideravelmente maiores do que os

efetuados durante o desfrute da licença-paternidade, de apenas cinco dias. Assim, as medidas de proteção da maternidade acarretam, inevitavelmente, o aumento dos custos relativos ao trabalho da mulher, tornando-se fator de discriminação no mercado de trabalho.

Para Cardone (1991; p. 276), ainda, na medida em que essa equiparação dos custos e/ou das licenças for sendo alcançada, “a maternidade da trabalhadora será mais serenamente exercida, já que o exercício do direito de ser mãe não estará atingindo o exercício do direito de trabalhar fora do lar”.

Seria importante, por conseguinte, estender a licença-paternidade, não só pela necessidade de valorizar e proteger a paternidade, mas de aproximar os custos dos trabalhadores do sexo feminino e masculino a fim de amainar a discriminação com a mulher empregada.

No tocante ao responsável pelos custos da licença-paternidade, é possível afirmar que, enquanto não for criado “salário-paternidade” objetivando que a previdência responda pelos custos do afastamento do pai trabalhador, será mais difícil a aprovação de uma possível extensão da licença-paternidade. Isso porque, por exemplo, existirão resistências por parte dos empregadores, a quem incumbirão os dispêndios da prorrogação, ou então por parte dos próprios destinatários do direito trabalhista, vez que o aumento do prazo da licença poderá surtir efeito negativo e resultar em causa de discriminação trabalhista.

Nesse contexto, Cardone (1991, p. 283-284) ressalta que, quando a lei prevista no art. 7º, inciso XIX, da Constituição para disciplinar a licença-paternidade for finalmente promulgada, deverá transferir os encargos do afastamento à Previdência:

Parece-nos, contudo, que assim como a licença-maternidade é financiada coletivamente pelos empregadores, o que elimina [sic] em parte, discriminações, da mesma forma a lei que vier a regular a licença-paternidade deve transferir os encargos para a previdência social, mediante a correspondente fonte de custeio, em regime de compensação.

Sérgio Martins (2010) também suscita a possibilidade de a referida lei transformar a licença em um benefício de natureza previdenciária, a cargo da Seguridade Social, de forma similar ao salário maternidade.

Interessante é o posicionamento de Magano (1988, p. B2) sobre essa questão. Para ele, a licença-paternidade é benefício previdenciário que seria implantado após a conversão da licença em prestação pecuniária da Previdência Social, depois de completado o ciclo previsto no art. 59 do ADCT. Enquanto isso não ocorresse, seria uma licença não remunerada.

O art. 59 determinava que os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício deveriam ser apresentados no prazo máximo de 06

(seis) meses após a promulgação da Constituição, cabendo ao Congresso apreciá-los em mais 06 (seis), e, posteriormente, deveriam ser implementados progressivamente nos 18 (dezoito) meses seguintes. Todavia, hoje é possível afirmar que, se deveria ser benefício previdenciário, o art. 59 não foi obedecido. Para Amauri Nascimento (1989), porém, a Constituição teria deixado a questão em aberto, podendo a licença ser tanto paga pelo empregador quanto pela previdência, e o que definiria a natureza do direito seria a lei ordinária destinada a regulamentá-la.

Não obstante a natureza exclusivamente trabalhista do direito ao afastamento do emprego em razão da paternidade, há ainda divergência doutrinária acerca da licença-paternidade ser remunerada ou não. Enquanto Cardone (1991, p. 283), conforme já exposto, assevera que os custos da licença são encargos do empregador, sendo, portanto, remunerado o afastamento; Sérgio Martins (2010) e Magano (1993) defendem que não o é, pois a Constituição, ao criar o direito à licença-paternidade, não estabeleceu que seria remunerada, assim como não há qualquer disposição legal que impute ao empregador a obrigação de pagar os dias referentes ao gozo do direito trabalhista. Nessa discussão, Amaral (2006) afirma que é majoritário, na doutrina, o entendimento de que a licença-paternidade não é remunerada.

A natureza estritamente trabalhista da licença-paternidade, a obrigação imposta ao empregador de custeá-la ou então a existência de posicionamentos no sentido de que ela nem sequer é remunerada, a ausência de um benefício previdenciário correspondente, tudo só reforça a disparidade de tratamento despendida à paternidade em comparação à maternidade. Esse contexto acaba por não incentivar o exercício da paternidade.

Por fim, é importante destacar o avanço da Lei n.º 8.112/1990, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos servidores estatutários federais. Como sabido, esses não integram o RGPS, pois possuem Regime Próprio de Previdência Social; e a referida lei, no art. 184, inciso II, define como finalidade do plano de seguridade desses servidores a proteção à paternidade e à adoção. Ainda, sob a capitulação de Benefícios da Seguridade Social do Servidor, prevê licença-paternidade de cinco dias consecutivos para o servidor “pelo nascimento ou adoção de filhos” (art. 208). Não restam então dúvidas, aqui, de que a licença-paternidade do servidor estatutário federal é benefício previdenciário.

## 2. LICENÇA-PATERNIDADE COMO DIREITO SOCIAL

### 2.1 Dificuldades de Efetivação

---

Não sendo suficiente a existência desse desequilíbrio no tocante ao tratamento dispensado pelo ordenamento à paternidade e à maternidade, a aprovação da licença-paternidade como direito constitucional social, quando da Assembleia Constituinte - ANC de 1987/1988, foi delicada e alvo de deboche.

Os autores da proposição foram os constituintes Luiz Soyer (PMDB/GO) e Alcení Guerra (PFL/PR). Este subiu na tribuna da ANC em 26 de fevereiro de 1988 para defender seu aditivo ao art. 7º da Constituição, ocasião em que, fundamentando-se na sua experiência como pediatra, explanou como era, muitas vezes, crucial a presença do pai ao lado da mãe logo após o nascimento da criança, principalmente quando ocorriam complicações no parto e a genitora encontrava-se incapaz de cuidar da prole.

A ideia que norteou, portanto, o que viria a ser uma nova conquista da sociedade foi “a de que a presença do pai ao lado da companheira nos primeiros dias de nova vida trazida à luz era essencial à unidade familiar”, como observado por Figueiredo (1994, p.1231).

Como se verifica, a licença-paternidade foi concebida, inicialmente, considerando-se o conceito tradicional de família, decorrente do casamento entre um homem e uma mulher e com filiação biológica. Ainda, a licença se justificaria para que o pai pudesse *assessorar* a mãe biológica, mormente quando essa, por questões de saúde, não podia exercer satisfatoriamente seu papel de cuidar do filho.

A Assembleia Constituinte, porém, reagiu à proposta de licença ao pai com sarcasmo, a qual começou já com o próprio Presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães, que, ao conceder a palavra ao constituinte Alcení para que encaminhasse as votações ao aditivo de sua autoria, assim se manifestou:

Trata-se de uma homenagem ao homem gestante.

Como justificativa da proposição, podíamos lembrar o que disse o talentoso Chico Anísio: há o dia da mãe, e do [sic] dia do homem é precisamente nove meses antes do dia da mãe.

Acho que ela não precisa ser justificada, porque é evidente a alegria dos homens que aqui se encontram diante dessa proposição.<sup>3</sup> [BRASIL, 1988, p.7663, grifo nosso].

Mais inusitado que a jocosa apresentação da proposta por parte do constituinte Ulysses Guimarães, foi o fato de que o constituinte Alceni, durante o seu discurso, chorou ao contar de sua experiência pessoal quando do nascimento de um dos seus filhos.

A ANC aprovou o aditivo, e o jornal *Folha de São Paulo* no mesmo dia veiculou a notícia “Licença-paternidade passa após as lágrimas de Alceni”<sup>4</sup>, sugerindo que a proposição só teria sido aprovada em virtude dessa comoção.

Após a promulgação da Constituição, o *Jornal do Brasil* também publicou notícia sobre a aprovação da licença-paternidade no Congresso, cujo trecho segue:

[...] Ao relatar o difícil parto e as dificuldades de recuperação de sua mulher, Ângela, Alceni, que é médico pediatra, arrancou lágrimas de muitos parlamentares. Ninguém acreditava na vitória da proposta, e houve um susto quando ela passou. Vieram as chacotas, mas a idéia pegou. O próprio Ulysses Guimarães que, antes da votação da emenda de Alceni, havia feito uma brincadeira de mau gosto, da qual se retrataria, comentou com a mulher do deputado: “Seu marido é fogo, Não se pode brincar com ele”<sup>5</sup>. [Grifo nosso].

Nada obstante as chacotas quando da discussão da proposta, depois ainda vieram as críticas ao novo instituto. Como apontado por Oliveira (1993) a novidade não teve uma boa aceitação e a conquista trabalhista foi alcunhada de “pai gestante”.

Para Magano (1988, p. b2), talvez tal licença tenha sido o preceito da Constituição mais castigado e, “enquanto alguns apontaram esse direito como exemplo do espírito casuísta do constituinte, outros caracterizaram a deliberação de o instituir como complexo de índio.”

Ainda segundo Amauri Nascimento (1989, p. 19), a licença-paternidade seria, no mínimo, artificial, porque não foi precedida de reivindicações sindicais, tendo sido outorgada pelo Plenário da Constituinte sensibilizado pelos aspectos emocionais da questão. Mas Figueiredo (1994, p. 1232) respondeu a tal crítica com brilhantismo:

[...] A eventual inexistência de reivindicações sindicais nesse sentido em nada retira a grandeza social e humanística inspiradora desse direito. Se é verdade que foi um parlamentar quem por motivo de foro íntimo e atendendo a reivindicações formuladas pela sociedade civil (especialmente por movimentos organizados de mulheres), teve a oportunidade de propor a introdução da licença-paternidade no rol dos direitos sociais, e não lideranças dos trabalhadores em suas lutas sindicais, isto em nada desmerece o

---

<sup>3</sup>BRASIL. Congresso Nacional. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, 26 fev. 1988, p. 7663.

<sup>4</sup> Licença-paternidade passa após as lágrimas de Alceni. **Jornal Folha de São Paulo**, Política, p. A7, 26 fev 1988.

<sup>5</sup> Licença-paternidade terá prazo provisório de 5 dias. **Jornal do Brasil**, 1º caderno, p. 4, 11 ago 1988.

instituto. Sem trocadilhos, não será uma omissão das lideranças sindicais no encaminhamento de propostas aos constituintes que terá o condão de transformar o caráter da licença-paternidade em mera concessão paternalista.

Toda essa dificuldade na criação e na recepção do instituto decorreu do fato de que, à época, a importância da licença para o exercício da paternidade não era reconhecida, principalmente em razão da concepção cultural anacrônica então dominante de qual deveria ser a atuação do pai na criação e na educação dos filhos.

Destaque-se, por fim, que o texto do instituto da licença-paternidade foi fixado em 1988 sob a égide da ideia de que a função que o pai deveria desempenhar era a de mero ajudante da mãe em seu papel de responsável pela criação dos filhos. Todavia, a letra do art. 7º, inciso XIX, da CF, e do art. 10, § 1º, do ADCT, permanece inalterada até os dias atuais, encontrando-se em descompasso com o paradigma da paternidade socioafetiva.

## 2.2. A Concepção de Paternidade Socioafetiva

---

Nos dias atuais se firmou a concepção de que “a verdadeira paternidade é adotiva, isto é, se o pai não adotar o seu filho, mesmo o biológico, ele jamais será pai” (PEREIRA, 2007, p. 12). A expressão “paternidade socioafetiva”, pioneiramente utilizada por VILLELA em 1980 na obra *Desbiologização da paternidade*, representa essa nova compreensão, na qual o sentido de pai vai além dos laços de sangue. Gama (2004, p. 4) define o fenômeno da desbiologização como “a substituição do elemento carnal pelo elemento afetivo ou psicológico”.

Pai e genitor não são sinônimos (ROSA, 2008). Cumprir a paternidade é desempenhar a função de pai, despendendo cuidado e estabelecendo vínculo afetivo, como bem explanado por Moor (2001, p. 14):

Aparece a verdade sociológica ou afetiva, nascida do investimento afetivo e do cuidado, da gratificação permanente e da identificação recíproca dos indivíduos. [...] A paternidade, por ser uma questão precipuamente de função, deixa de ser um fato da natureza e passa a ser um fato cultural. Assim, não basta a reunião de pais e filhos, mas é necessário o estabelecimento do vínculo psíquico, que vai definir a família antes como uma estruturação psíquica.

Segundo Villela (1980, p. 47), ser pai é “opção e exercício”. A paternidade está no engajamento íntimo no cuidado do filho por decisão pessoal e livre, numa autodoação gratuita.

Tendo como premissa a paternidade como vontade de aceitação dos filhos (LOSEKANN, 2001), a paternidade oriunda da adoção torna-se um tipo especial de paternidade, fruto da autodeterminação dos adotantes, como apontado por Villela (1980, p. 50):

Em outros termos: há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional. É neste, sobretudo, que a paternidade se define e se revela. O primeiro se resolve, em rigor, numa proposta, só depois de cuja aceitação surge verdadeiramente a paternidade.

[...]

A paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade.

Considerando esse paradigma de paternidade socioafetiva, o Poder Judiciário, no Recurso Especial n.º 1.059.214/RS, em 16.2.2012, reconheceu que a origem biológica não é determinante e não se sobrepõe à paternidade decorrente da convivência e da construção permanente de laços afetivos. No caso do julgado, passados vários anos e depois de atingida a maioridade pelas filhas, o autor requeria a retificação das certidões de nascimento dessas, vez que não era o pai biológico das mesmas.

O Superior Tribunal de Justiça, apesar de o autor não ser o genitor, observou que ele era, de fato, pai (socioafetivo) das interessadas, e, por isso, não permitiu a alteração dos registros de nascimento, conforme ementa abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1059214/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 12/03/2012)

Consagrado o entendimento de paternidade não como uma consequência biológica, mas como o desempenho de uma função na qual se destinam cuidados de forma contínua à criança ou ao adolescente e com eles estabelece-se vínculo afetivo, é possível asseverar que, para a plena execução desse papel de pai, mostra-se necessária a convivência.

Dar efetividade a essa concepção atual perpassa, portanto, por superar a concepção biológica de paternidade, ampliando a licença-paternidade, principalmente se ela se mostra essencial para a proteção integral do filho. Nesse sentido, Reis e Miraglia (s.d., p. 15):

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

Assim, com a ideia de paternidade como um caminho a ser construído (LOSEKANN, 2001), durante o delicado período da transição pelo qual passa a família como um todo quando do nascimento ou da adoção de um infante, mister se faz o exercício da paternidade ou a participação do pai desde os primeiros momentos da inserção do filho no seio familiar. Não é demais ressaltar que os contatos iniciais podem interferir positivamente no relacionamento deles a longo prazo.

## 2.3. A Família Constitucional

---

O tratamento desprestigiado dispensado ao pai por parte do ordenamento jurídico dificulta o exercício da paternidade, indo de encontro ao paradigma da paternidade socioafetiva, conforme explanado. Nada obstante, também está em descompasso com os princípios constitucionais aplicáveis à família, quais sejam, da igualdade geral de gêneros ou entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I), da igualdade entre os cônjuges e os companheiros (art. 226, § 5º) e entre os filhos (art. 227, § 6º), e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), como será evidenciado a seguir.

A primeira observação importante é a de que a atual sistemática de concessão de licenças reproduz a superada ideia do suposto papel natural da mulher de cuidar da prole. Mas, como ensina Candy (2009, p. 53), o “instinto maternal” nada tem de natural ou inato; na realidade é um dado cultural, de modo que o “instinto paternal” deve ser igualmente promovido e protegido. Vejamos:

O chamado instinto maternal, todavia, está longe de ser instinto, aproximando-se, muito mais, de um dado cultural. Em verdade, o chamado instinto maternal pouco ou nada difere do instinto paternal. Biologicamente, depois da gravidez e [da] amamentação, tanto o pai como a mãe têm as mesmas condições para educar e criar os filhos, observando-se, ainda, que, mesmo a lactância, [sic] pode ser realizada pelo pai, com lei materno ou de animal.

Tais fatos demonstram que o “instinto maternal” é um elemento cultural e não biológico e que, tal com o “instinto paternal”, nem mais nem menos, deve ser promovido e protegido. [grifo nosso]

Na mesma linha, a antropóloga Goldenberg (2007, p. A3) denuncia o falso caráter natural da superioridade da mulher no cuidado com os filhos:

As mulheres são percebidas como as legítimas detentoras do saber e do poder nesse âmbito. Elas são consideradas as únicas realmente necessárias no momento inicial de vida [...].

É muito difícil transformar uma realidade social quando ela é vista como da ordem da natureza; natureza que é usada para justificar o papel privilegiado da mãe e para marginalizar ou excluir o pai dos cuidados com o recém-nascido.

No entanto, não existe absolutamente nada na "natureza" masculina que impeça um pai de cuidar, alimentar, acariciar, acalantar e proteger seu bebê, assim como não há uma "natureza" feminina que dê à mãe a autoridade de se afirmar como a única capaz de cuidar do recém-nascido. [grifo nosso]

Incentivar o exercício da paternidade é superar a crença ultrapassada de que cabe primordialmente à pessoa do sexo feminino cuidar dos filhos. Apesar das recentes alterações nos tradicionais papéis de gênero e às diversas espécies de entidades familiares, por vezes ainda persiste a noção de que é dever nato da mulher gerar e criar os filhos. Cite-se, como exemplo, o parecer da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, de relatoria da Deputada Thelma de Oliveira (PSDB/MT), referente ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 2.513/2007 (Numeração no Senado Federal: 281/2005), o qual originou a Lei n.º 11.770/2008. Nas palavras da relatora, “a empresa [...] deve levar em conta que sendo o papel natural da mulher o de gerar filhos, esse papel deve ser respeitado e apoiado para a felicidade e o bem-estar de todos” [grifo nosso].

Outro exemplo são as leis n.º 10.421/2002 e n.º 11.770/2008, que tratam, respectivamente, da licença da mãe adotante e da prorrogação da licença-maternidade. Tais normativos não se preocuparam com a responsabilidade compartilhada no cuidado dos filhos; pelo contrário, aumentaram a distância existente entre a licença-maternidade e a licença-paternidade e alimentaram a concepção injustificada e preconceituosa de que cabe tão somente a mulher o cuidado dos filhos (CANDY, 2009, p. 109). Nesse sentido, Alice de Barros (2006, p. 1053):

A Lei n. 10.421, abril de 2002, equiparou ao parto o ingresso da criança adotada no lar, fixando os limites de idade com referência às exigências físicas e afetivas do adotado. O legislador inspirou-se mais nas relações domésticas (a mãe também se ocupa da criança adotada) e não na preocupação a respeito da repartição dos papéis familiares, pois se fosse essa a sua intenção, teria estendido também ao pai adotivo a licença obrigatória, que corresponde ao período pós-parto, [...].

Ao longo do século passado, vimos a mulher entrar no mercado de trabalho e conquistar o espaço público; mas, em contrapartida, o homem não adentrou o espaço privado, ou seja, não passou a contribuir de forma mais expressiva nos encargos domésticos. Como constatado por Estrougo (2004, p. 338), “a vida privada continua estruturada, em termos de emprego de tempo e assunção de responsabilidades, como se as mulheres ainda vivessem como suas avós, como se nada tivesse acontecido”.

Dessa maneira, mostra-se imperioso o incentivo ao compartilhamento das obrigações familiares, porque “o tempo concedido [pela licença-paternidade], neste momento, é demasiado limitado para que, efetivamente, os homens comecem a ter importância e responsabilidade na vida familiar” (CANDY, 2010, p. 88). O aumento da licença-paternidade, portanto, é medida que fomenta a corresponsabilidade das tarefas domésticas.

É certo que é direito de cada família desenvolver, livremente, seu projeto parental. Os pais possuem, por exemplo, autonomia para estabelecer seu planejamento familiar. Da mesma forma, a organização interna da família e a distribuição de tarefas ou funções entre cada um dos seus membros são liberalidades de cada entidade familiar.

Nessa conjuntura, cabe ao Estado apenas garantir que as pessoas tenham, efetivamente, a possibilidade de adoção de um modo familiar igualitário, e não impor um modelo de convivência familiar que desestimula a cooperação na sociedade conjugal ao estabelecer que é a mulher quem deve, quase com exclusividade, cuidar da criança logo após o seu nascimento ou durante o período de sua inserção na família adotiva.

Não deve ser o Estado que deve determinar a divisão de atribuições no interior da família, especialmente no que tange a quem deverá afastar-se do trabalho para se encarregar dos cuidados da prole. Isso porque, por exemplo, pode ser que, para uma determinada família, seja mais conveniente que a pessoa que vai se licenciar do emprego seja a do sexo masculino, por razões profissionais e/ou financeiras.

Na família contemporânea não há funções familiares pré-definidas, a clara diferença ou delimitação que existia entre os conceitos de paternidade e maternidade não subsiste (LIMA, 2012, p. 140). As transformações nas relações familiares abalaram a dissociação masculino-público e feminino-privado (DIAS; SOUZA, 2000, p. 276) e indicam a constituição de uma família igualitária.

A Constituição de 1988 provocou profundas transformações no Direito de Família ao promover a igualdade entre os filhos, entre as entidades familiares e entre o homem e a mulher. Podemos falar que norteiam a família atual os princípios constitucionais da igualdade geral de gêneros ou entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I), da igualdade entre os cônjuges e/ou os companheiros (art. 226, § 5º) e entre os filhos (art. 226, § 6º), e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

Pelo art. 226, § 5º, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, preceito aplicável também aos companheiros da união estável. A sociedade conjugal é essencialmente paritária, as decisões referentes à sua direção são tomadas pelo homem e pela mulher em comum acordo, em consonância com o princípio constitucional da igualdade entre os gêneros. “Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal” (DINIZ, 2010, p. 34).

Para Moraes (2008), a Carta Magna vigente representa o marco fundamental da democratização da família, no que diz respeito, entre outros, ao estabelecimento da igualdade no seio familiar. São características da família igualitária<sup>6</sup> a tomada de decisões com comunicação e consenso, a autoridade com democracia, a autoridade negociada sobre os filhos, a coparentalidade, a responsabilidade compartilhada pelo cuidado dos filhos, a igualdade emocional e sexual e a existência de direitos e responsabilidades mútuas.

Na mesma linha, o princípio da paternidade responsável se aplica igualmente a ambos os pais. Esse princípio consiste na obrigação de assunção dos deveres parentais decorrentes do livre exercício do planejamento familiar. É a responsabilidade individual e social do homem ou da mulher, indistintamente, ao gerar uma criança ou adotá-la, devendo priorizar “o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor” (GAMA, 2004, p. 4).

Sabe-se que os pais detêm o poder familiar, ou a autoridade parental, que é um conjunto de direitos e obrigações que tem por finalidade o exclusivo interesse do filho durante o seu desenvolvimento. Impregnado de deveres ou “sendo menos poder e mais dever” (LÔBO, 2009, p. 273), corresponde a uma função ou um encargo exercido em igualdade de condições por ambos os pais, ou seja, o poder familiar é sempre compartilhado pelos pais (DIAS, 2010). Aqui, portanto, também prevalece a igualdade conjugal, pois ambos os cônjuges ou os companheiros detêm o mesmo poder decisório sobre a pessoa e os bens dos filhos menores e não emancipados (CABRAL, 2004).

Nesse contexto de igualdade na família promovida pela Constituição, segundo Estrougo, a “igualização dos cônjuges na administração da família transformou esta em célula do companheirismo” (2004, p. 337). Com essa ideia de conjugalidade cooperativa, o papel do pai não é de mero coadjuvante ou auxiliar da mãe no processo de educação dos filhos. Pai e mãe se equivalem e ambos são igualmente importantes na vida da criança ou do adolescente. Nesse sentido, Moraes (2008, p. 1064):

De fato, a importância da figura paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de outras comprovações. É notória sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna – para a apropriada estruturação da personalidade da criança.

---

<sup>6</sup>A autora, na obra, utiliza a expressão “família democrática”.

Durante todo o desenvolvimento da criança ou do adolescente, é essencial a presença do pai, e o estabelecimento de relacionamento saudável mútuo e duradouro. Ser pai e ser mãe depende de se estabelecer vínculo com o filho e de desempenhar a função de cuidar e proteger. Para o infante, estreitar laços afetivos com o pai é importante na mesma medida em que é fazê-lo com a mãe, e os primeiros contatos podem exercer influência positiva em razão da dedicação do responsável à criança ou ao adolescente.

A Constituição estabeleceu a equivalência de papéis entre os membros da sociedade conjugal ou da união estável, colocando-os em um mesmo nível de hierarquia, de modo que, por consequência, possuem as mesmas responsabilidades em relação aos filhos. Em contrapartida, dever-se-ia garantir o gozo dos mesmos direitos para com eles.

Conforme o ensinamento de Moor (2001), a conscientização geral da igualdade é o caminho para se chegar à família ideal. Assim, “ao homem deve ser dado tanto a obrigação como o direito de participar de forma mais ativa do cuidado dos seus filhos” (CANDY, 2009, p. 53).

Um relacionamento familiar democrático requer a responsabilidade pelo cuidado dos filhos igualmente repartida entre os pais; mas, como apontado por Moraes (2008, p. 1049), atualmente “as mães arcam com parcela desproporcional dos custos, embora desfrutem de parcela também desproporcional das recompensas emocionais dos filhos”.

Sob a ótica de uma sociedade conjugal paritária, é mais condizente com os princípios constitucionais aplicados à família a concessão de igual oportunidade aos pais de contato com o filho para como ele estreitem laços afetivos, até porque a Constituição (art. 229) obriga os pais a cuidarem dos filhos menores sem fazer qualquer distinção de gênero. Se ambos possuem as mesmas responsabilidades em relação à criança e iguais prerrogativas na condução do seu desenvolvimento, a concessão de prazos de licença diferenciados, como dito, atenta contra o princípio da igualdade geral de gêneros ou entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I).

O pleno exercício da parentalidade, relevado pelo cuidar, educar etc. não guarda relação com o sexo do responsável. Inexiste associação entre a habilidade para cuidar dos filhos com o sexo da pessoa, e deve-se atuar no sentido de erradicar completamente a concepção arcaica de que essa função pertence, naturalmente, à mulher. O sexo dos pais/mães não é fator relevante para o bom desenvolvimento da criança, mas sim a qualidade da relação que aqueles conseguem estabelecer com ela. “É necessário, portanto, que a licença-paternidade seja aumentada para que, realmente, se efetive o direito da criança ao convívio tanto com sua mãe

quanto com seu pai e para que se fomente a corresponsabilidade familiar” (CANDY, 2009, p. 103).

Por último, como já tratado, por força do princípio constitucional do superior interesse da criança e do adolescente (art. 277, *caput*), o principal destinatário da licença é o filho, sendo a finalidade do afastamento possibilitar ao(s) seu(s) responsável(is) prestar(em) todos os cuidados físicos e psicológicos que demanda.

Assim, a partir do enfoque mais importante, o da igualdade dos filhos, pai e mãe não poderiam receber licenças de prazos diferentes entre si em virtude da vedação constitucional ao tratamento discriminatório entre a prole, pelo que não subsistem justificações fundadas no suposto papel natural da mulher para que lhe seja concedida licença significativamente mais extensa.

Contudo, novamente em ofensa ao princípios aplicáveis à família previstos em nossa Carta Política, a duração dos afastamentos garantidos às crianças e aos adolescentes, de acordo com a literalidade do direito positivo, variam, por exemplo, em decorrência da idade dos mesmos, do fato de serem filhos biológicos ou adotivos, integrarem família monoparental ou composta por união homoafetiva. Essas diversas hipóteses serão abordadas no capítulo seguinte.

### **3. *NUMERUS APERTUS* DE FAMÍLIAS E *NUMERUS CLAUSUS* DE LICENÇA-PATERNIDADE?**

#### 3.1. Casos sensíveis

---

Primeiramente, ressalta-se, uma vez mais, que as licenças, sejam elas maternas ou paternas, destinam-se a, essencialmente, permitir que o novo filho, independentemente de ser ele biológico ou adotivo, receba todo o carinho e a atenção que necessita quando da sua inserção no meio familiar, em consonância com os princípios constitucionais do melhor interesse da criança ou do adolescente e da proteção integral.

Embora algumas licenças, como, por exemplo, a licença-maternidade em caso de nascimento filho, possam ter também outras finalidades, como, no exemplo, a recuperação pós-parto; é possível afirmar-se, segundo aquele princípio, que os interesses da criança ou do adolescente devem ser assegurados com prioridade, em detrimento dos das demais pessoas envolvidas.

Por conseguinte, tendo em vista essa finalidade preponderante, o paradigma da paternidade socioafetiva e o prazo de cinco dias da licença-paternidade, evidencia-se, indubitavelmente, que esse lapso temporal dificulta ou até mesmo impossibilita o exercício da paternidade. É insuficiente também para que o pai consiga atender todos os cuidados mínimos que o novo membro familiar demanda e para que estabeleça vínculo afetivo para com ele, em ofensa ao princípio da proteção integral.

Nesse contexto, a lei mencionada no inciso XIX do art. 7º da Constituição, que regulamentará o instituto da licença-paternidade quando finalmente vier a ser promulgada, se prestaria a, em tese, fixar período de afastamento com duração adequada às necessidades do filho e da própria família, bem como a disciplinar as situações especiais que exigem tutela diferenciada para uma proteção satisfatória da criança e do adolescente.

Esses casos especiais consistem, basicamente, nas hipóteses de famílias monoparentais – *in casu*, aquelas em que os filhos contam apenas com a presença da figura paterna – e de famílias em que o casal é composto apenas por pessoas do sexo masculino – hipóteses de união homoafetiva entre pessoas do sexo masculino.

Pela letra fria da lei, independentemente da situação, o pai disporá, sem exceção, de apenas de 5 (cinco) dias de licença para promover a adaptação da criança ou do adolescente à família e vice-versa, conforme genérica e provisoriamente disciplinado pelo § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal.

A exiguidade desse lapso temporal e a correspondente necessidade de sua conformação às reais necessidades da família, contudo, mostram-se ainda mais evidentes em casos sensíveis como, por exemplo, nas hipóteses de pai viúvo, pai adotante solteiro ou casal homoafetivo masculino.

Nessa toada, diante da ausência de previsão legal e da imperatividade de proteção integral do novo filho, o genitor e/ou o adotante do sexo masculino invariavelmente precisam provocar a Judiciário a fim de que seja garantida licença em consonância com os princípios constitucionais da igualdade no interior da família, do melhor interesse da criança ou do adolescente e da proteção integral, como também com o conceito de paternidade socioafetiva.

É claro que as leis ordinárias não possuem a pretensão de disciplinar todas as situações possíveis, até porque tal feito seria impossível em razão da contínua transformação da sociedade e de suas infundáveis variáveis, de modo que as normas, em regra, consistem apenas em comandos gerais e abstratos.

Convém apontar, todavia, que os casos ora denominados de sensíveis decorrem ou de fatos corriqueiros na sociedade, como o falecimento da mãe em virtude de complicações no parto ou no pós-parto, ou das próprias previsões normativas, como a possibilidade de uma pessoa adotar de forma conjunta ou não, nos termos do art. 42, *caput* e § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessa forma, ainda que a legislação seja incapaz de prever e regular todas as possibilidades fáticas, deveria, ao menos, regulamentar aquelas situações reiteradas, já internalizadas nas composições familiares brasileiras e previstas/autorizadas no próprio ordenamento jurídico pátrio.

No caso da licença-paternidade, nem se faz necessário muito esforço para apontar a inércia do legislador e defender a premente necessidade de uma regulamentação do instituto de forma completa, ou seja, que atenda às principais hipóteses de composição familiar. Isso porque, passados 25 (vinte e cinco) anos da promulgação da Constituição de 1988, a licença permanece provisoriamente disciplinada pelo ADCT, sem que tenha havido o sancionamento da lei expressamente prevista no inciso XIX do art. 7º da CF para regulamentá-la.

Como já reiterado, a atual duração da licença-paternidade é, patentemente, insatisfatória para todas as espécies de entidade familiar. Nada obstante, sua conformação foi inicialmente estabelecida considerando exclusivamente o conceito clássico e arcaico de família como sendo aquela composta por um homem e uma mulher, pelo casamento, em que o cuidado dos filhos incumbia primordialmente à mãe.

Ocorre que, como ensina Lobo (2002), a melhor interpretação do art. 226 da Carta Magna é no sentido de que as espécies de família constituem *numerus apertus*, e não *numerus clausus*. Em outras palavras: estão sob a tutela constitucional todas as formas de composição de uma família, desde que a entidade preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, não havendo que se falar em modelo único ou preferencial de família, nem em rol taxativo de entidades familiares constitucionais.

Por essa razão, não pode haver uma regra única de concessão de licença-paternidade, a qual foi estabelecida, há mais de vinte anos atrás, considerando o caso de filho biológico e casal composto por homem e mulher, mas que engloba, indistintamente, todas as demais famílias abarcadas pela Constituição.

### **3.1.1. Pai viúvo ou recém-nascido órfão de mãe**

---

O primeiro caso que poderia ser mencionado, a título de exemplo, como hipótese em que a duração da licença de meros 05 (cinco) dias configura situação crítica, é a do pai viúvo ou do recém-nascido órfão de mãe.

Sabe-se que, ainda hoje, a mortalidade materna não é um fato estranho à realidade brasileira. Segundo estudos realizados pelo Ministério da Saúde (2012) e pela Organização Mundial da Saúde (2012), em 2010 ocorreram, respectivamente, 68 (sessenta e oito) ou 56 (cinquenta e seis) óbitos para cada 100.000 (cem mil) nascidos vivos.

Nesse contexto, a sentença proferida pela 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em 25 de maio de 2012, no processo n.º 6965-91.2012.4.01.3400, é representativa dessa situação extrema que demanda a intervenção do Judiciário para garantir os direitos das crianças e dos adolescentes.

No particular, tratava-se de pai cuja esposa falecera durante o parto do filho do casal, de modo que aquele, autor do Mandado de Segurança, pleiteava licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, ou seja, com a mesma duração.

Mesmo que a previsão normativa da licença destinada ao pai, no ADCT, fixe, expressamente, o prazo geral de cinco dias, sem qualquer ressalva, a resposta da Justiça foi conceder a segurança pretendida, sob o fundamento de que é dever do Estado assegurar a proteção à criança.

Nesse julgado defendeu-se que a aplicação do Direito não deve ater-se somente ao expressamente previsto. Com base em princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e o da proteção à infância, afastou-se o fato de que não havia previsão para que o genitor gozasse de licença-maternidade e afirmou-se que também não havia vedação para tanto.

Conforme exposto pela magistrada do caso, o objetivo da licença-maternidade é garantir que a mãe possa dispensar todos os cuidados essenciais à criança recém-nascida. Uma vez que tais cuidados não poderiam, em absoluto, serem prestados pela genitora, novamente em razão do “objetivo da lei” dever-se-ia permitir que o pai o fizesse. Confira-se:

No entanto, a interpretação constitucional não pode ser literal, mas sistemática, conferindo máxima eficácia aos direitos fundamentais nela previstos, mediante a ponderação dos interesses envolvidos.

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

Na ausência da genitora, tais cuidados devem ser prestados pelo pai e esse direito deve ser assegurado pelo Estado, principalmente, nos casos dos autos, em que, além de todas as necessidades que um recém-nascido demanda, ainda há a dor decorrente da perda da esposa.

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

Nesse quadro de ausência da mãe, a concessão de licença de apenas cinco dias ao pai não seria capaz, segundo a decisão, de garantir a proteção do filho, escopo da licença-maternidade.

Ressalta-se, de pronto, que a proteção do filho é escopo tanto da licença-maternidade quanto da licença-paternidade. Ademais, na linha do capítulo 2 deste trabalho, sob a ótica da corresponsabilidade familiar e da paternidade socioafetiva, a atual duração desta licença não permite ao pai prestar os cuidados mínimos ao filho nem com ele criar liame afetivo durante os seus primeiros dias na nova família, independentemente da presença da figura materna na

família. Porém, como já asseverado, certamente a insuficiência do prazo do instituto mostra-se ainda mais notória em casos como o presente.

### **3.1.2. Adoção individual por pessoa do sexo masculino**

---

Outra situação em que os interesses da criança e/ou do adolescente, visivelmente, não estão minimamente protegidos é o caso da adoção individual por pessoa do sexo masculino, uma vez que, na hipótese, seu responsável só disporia de exíguo prazo para dedicar-se, de forma integral, à adaptação do adotado ao novo seio familiar.

Conforme o art. 42, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cumpridos os demais requisitos legais, uma pessoa pode adotar sozinha, seja ela do sexo masculino ou feminino, solteira, judicialmente separada ou divorciada.

Ocorre que, curiosamente, nos estritos termos da legislação aplicável, caso o infante seja adotado por pessoa do sexo feminino, seu responsável receberá, no mínimo, 120 (cento e vinte) dias de afastamento, conforme exposto no capítulo 1. Se do sexo masculino, o adotante possuirá exatos 05 (cinco) dias de licença para atender as necessidades do adotado, as quais, destaque-se, são idênticas às do primeiro caso.

Como é possível perceber, o resultado prático da atual disciplina das licenças do pai e da mãe, sob a ótica da criança e do adolescente, é incongruente e atenta contra a vedação constitucional de diferenciação entre os filhos (art. 228, § 6º), uma vez que aos filhos devem-se garantir os mesmos direitos.

Assim, embora haja expressa previsão legal para adoção por uma única pessoa, sendo indiferente o sexo da mesma, o adotante homem está autorizado a afastar-se do trabalho por somente 05 (cinco) dias. Essa conformação não só viola a igualdade entre homens e mulheres prevista no art. 5º, inciso I, da Carta Magna, como detém, como principal prejudicado, o próprio adotado, em descompasso com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A despeito dessa conjuntura, portanto, estar visivelmente em contrariedade com os princípios constitucionais, é imprescindível o acionamento do Judiciário pela pessoa sexo

masculino que está adotando sozinha, para que alcance licença de duração idêntica à da mãe adotante.

Nessa linha, como caso representativo dessa situação especial, em que, pela letra da lei, a licença é só de 05 (cinco) dias, cite-se a decisão interlocutória proferida em 23 de abril de 2013 pela juíza Ângela Cristina Carvalho Mota Luna, da 4ª Vara de Trabalho de São Luís.

O caso tratava de um empregado solteiro que adotara uma criança, para quem foram deferidos 120 (cento e vinte) dias de licença, descontados os dias já usufruídos. Para tanto, a magistrada posicionou-se no sentido de que a ausência de previsão legal não é óbice para o deferimento da tutela pretendida, tendo em vista que o fundamento do afastamento é a garantia dos direitos do infante.

Como bem destacado na decisão, a garantia desses direitos requer o convívio familiar, crucial para que os pais possam prover as condições mínimas de desenvolvimento físico, intelectual e emocional do filho, bem como permitir sua adaptação ao novo ambiente familiar. Diga-se, ainda, que os princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e o da proteção à infância, prevalecem perante a legalidade estrita da licença-paternidade.

Contudo, na mesma linha da decisão anterior (a da JFDF no caso de pai viúvo), embora a julgadora tenha asseverado que os pais são corresponsáveis pela concretização da proteção à infância, ressaltou que o deferimento decorria da ausência da mãe e, por consequência, da sua impossibilidade de prestar os cuidados que a criança necessitava. Verificasse, assim, que mesmo nessas avançadas decisões, que funcionam como alternativa para a efetivação dos direitos constitucionais aplicáveis à família, persistem traços da arraigada ideia de que, indiscutivelmente, o papel de cuidado dos filhos seria da mãe, cabendo ao pai uma mera função de coadjuvante e substituto.

Por fim, outro julgado que evidencia a sensibilidade do Judiciário aos casos de adoção individual por pessoa do sexo masculino é o acórdão proferido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho no processo n.º CSJT-150/2008-895-15-00.0.

Nesse caso, servidor regido pela Lei n.º 8.112/1990, solteiro e que recém adotara uma criança com idade inferior a 01 (um) ano, requeria licença-paternidade de noventa dias, lapso temporal correspondente ao período concedido à servidora adotante de criança nessa faixa etária, conforme art. 210, *caput*, dessa lei. Ocorre que há na lei previsão específica de licença-paternidade em caso de adoção.

O art. 208 expressamente disciplina o período da licença do servidor adotante, ao estipular que “pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos”. Aqui é conveniente enaltecer a referida lei, pois é a única que expressamente garante a licença-paternidade ao pai adotante, que é de período igual àquela concedida ao genitor.

O Conselho Superior e Justiça do Trabalho, reconhecendo o lapso de noventa dias como primordial para a boa adaptação de uma criança menor de um ano, independentemente de o adotante ser do sexo masculino ou feminino, e baseando-se no princípio da isonomia entre homens e mulheres, afastou a aplicação do art. 208 para conceder licença de noventa dias ao pai adotante solteiro, nos termos da fornecida à mulher adotante. Confira-se:

Ultrapassado isso, tem-se como essencial uma interpretação sistemática do artigo 210 da Lei n.º 8.112/90 com o artigo 5º, caput, da Constituição da República, que consagra o princípio da isonomia. Com efeito, se o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 42 da Lei n.º 8.069/90) confere a qualquer pessoa com idade superior a 21 (vinte e um) anos, independente do sexo, o direito à adoção, afigura-se-me normal que um servidor, ainda que não casado, opte por adotar ou obter a guarda judicial de uma criança. Aliás, conduta desta natureza, além de se encontrar em perfeita harmonia com o artigo 227 da Constituição da República, que prevê ser dever do Estado, da família e da sociedade assegurar, com absoluta prioridade, proteção à criança e ao adolescente, é digna de louvor, principalmente se levarmos em consideração que vivemos num país que, embora em desenvolvimento, convive ainda com elevado número de crianças em total abandono e às margens da criminalidade.

Não é menos verdade que o lapso temporal de 90 dias previsto no artigo 210 da Lei n.º 8.112/90, para gozo de licença da servidora, deve-se ao fato de, em se tratando de criança com idade inferior a 1 (um) ano, serem imprescindíveis, tanto cuidados especiais e essenciais à adaptação ao novo ambiente familiar, como a aquisição de materiais a serem utilizados pela criança e, quiçá, a contratação de uma babá de confiança para zelar pelo menor. Esses cuidados, como se sabe, não deixam de ser primordiais à boa adaptação da criança, apenas por ser o adotante um servidor do sexo masculino que não tenha firmado sociedade conjugal. Aliás, eventual conclusão no sentido de se obstaculizar o direito do servidor implicaria, a meu ver, manifesta ofensa ao princípio constitucional da isonomia, além da consagração de tese que, certamente, não conseguiu **acompanhar a evolução da nossa sociedade** [grifo nosso].

Um ponto importante, no particular, é que, por força do art. 111-A, § 2º, inciso II, da Constituição, as decisões do Conselho em questão têm efeito vinculante. Assim, criou-se o direito do servidor federal, adotante solteiro, à licença de noventa dias, em prol de “acompanhar a evolução da nossa sociedade”.

### 3.1.3. Adoção por casal homoafetivo masculino

---

Prosseguindo com outros exemplos de hipóteses que, embora frequentes e expressamente previstas no ordenamento vigente, não recebem, por parte do legislador, tutela satisfatória no tocante à concessão das licenças, citem-se as adoções por casais homossexuais.

É essa a temática do acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, prolatado em 10.06.2013 nos autos do Agravo de Instrumento n.º 0032763-15.2012.4.03.0000, de relatoria do Des. Federal André Nekatschalow. Essa decisão colegiada garantiu a um servidor federal, que mantinha união homoafetiva e adotara conjuntamente uma criança com idade inferior a 01 (um) ano, licença remunerada de 120 (cento e vinte dias), estendida por mais 60 (sessenta) dias, nos termos da prorrogação da licença-maternidade conferida às servidoras federais mães biológicas, pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante no âmbito da Administração Pública Federal, previsto no art. 2º, § 1º, do Decreto n. 6.690/08, estendido às servidoras federais mães adotantes em razão da vedação constitucional de concessão de tratamento distinto aos filhos em geral.

Esse julgado poderia ser tido, num primeiro olhar, como polêmico e até mesmo *contra legem*, a partir de uma interpretação literal dos artigos relativos à licença-paternidade, a qual desconsidera os princípios norteadores do ordenamento jurídico em que se inserem os referidos artigos.

Para analisar o julgado, é necessário, primeiramente, rememorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 42, § 2º) autoriza a adoção conjunta por adotantes que mantenham união estável.

Nada obstante, nossa Corte Suprema, no julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.277/DF, em 05/05/2011, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e garantiu-lhe, por equiparação, todos os direitos e os deveres da união estável entre homem e mulher consagrada no art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Como é sabido, as decisões do STF proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, das quais são espécies a ADI e a ADPF, possuem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

Considerando esses efeitos, com fulcro no art. 102, § 6º, da Constituição, e no art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999, após a equiparação da união homossexual ao regime jurídico da união estável, seus membros passaram, da mesma forma, a poder adotar criança ou adolescente pela aplicação do art. 42, § 2º do ECA.

A possibilidade jurídica de adoção por casal homoafetivo já resta, portanto, chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que se mostram inócuas eventuais discussões que perpassem por temas como, por exemplo, homofobia, aceitação social pelos diversos setores da sociedade, ou até mesmo adequação ou não da decisão sob a ótica do melhor interesse da criança ou do adolescente.

Superada essa questão, não basta o entendimento no sentido de que é constitucional a adoção conjunta por casal homossexual. É imprescindível que essa forma de adoção seja municiada, igualmente, com os instrumentos hábeis a permitir a efetiva garantia dos direitos especialmente assegurados às crianças e aos adolescentes, tendo em vista a condição peculiar desses como pessoas em desenvolvimento.

Como já destacado, é possível afirmar, sem cair num reducionismo, que o prazo do afastamento é definido, de início, pelo *sexo* daquele que irá usufruir da licença. Por conseguinte, considerando que a mulher tem direito a, no mínimo, 120 (cento e vinte) dias de licença, na hipótese de adoção por casal homoafetivo feminino, ambas as adotantes podem gozar, de forma concomitante, de licenças com tal extensão, porque assim ficou constitucional e legalmente garantido a cada uma delas.

Todavia, em caso de adoção por união homossexual masculina, tendo em vista que para a pessoa do sexo masculino só há previsão de concessão de afastamento por 5 (cinco) dias, conforme o art. 10, § 1º, do ADCT, os futuros pais do menor só usufruiriam, cada um, de licenças com essa duração.

Com isso, forma-se situação absurda: a despeito de não se dispensar tratamento distinto às adoções por uniões homoafetivas formadas por pessoas do sexo feminino e às do sexo masculino, as regulamentações normativas relativas às licenças nos dois casos são espantosamente discrepantes entre si, em patente ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Assim, resta evidente, outra vez, como a licença-paternidade, na forma como está hoje disposta, não disciplina adequadamente a matéria, mas demanda, urgentemente atividade legiferante.

Sob esse panorama, retoma-se a decisão supramencionada do TRF da 3ª Região, que concedeu licença de 180 (cento e oitenta) dias ao servidor adotante em união homoafetiva.

Para tanto, o Tribunal fundamentou-se na decisão do STF na ADI 132/RJ, que fixou a equiparação de direitos entre a união homossexual e a união estável, na garantia de tratamento isonômico entre os filhos e no escopo da licença.

Como acertadamente asseverado na decisão, a licença é um direito dos filhos também, pois sua finalidade é assegurar as condições mínimas para o adequado desenvolvimento do infante, pelo que se faz necessário o convívio familiar. Assim, deixar de conceder a licença nos moldes em que foi judicialmente fixada, em virtude da falta de expressa previsão constitucional ou legal – ou até mesmo da existência de previsão em termos distintos – acarretaria violação dos direitos constitucionalmente assegurados à criança e ao adolescente.

Veja-se:

“Nesse quadro, o Órgão Especial deste Tribunal considerou inconstitucional o art. 210 da Lei n. 8.112/90, por violar o art. 227, § 6º, da Constituição da República, que proíbe a discriminação dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, assegurando-lhes os mesmos direitos e qualificações (TRF da 3ª Região, MS n. 2002.03.00.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05). Na oportunidade, restou consignado que a licença é direito também do filho, pois sua finalidade é "propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança", razão pela qual a adotante faria jus ao prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada.

Pelas mesmas razões, é razoável a alegação de que importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença de 120 (cento e vinte) dias, no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo.

De todo modo, após a ADI n. 132 não mais se concebe qualquer tipo de discriminação ou mesmo restrição legal em razão de orientação sexual. E, como consectário lógico, à família resultante de união homoafetiva devem ser assegurados os mesmos direitos à proteção, benefícios e obrigações que usufruem aquelas que têm origem em uniões heteroafetivas, em especial aos filhos havidos dessas uniões [...] [grifos nossos].

Evidencia-se, assim, a partir deste julgado, que o Judiciário novamente baseou-se nos princípios constitucionais relacionados à igualdade na família e à proteção da infância e da adolescência para estender a licença-paternidade, ainda que o ordenamento a discipline, expressamente, de outra forma.

### 3.2. Princípio da proteção às crianças e aos adolescentes como ponto de convergência

---

Há um *numerus apertus* de famílias, todas as quais, por força do art. 226, *caput* e §§ 3º e 4º, da Constituição, recebem especial proteção do Estado. Além da família em sua formação tradicional, existem, por exemplo, as famílias monoparentais, as homoafetivas ou as decorrentes da flexibilização dos papéis historicamente atribuídos ao homem e à mulher.

Por outro lado, há uma previsão genérica e simplória da licença-paternidade, a qual foi inicialmente concebida tendo em vista apenas o modelo familiar clássico; o que, atualmente, não atende satisfatoriamente à necessidade das variáveis formas de família. Nessa linha, REIS e MIRAGILIA (s.d., p. 18-19):

Tendo em vista tais normas que refém a licença-maternidade e a licença-paternidade no direito brasileiro, constata-se a presença de uma visão ultrapassada e em flagrante discrepância com a atual realidade das famílias brasileiras, no que concerne aos direitos maternos e paternos dos empregados, tendo em vista que tais normas tomam como base uma sociedade patriarcal, em que cabe somente às mulheres a obrigação de cuidado com seus filhos, relegando ao pai trabalhador apenas um papel coadjuvante e meramente financeiro na assistência e amparo de sua família. [Grifos nossos].

Como dito, pode-se afirmar, a princípio, que quando ocorresse a promulgação da lei mencionada no inciso XIX do art. 7º da CF, solucionar-se-ia essa incompatibilidade.

Em razão, contudo, da inércia do Poder Legislativo, que já perdura 25 (vinte e cinco) anos, as outras possibilidades fáticas e jurídicas de composição familiar, como os casos sensíveis exemplificados neste capítulo, precisam, constantemente, bater às portas do Judiciário, a fim de verem seus direitos constitucionais garantidos. Nesse contexto, “as decisões de âmbito judicial apontam interesse de uma sociedade pluralista, que não pode ficar desprotegida, quando não obtém amparo no Parlamento” (MARTINS, E., 2012, p. 149).

Apesar de o Poder Legislativo já ter autorizado, por exemplo, a adoção por um casal em união estável – tendo esta possibilidade de adoção sido estendida à união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, como já exposto –, ou mesmo por uma única pessoa, a disciplina normativa das licenças não acompanharam tais modificações. Nesse sentido, Rafael Nascimento (2013, p. 23):

Embora já tenha havido o reconhecimento da união estável homoafetiva, embora seja juridicamente possível a adoção individual por homem, não se observa nenhuma modificação institucional ampla visando regulamentar a licença-paternidade em tais casos. A despeito da existência de provimentos judiciais esparsos concedendo licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade (tratados adiante), não se pode deixar de constatar o absurdo da necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para assegurar um direito tão básico aos homossexuais, aos pais solteiros ou viúvos e às próprias crianças.

Como pôde ser percebido a partir dos variados julgados apresentados neste capítulo, há uma semelhança entre eles: a repetição, pelo Judiciário, quando instado a solucionar essas realidades sociais carentes de regulamentação jurídica, da utilização da garantia constitucional da proteção à infância e à adolescência como fundamento para a extensão da licença-paternidade para além do texto.

As decisões judiciais, devidamente respaldadas nos princípios constitucionais, têm aplicado o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente como *standard* hermenêutico para resolver os casos concretos. Ou seja, os julgadores, para decidirem, orientam-se pela busca da solução que proteja, primordialmente, os direitos dos filhos, que beneficie às crianças. Nas palavras de Alouche (2012, p. 13), “os juízes estão se preocupando com a saúde e desenvolvimento do recém-nascido, equiparando os direitos dos homens e das mulheres, com base na Constituição Federal [...]”.

Importante reiterar, nessa toada, que a necessidade da prestação jurisdicional para efetivação dos direitos fundamentais não se restringe aos casos em que está ausente a figura materna, mas tão somente é mais perceptível nessas hipóteses. Isso porque, quando a família é composta apenas pelo pai (ou pelos pais, nas uniões homoafetivas), o exercício da paternidade, em sua concepção socioafetiva, é imprescindível para a concretização do princípio constitucional da proteção à infância e à adolescência, uma vez que o homem constitui-se como o único responsável, no seio familiar, pela garantia do atendimento das necessidades mínimas do infante.

No particular, Rafael Nascimento (2013, p. 29) faz uma importantíssima constatação: nas famílias em que há a presença da mãe, o Judiciário sequer tem sido provocado, o que denuncia que a concepção arcaica de que o cuidado dos filhos é dever da mulher ainda persiste na sociedade brasileira como uma verdade natural e incontestável. Confira-se:

“É de se ressaltar, contudo, a inexistência de provimentos judiciais concedendo a equiparação da licença-paternidade à licença-maternidade em situações não excepcionais, isto é, em famílias compostas também por mães. Em pesquisa jurisprudencial, não foram encontrados precedentes em que se tenha discutido a possibilidade de o pai, em lugar da mãe, usufruir dos mesmos benefícios da licença-maternidade. O fato de o Poder Judiciário sequer ter sido provocado em relação a essa questão atesta o grau de naturalização da atribuição do trabalho reprodutivo apenas às mulheres.”.

As ações judiciais normalmente são propostas por homens pertencentes a famílias diferentes do modelo tradicional “mãe/pai/filho”, especialmente porque há a ausência da mulher, assim como ocorreu nos julgados aqui selecionados como representativos de tipos repetitivos na sociedade.

Por fim, a título de curiosidade, mencione-se a decisão do juiz Rafael Andrade de Margalho, do Juizado Federal de Campinas/SP, proferida em 15.08.2012, a qual tratou de um caso incomum. No particular, existia uma genitora viva, mas ela não estava interessada no exercício da maternidade. Após o nascimento da criança, a mãe não quis mais vê-la nem amamentá-la. Dessa forma, o pai biológico acionou o Judiciário buscando afastamento do trabalho nos moldes da licença-maternidade, tendo em vista que estava com dificuldade para prestar os cuidados que o recém-nascido demandava, inclusive porque as creches não aceitavam a criança, por questão de saúde, já que ela ainda não tinha 04 (quatro) meses de idade e, portanto, não tinha concluído o ciclo de vacinas.

O pleito, ainda que sem respaldo expresso no direito positivo, foi deferido com fulcro, novamente, no dever constitucional de proteção à infância, já que os cuidados que o recém-nascido demandava para o seu adequado desenvolvimento físico e emocional precisavam ser atendidos por alguém. Confira-se:

“Atualmente não há uma lei específica a tratar dos casos referentes à licença-maternidade para ser concedida ao pai, nos moldes concedidos à mãe do recém nascido, o que não impede o julgador, primando-se pelos princípios e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal, deferir a proteção à infância como um direito social, mormente porque, como ressaltado linhas [...] o direito a ser tutelado em questão é da criança (CF/88, art. 227).” [Grifo do autor].

Verifica-se, portanto, que o princípio da proteção à criança e/ou ao adolescente funciona como ponto de convergência entre os vários julgados ora relatados, os quais referem-se a casos diversos entre si. Ademais, o princípio referido atua como instrumento para viabilizar a tutela adequada da família, em seus variados formatos, a despeito de a licença-paternidade, da forma como disposta no ordenamento, permanecer em dissonância com os princípios constitucionais.

Ressalta-se, contudo, que o caso da decisão deste tópico é excepcional e, por tal razão, não deveria estar previamente disciplinado, pois as leis material e formalmente ordinárias são, por definição, abstratas e genéricas. Todavia, a menção desse julgado é importante para se lembrar das composições familiares em que, às vezes, são só os pais que respeitam o dever constitucional da paternidade responsável. Por outro lado, como bem apontado por Costa (2012, p. 58), “esses homens são apenas os primeiros de um novo modelo de pai que está em gestação, resultado direto da busca por igualdade entre os sexos”.

### 3.3. Ativismo Judicial como Ferramenta para Concretização das Garantias Constitucionais

---

Como já destacado, mesmo passados vinte e cinco anos da promulgação da Carta Magna, a lei referida no inciso XIX do art. 7º ainda não foi editada, o que evidencia o descompromisso do legislador com o incentivo ao exercício da paternidade. Isso porque, por exemplo, enquanto a licença-maternidade, em relação à adotante, conquistou previsão expressa com a Lei n.º 10.421/2002, bem como foi criado, através da Lei n.º 11.770/2008, mecanismo de prorrogação dos afastamentos das mães, a licença-paternidade não foi sequer regulamentada.

A lei prevista no dispositivo constitucional serviria para fixar as condições de concessão da licença-paternidade, tutelando satisfatoriamente as situações descritas no subcapítulo anterior, como as do pai viúvo, do pai adotante solteiro, entre outras. Ademais, Oliveira (1993, p. 24-25) assevera que essa lei solucionaria inclusive a questão de ser o período de 05 (cinco) dias ínfimo e insuficiente para a criação do vínculo afetivo entre pai e filho.

No presente trabalho, a constatação da inércia legislativa fundamenta-se na não promulgação da lei que se prestaria a regulamentar a licença-paternidade. Todavia é preciso pontuar que existem inúmeros projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional versando sobre a matéria. Por outro lado, em todo esse período de vigência da CF/88, nenhum deles concluiu sua tramitação legislativa, a exemplo do Projeto de Lei n.º 3.935/2008<sup>7</sup>, de autoria da senadora Patrícia Saboya, que tramita sujeito à apreciação conclusiva, ampliando o prazo da licença-paternidade para 15 dias.

Neste caso, embora esteja em sua última Comissão de Mérito, aguarda análise técnica na Comissão de Finanças e Tributação e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Mencione-se também o Projeto de Lei n.º 2.430/2007, de autoria da Deputada Maria do Rosário, que estava sujeito à apreciação do Plenário, tendo como proposta estender a licença-paternidade para 30 (trinta) dias<sup>8</sup>. No entanto, após um ano de tramitação na Casa, a proposição foi considerada prejudicada em razão da aprovação da Emenda Substitutiva de Plenário n.º 1 – PL 6222/2005.

---

<sup>7</sup> Originário do Projeto de Lei do Senado 666/2007.

<sup>8</sup> Neste caso, a nova regra seria aplicada tanto para servidores públicos como para trabalhadores regidos pela CLT.

Nesse sentido, vale lembrar que a mesma Emenda causou efeito similar ao prejudicar a apreciação do Projeto de Lei nº 2.141/2007 que ampliava o prazo da licença-paternidade para 10 dias.

Melhor sucesso não teve o Projeto de Lei 4.028/2008, que estabelecia a possibilidade de o pai requerer a ampliação da licença-paternidade para 30 (trinta) dias nos casos em que sua empresa fizesse adesão ao Programa Empresa Cidadã.<sup>9</sup>

Embora esta proposição estivesse sujeita à apreciação conclusiva das Comissões, foi arquivada nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados<sup>10</sup>, sem que fosse possível dar continuidade a sua tramitação em razão de não ter ocorrido o desarquivamento mediante requerimento do Autor nos 180 (cento e oitenta) primeiros dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente.

Nada obstante, a ausência de regulamentação jurídica do instituto é circunstância que independe da existência ou não de proposições legislativas em trâmite nas Casas Legislativas e acarreta dificuldades na aplicação da licença-paternidade aos casos concretos.

Contudo “a retração do Poder Legislativo não pode impedir que determinadas demandas da sociedade civil sejam atendidas de maneira efetiva.” (RABELO; RABELO; POLI, 2012, p. 25). Cabe ao Judiciário atender aos pleitos sociais que não foram satisfeitos pelo Parlamento (BARROSO, 2009, p. 9), por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CF). “Afinal, se o Poder Judiciário não resolver os litígios, quem irá fazê-los?” (MARTINS, E., 2012, P. 152).

Dessa forma, “uma vez provocado, o Poder Judiciário tem o dever de suprir as demandas erigidas da sociedade” (MARTINS, E., 2012, P. 150), ainda que mediante o desempenho de função tradicionalmente incumbida ao Legislativo. Nessa linha, confira-se as palavras de Miranda (2013, p. 97):

Assim, sempre e quando exista uma justificação adequada- e a defesa de um direito fundamental cumpriria este requisito -, é possível considerar que um Poder do Estado tem o poder-dever de promover a concretização dos direitos fundamentais, mesmo que isso implique no exercício de atividade que não seja percebida como originalmente de sua competência.

---

<sup>9</sup> A proposição estabelecia que o pai somente poderia pedir a ampliação da licença nos casos em que sua empresa optasse pelo Programa, mas a empresa de sua esposa não.

<sup>10</sup> Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

I -com pareceres favoráveis de todas as Comissões;

II -já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;

III -que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;

IV -de iniciativa popular;

V -de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

No caso da licença-paternidade, o Judiciário, em face de uma conjuntura na qual a disciplina jurídica fica aquém das necessidades da sociedade, está, de fato, como demonstrado no subcapítulo 3.2, concedendo a extensão da licença paternidade, a despeito da inexistência de disposição expressa no direito positivo, gerando o que se configura como o ativismo judicial. Para tanto, as decisões judiciais correspondentes estão baseando-se, essencialmente, no dever constitucional de proteção à infância e à adolescência.

Como leciona Barroso (2009, p. 6-7), o ativismo judicial instala-se em situações de retração do Poder Legislativo, que impedem o atendimento das demandas sociais de maneira efetiva. Dessa forma, a conduta ativista, entre outras medidas, aplica diretamente o texto constitucional a situações não expressamente contempladas na Constituição ou na legislação infraconstitucional, objetivando potencializar os direitos fundamentais.

Dessa forma, considerando o ativismo judicial como instrumento de concretização de direitos fundamentais, sua legitimidade está na própria essencialidade desses direitos (MIRANDA, 2013).

Ainda, conforme os ensinamentos de Luís Roberto Barroso e José Afonso da Silva, o ativismo só estará legitimado se fundamentado na Constituição (BARROSO, 2009, p. 12), com utilização de interpretação que reconheça a primazia dos valores constitucionais (SILVA, 2013, p. 397).

Tendo em vista esse entendimento, pode-se afirmar que o ativismo referente à extensão da licença do pai está devidamente legitimado. *In casu*, além da inércia do Legislativo, a conduta proativa do Judiciário justifica-se em razão do fato de a atual previsão normativa da licença-paternidade estar em desacordo com os princípios constitucionais aplicáveis à família, como os da isonomia entre o homem e a mulher, da não discriminação entre os filhos, do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade responsável e da proteção integral, como abordado no subcapítulo 2.3.

Sabe-se que o ativismo judicial, pela sua própria definição, decorre da omissão do Poder Legislativo na sua missão de tomada de decisões políticas, de modo que, por consequência, o Judiciário é instado a intervir, solucionando os problemas oriundos dessa omissão, particularmente no que se refere à efetivação de direitos constitucionalmente assegurados.

Ocorre que, no particular, as decisões judiciais extensivas da licença-paternidade não estão substituindo o Legislativo na função de tomador de decisões políticas. Em outras palavras, as decisões políticas que resultam, invariavelmente, na extensão do instituto já foram assumidas, pelo que os comandos judiciais já estão autorizados, legitimados por uma interpretação sistêmica das normas constitucionais referentes à família.

Isso porque, como já exemplificado anteriormente, a união homoafetiva está equiparada à união estável, podendo a adoção ser encabeçada por uma pessoa sozinha, por união estável, por união homoafetiva ou por cônjuges. Todas essas formas de adoção devem assim, ser subsidiadas com os instrumentos necessários ao adequado desempenho das funções dos adotantes, para garantia da proteção integral dos infantes.

Nada obstante, promoveu-se a equivalência de papéis entre os pais pelos princípios constitucionais da família, os quais vedam expressamente a concessão de tratamentos diferenciados aos filhos.

Destaque-se que, nas hipóteses de inexistência de disciplina legal ou de previsão normativa em conflito com outros princípios que regem o ordenamento, o magistrado deve aplicar o direito ao caso concreto a partir de uma interpretação sistêmica da norma, e não da mera subsunção jurídica, sob pena de a decisão violar direitos constitucionalmente garantidos. Nesse sentido, Continentino (2012, p. 11-12):

O texto, um dos aspectos da norma jurídica (programa da norma), é apenas o ponto inicial por onde se inicia a complexa metódica da concretização constitucional, que ainda se socorre de outros elementos extralinguísticos para a redução do indeterminismo inerente ao direito. A norma jurídica, por sua vez, é coconstituída pelo programa da norma e pelos fatos, eliminando-se aquele dualismo *fato x norma*, tão caro ao positivismo [grifo do autor].

Dessa forma, a partir de uma interpretação sistêmica, utilizando-se os princípios do melhor interesse da criança ou do adolescente e da proteção integral como *standards* hermenêuticos para solução dos casos concretos, legitima-se a extensão judicial da licença-paternidade, a qual é respaldada pelos princípios constitucionais de igualdade na família.

Justamente em razão de o prazo de 05 (cinco) dias da licença direcionada à pessoa do sexo masculino estar em conflito com os demais direitos e princípios fundamentais, as decisões estão autorizadas a se sobreporem à literalidade da disciplina jurídica do instituto, ainda que não haja lacuna normativa. Confirmam-se as palavras de REIS e MIRAGILIA (s.d., p. 27) a esse respeito:

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

Saliente-se que, tendo em vista a força normativa dos princípios constitucionais, o tratamento igualitário entre os trabalhadores de ambos os sexos já é possível, por meio da interpretação analógica da lei infraconstitucional.

Nessa linha de raciocínio, há que se ter claro que direitos fundamentais como o da vedação ao tratamento discriminatório entre os filhos não podem ser negados em virtude de lacuna jurídica, inexistência de previsão específica ou interpretação literal da norma. Como bem leciona DIAS (2003, p. 11-12):

O legislador, no entanto, não consegue inserir todas as situações dignas de tutela dentro de uma estrutura legislativa. [...] O fato de não haver previsão legal para específica situação não impede o seu reconhecimento nem significa inexistência de direito à tutela jurídica. A ausência de lei não quer dizer ausência de direito. [...] A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar prestação jurisdicional ou ser invocada como motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela.

Como exaustivamente tratado no presente trabalho, a licença-paternidade foi criada sob a égide da concepção, já ultrapassada, de que família era apenas aquela oriunda do casamento entre um homem e uma mulher. Contudo, em razão da omissão do Legislativo, a previsão jurídica do instituto permanece inalterada, a despeito de hoje coexistirem inúmeras formas de entidade familiar constitucionalmente protegidas pelo Estado. Assim, a disciplina normativa da licença do pai está em dissonância com os demais princípios e regras do ordenamento, especialmente às garantias fundamentais relativas à família.

A partir dos casos concretos analisados, evidenciou-se o descompasso entre a licença-paternidade, da forma como disciplinada, com os princípios constitucionais aplicados à família, em razão da inércia do legislador e do atual *numerus apertus* de composições familiares. Nesse contexto, o ativismo judicial muito contribuiu para a concretização dos direitos fundamentais relativos à matéria.

Por fim, cumpre salientar, ainda, a especial relação entre o ativismo judicial e o Direito de Família. Como ensina Fachin (2006), o Direito se destina a disciplinar a situação fática da qual emerge e com ela está intimamente relacionado, de forma que é conduzido a reiteradas transformações em razão da força dos fatos, os quais são a expressão da dinâmica da sociedade.

Ademais, é certo que a sociedade vivencia constantes e rápidas transformações, principalmente no campo do Direito de Família, de modo que a legislação permanece em contínuo descompasso com a realidade social e as demandas jurídicas dela decorrentes.

Como regra, as evoluções na família brasileira ocorrem primeiro factualmente e, somente após sua sedimentação na sociedade, adentram no universo jurídico (ESTROUGO, 2004, p. 330). Nas palavras preferidas pelo Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto no RESP n.º 889.852/RS, “o Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica”, a qual, muitas vezes, anuncia as futuras modificações legislativas que estão por vir.

É comum assistirmos ao conteúdo de decisões ativistas transformarem-se em direito positivo. Como exemplo de alteração normativa que fora precedida de decisão judicial no mesmo sentido, cite-se a concessão de licença-maternidade à adotante, que estava sendo autorizada pela Justiça do Trabalho mesmo quando a licença, pelo texto da norma, abarcava exclusivamente a gestante.

Assim, o ativismo judicial, além de garantir efetividade aos direitos constitucionais, atua como conformador da literalidade dos dispositivos normativos aos demais comandos do ordenamento, pois, como assinalam REIS e MIRAGILIA, uma das funções precípua dos princípios constitucionais é permitir a atualização da legislação vigente sem que seja necessário esperar pelo legislador para promover a modificação pertinente (s.d., p. 27).

## CONCLUSÃO

---

Como é sabido, pelo princípio da supremacia da Constituição, essa está no topo da hierarquia das normas do ordenamento, possuindo superioridade jurídica em relação a todas as demais normas do sistema. Por conseguinte, nenhum ato jurídico persiste em face da Carta Magna se for com ela incompatível.

Dessa forma, a melhor interpretação e aplicação do Direito é aquela que dá maior efetividade aos comandos constitucionais e, principalmente, às garantias fundamentais, mesmo que em detrimento da legalidade estrita. “A Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2009, p. 197).

É cediço que princípios constitucionais detêm normatividade e atuam como referencial geral para o intérprete. A Constituição de 1988, ao tempo em que promoveu a equiparação entre os filhos e entre as famílias e estabeleceu a igualdade de gênero, elencou como direito fundamental a proteção integral da criança e do adolescente, em razão da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Considerando os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, é incontroverso que a finalidade precípua da licença, seja ela para o pai ou para a mãe, é viabilizar todos os cuidados mínimos que o novo membro familiar demanda, como também permitir o estabelecimento de vínculo afetivo para com ele.

Nesse contexto, mostra-se patente que o prazo de 05 (cinco) dias da licença-paternidade não se presta a atender adequadamente às necessidades do filho e da própria família, principalmente em casos sensíveis como, por exemplo, nas hipóteses de pai viúvo, pai adotante solteiro ou casal homoafetivo masculino.

Pela letra fria da lei, o pai dispõe sempre, sem exceção, de apenas de 5 (cinco) dias de licença, ignorando que alguns casos especiais exigem tutela diferenciada para uma proteção satisfatória da criança e/ou do adolescente. Tal fato muitas vezes resulta em tratamento discriminatório entre os filhos e entre o homem e a mulher, ambos vedados pela Carta Maior.

Destaque-se que a licença-paternidade foi inicialmente concebida tendo em vista apenas o modelo familiar clássico, que não mais se coaduna com a concepção de entidade familiar da atualidade, a qual, independentemente de seu formato, recebe idêntica proteção estatal, desde que atenda aos requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Contudo, mesmo após inúmeras transformações da sociedade, e passados 25 (vinte e cinco) anos da promulgação da Constituição, o instituto da licença-paternidade ainda permanece genérica e provisoriamente disciplinado pelo § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal.

A atual previsão da licença, tal como está hoje disciplinada em lei, não dialoga com as diversas formas de famílias, as quais são igualmente protegidas pela Carta Constitucional. A regra única de concessão não atende às necessidades de certas situações reiteradas, acima exemplificadas, as quais já estão internalizadas nas composições familiares brasileiras e/ou estão previstas/autorizadas no próprio ordenamento jurídico pátrio.

Conforme posicionamento de Reis e Miraglia (s.d., p. 27), a extensão da licença-paternidade já está autorizada por uma hermenêutica constitucional progressista e democratizante e pela utilização da analogia, a fim de afastar a interpretação literal e restritiva das normas que regem a matéria e, assim, garantir um tratamento mais justo e igualitário entre os trabalhadores e entre as crianças.

De toda sorte, o genitor e/ou o adotante do sexo masculino invariavelmente precisam provocar a Judiciário a fim de que lhe seja garantida uma licença em consonância com os princípios constitucionais da igualdade no interior da família, do melhor interesse da criança ou do adolescente e da proteção integral, como também com o conceito de paternidade socioafetiva.

Atualmente, somente por meio de decisões judiciais tem sido possível garantir a obediência aos comandos constitucionais no que se refere à concessão das licenças às pessoas do sexo masculino. A literalidade do direito positivo relativo à matéria está em contrariedade com a igualdade na família promovida pela Constituição. Nesse sentido, Reis e Miraglia (s.d., p. 8):

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

Ocorre que, quando o Poder Legislativo deixa de legislar quando se faz necessário, e com isso impede ou até mesmo afronta direitos constitucionais, cabe ao Judiciário atender as demandas erigidas na sociedade e que não foram satisfeitas por aquele Poder.

Ressalte-se que as decisões que estendem a licença-paternidade estão respaldadas por uma interpretação sistêmica das normas constitucionais referentes à família, utilizando-se os princípios do melhor interesse da criança ou do adolescente e da proteção integral como *standards* hermenêuticos para a solução dos casos concretos. Isso porque prevalece hoje a equivalência de papéis entre os pais, sendo expressamente vedada a concessão de tratamentos diferenciados aos filhos.

O Judiciário, a partir de uma postura proativa, conforme foi possível perceber na análise de vários julgados aqui desenvolvida, busca cumprir o dever constitucional da proteção à infância e à adolescência, pelo que estende a licença-paternidade para além dos textos legais.

Dessa forma, considerando o descompasso entre a licença-paternidade, da forma como está disciplinada, com os princípios constitucionais aplicados à família, o ativismo judicial se apresenta como instrumento que contribui para a concretização dos direitos fundamentais relativos à matéria.

Por outro lado, as decisões judiciais também atuam como ferramenta atualizadora/conformadora da legislação às demais normas do ordenamento, principalmente em razão da existência de diversas possibilidades fáticas e jurídicas de composição familiar. Isso porque, para a Constituição, não existe um modelo preferencial de família. Se há família – não importando seu formato ou sua conformação –, há tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade a cada uma delas, pelo que não pode persistir a disciplina legal da licença ao pai que considere apenas o modelo tradicional de família.

## REFERÊNCIAS

---

### Legislação

---

BRASIL. Constituição Federal (1988).

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008. Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 7.052, de 23 de setembro de 2009. Regulamenta a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade, no tocante a empregadas de pessoas jurídicas.

BRASIL. Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974. Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

BRASIL. Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

ALEXANDRINO, José de Melo. Os direitos das crianças: linhas para uma construção unitária. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira et al. **Problemas da família no direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.185-214.

ALOUCHE, Luiz Fernando. Judiciário adapta licença-maternidade pelo bem do recém-nascido. **Jornal Trabalhista Consulex**, v. 29, n. 1443, p. 13, out. 2012.

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Desafios ao desenvolvimento e eficácia da nova licença-maternidade: propostas para o seu aprimoramento. **Revista de Direito Privado**, v. 13, n. 50, abr./jun., 2012.

ARRUDA, Hélio Mário de. A licença-maternidade e o salário-maternidade em decorrência da adoção. **Repertório de Jurisprudência IOB: trabalhista e previdenciário**, n. 12, p. 298-296, jun. 2002.

ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas. A extensão da licença-maternidade à adotante em face do princípio da igualdade. **Revista Zênite IDAF: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, v. 7, n. 76, p.367-371, nov. 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

CABRAL, Karina Melissa. A mulher e o novo Código Civil: a confirmação do princípio da isonomia. **Revista de Direito Privado**, n. 17, p.135-150, jan./mar. 2004.

CANDY, Florencio Thome. **Direitos de conciliação entre trabalho e família: licença-maternidade e licença-paternidade**. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_. Licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero: um estudo comparativo entre Brasil e Espanha. **Cad. Doutr. Jurisp. Escola Judicial**, Campinas, v.6, n.3, p. 82-93, maio/jun. 2010.

CARDONE, Marly A. Licença-maternidade na adoção e responsabilidade previdencial. **Repertório de Jurisprudência IOB: trabalhista e previdenciário**, n. 11, p. 299-298, jun. 2002.

\_\_\_\_\_. O salário-maternidade e a E. C. n. 20/98. **Revista IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário**, n. 8, p. 162-158, abr. 1999.

\_\_\_\_\_. Proteção à maternidade: licença-paternidade. In: \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991. p. 274-287, v. 1.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e. Direito das Famílias na jurisprudência brasileira. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira et al. **Problemas da família no direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.19-54.

COSTA, Rachel. País do lar. **Isto é**, v. 36, n. 2231, p. 58-60, 15 ago. 2012.

COSTA, Rosania de Lima. Licença-maternidade de 6 meses: novos aspectos da legislação. **Jornal Trabalhista Consulex**, v. 27, n. 1312, p. 15-16, fev. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade**: o que diz a justiça. As pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Famílias modernas: (inter)seções do afeto e da lei. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, p. 273-280, out./dez. 2000.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. **O princípio da igualdade aplicado à família**. Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004. p. 321-340.

FACHIN, Luiz Edson. Parentesco parabiológico. Fraternidade socioafetiva. Possibilidade jurídica. Efeitos que podem ensejar. **Revista Forense**, v. 102, n. 388, p. 259-273, nov./dez. 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade. **Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social**, v. 58, n. 10, p. 58-10, out. 1994.

FREDIANI, Yone. **Licença-maternidade à mãe adotante: aspectos constitucionais**. São Paulo: LTr, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, da. \_\_\_\_\_. Princípio da paternidade responsável. **Revista dos Tribunais Online**, v. 18, p. 21, abr. 2004.

GOLDENBERG, Mirian. E a licença-paternidade? **Folha de São Paulo**, São Paulo, n. 28.692, p. A3, 23 out. 2007.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. O reconhecimento de direitos a homossexuais pelo poder judiciário: interpretação autorizada ou ativismo judicial? **ADV Advocacia dinâmica: boletim informativo semanal**, v. 30, n. 33, p. 539-536, ago. 2010.

KLOSS, Larissa Renata. Prorrogação da licença-maternidade: favorável a quem? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 34, n. 63, p.189-203, jul./dez. 2009.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. Dupla Paternidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 27, p. 126-140, abr./maio 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOSEKANN, Luciano André. Paternidade: elo biológico ou afeito? **Revista da Ajuris**, v. 27, n. 83, Tomo I, p. 243-250, set. 2001.

MAGANO, Bueno Octavio. A licença-paternidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. B2, 19 out. 1988.

\_\_\_\_\_. O Direito do Trabalho na Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MARTINS, Erika Mulford Santos. Ativismo judicial e a suposta crise do poder legislativo. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord). **Direito Público**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009a.

\_\_\_\_\_. Licença-paternidade do pai adotante. **Repertório de Jurisprudência IOB: trabalhista e previdenciário**, n. 4, p. 134-131, fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Prorrogação da licença-maternidade por 60 dias. **Repertório de jurisprudência IOB**, v. 2, n. 3, p. 97-94, 2ª quinz. fev. 2009b.

MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais: o Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial**. São Paulo: LTr, 2013.

MOOR, Fernanda Stracke. A filiação adotiva dos menores e novo modelo de família previsto na Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais Online**, v. 7, p. 40, jul.2001, DTR\2001\297.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**: novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2008, p. 1043-1070.

NAHAS, Thereza Christina. Comentário ao art. 392-A instituído pela Lei n. 10.421/2002. **LTr**: Suplemento Trabalhista, v. 38, p. 445-447, 2002b.

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

NASCIMENTO, Rafael Monteiro de Castro. **Licença-paternidade no Brasil: situação atual e possibilidade de mudanças**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. Licença-paternidade. **Revista do Advogado**, n. 39, p. 24-26, maio 1993.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Questionando um mito**: custos do trabalho de homens e mulheres. Laís Abramo (ed.). Brasília: OIT, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva; TUPINAMBÁ, Roberta. O direito fundamental ao cuidado no âmbito das famílias, infância e juventude. **Revista Online da Associação dos Advogados de São Paulo**, n. 101, 6p.

RABELO, César Leandro de Almeida; RABELO, Cláudia Mara de Almeida; POLI, Leonardo Macedo. A inclusão dos excluídos: a regulamentação jurisdicional para a família homoafetiva e o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 14, n. 27, p. 106-125, abr./maio 2012.

REIS, Renata Olandim; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Da possibilidade de concessão de licença-maternidade aos pais solteiros e casais homossexuais masculinos**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c215b446bcdf956d>>. Acesso em: 14 out. 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. O cuidado como critério do princípio do melhor interesse da criança: a questão da destituição do poder familiar. **Revista da Associação dos Advogados**, v. 28, n. 101, dez. 2008. 5p.

SILVA, José Afonso da. Ativismo judicial e seus limites. In: FURTADO, Marcus Vinícius. **Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira**. Brasília: Alunos, OAB, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. **Boletim Científico, Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas, Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 7, n. 28/29, jul./dez. 2008, 20p.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista Forense**, v. 76, n. 271, p. 45-51, jul./set. 1980.

Doutrina Jurídica em meio Eletrônico

---

AMARAL, Cristiane Teodoro do Carmo. Licença-maternidade e mãe adotiva. **Revista Eletrônica 56 do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, n. 1, 24 p., 2006. Disponível em: <[http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/pagina\\_geral.do?secao=31&pagina=Revista\\_56\\_n\\_1\\_2006](http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=31&pagina=Revista_56_n_1_2006)>. Acesso em: 18 abr. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. Mortalidade materna no Brasil: principais causas de morte e tendências temporais no período de 1990 a 2010. In: \_\_\_\_\_. **Saúde Brasil 2011: uma análise da situação de saúde e a vigilância da saúde da mulher**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2012. cap. 14. Disponível em: <[http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/saudebrasil2011\\_parte2\\_cap14.pdf](http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/saudebrasil2011_parte2_cap14.pdf)>. Acesso em: 06 dez. 2013.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, v. 14, n. 72, mar./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79198>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

DIAS, Maria Berenice. \_\_\_\_\_. **O lar que não chegou**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=527>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em: 06 dez. 2013.

REIS, Renata Olandim; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Da possibilidade de concessão de licença-maternidade aos pais solteiros e casais homossexuais masculinos.**

Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c215b446bcd956d>>. Acesso em: 14 out. 2013.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Pais e filhos por adoção: um amor conquistado. **Jornal Voz do Paraná**, set. 2002. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id190.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

WORLD HEALTH ORGANIZATION et al. **Trends in maternal mortality : 1990 to 2010.** s.l.: WHO Library Cataloguing Publication Data, 2012. Disponível em: <[http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2012/Trends\\_in\\_maternal\\_mortality\\_A4-1.pdf](http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2012/Trends_in_maternal_mortality_A4-1.pdf)>. Acesso em: 06 dez. 2013.