

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

EVERTON SILVA MACÊDO

CONCESSÃO ISONÔMICA DA LICENÇA-PATERNIDADE EM EQUIVALÊNCIA A  
LICENÇA-MATERNIDADE PARA PAI SOLTEIRO

SOUSA  
2013

EVERTON SILVA MACÊDO

CONCESSÃO ISONÔMICA DA LICENÇA-PATERNIDADE EM EQUIVALÊNCIA A  
LICENÇA-MATERNIDADE PARA PAI SOLTEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Robervaldo Queiroga da Silva

SOUSA  
2013

EVERTON SILVA MACÊDO

A CONCESSÃO ISONÔMICA DA LICENÇA-PATERNIDADE EM EQUIVALÊNCIA A  
LICENÇA-MATERNIDADE

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Profº. Robeivaldo Queiroga da Silva

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: 19/04/2013

---

Orientador: Profº. Robeivaldo Queiroga da Silva

---

Profº Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

---

Profº José Idemário Tavares de Oliveira

Aos meus pais, Fátima, Everaldo e Genaldo, aos meus avós, Terezinha e Cícero Bandeira e João Belo a quem devo toda a formação moral, fontes de inspiração e dedicação, exemplos de responsabilidade e sabedoria. Pelas palavras sempre verdadeiras, também pelos momentos de ausência física, destinados à concreção de um sonho.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por ter me conduzido durante todo esse caminho, sei que nada acontece sem a tua vontade, aprendi a confiar em ti, a descansar em ti, o medo nunca será maior que minha fé.

Aos meus Pais, Fátima, Everaldo e Genaldo, pela confiança depositada em mim por meio de simples e singelos gestos, por todo o carinho, admiração e dedicação.

A minha irmã Moema pelo companheirismo mesmo estando distante nos momentos difíceis.

Aos meus avós Terezinha, Cícero e João Belo (Paim), por todos os ensinamentos que me passaram com muita atenção, carinho e amor.

Aos meus tios e minhas tias, em especial a Tinock e titio João, por terem me acolhido em sua casa no início do curso, por terem tornado mais fácil e até divertida o início da minha jornada longe de casa.

A Minha Pequena que transformou com seu sorriso encantador meus dias chuvosos em radiantes, me dando uma nova perspectiva de vida, mais límpida e promissora, pois “te vejo e sinto o brilho desse olhar que me acalme e me traz força pra encarar tudo”.

Aos amigos, em especial, Edson, Valdir, Taunay, Pablo, AllanJuh e Larys, Flavinha e as minha queridas vizinhas obrigado pelo carinho, consideração e dispêndio de tempo quando eu mais necessitava.

Ao Professor Robeivaldo Queiroga da Silva, pela dedicação na orientação, comprometimento com o trabalho, incentivo e por ser meu exemplo profissional.

A todos os Professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, pelo esforço para com a formação de grandes e virtuosos profissionais.

Aos demais funcionários do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, pelo empenho na busca pela excelência da Universidade.

Dedico a todos vocês esse trabalho que consagra o final de um ciclo e inicia outro.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – artigo

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil

p. – página

STF – Supremo Tribunal Federal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

PL – Projeto de Lei

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

MI – Mandato de Injunção

RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência

RF – Revista Forense

INSS- Instituto Nacional de Seguro Social

“O ambiente ideal para o desenvolvimento equilibrado da criança e do adolescente é o seio da família”.

*José de Farias Tavares*

## RESUMO

O Direito está em constante transformação em decorrência da dinâmica social que, a cada dia, possuem regras alteradas, extintas e criadas, assemelhando-se a outros institutos jurídicos existentes ou decorrentes de uma situação nunca antes regulada. Um desses casos em que um direito é alterado, é a licença-paternidade, fruto de novas situações familiares que emergem na sociedade contemporânea. A regra sobre a licença-paternidade já existe, entretanto, emerge discussões quando aludida perante o princípio da isonomia e as relações familiares, como a família monoparental. Diante disso, questiona-se sobre a possibilidade de alteração quanto ao período e garantias dadas à mulher, na licença-maternidade, para o patamar da licença-paternidade, no caso do homem, mediante uma maior efetividade da igualdade das situações jurídicas e dos sujeitos de direito, reafirmando os interesses da criança. Nesse contexto, visa demonstrar a complexidade do tema perante o Direito do Trabalho e as relações familiares, pautado nos fundamentos das licenças dirigidas pela lei ao homem e à mulher, no caso de nascimento ou adoção de crianças. A partir disto, possibilita avaliar a aplicação de garantias igualitárias ao homem quando este vir a se beneficiar da licença paternidade, impondo-se os efeitos da licença-maternidade aquele caso. Para tanto, lança mão de uma abordagem dedutiva, de onde se completará a concretização do estudo por meio de métodos comparativos e histórico, aproximando os institutos trabalhistas no âmbito da igualdade jurídica. De tal maneira, também requererá o desenvolvimento de pesquisas na doutrina e jurisprudência, com documentação indireta baseada em robusta bibliografia jurídica. Assim, percebe-se que nada obsta a aplicação similar da licença-paternidade, obviamente ao homem solteiro ou viúvo, em face de um período estendido e garantias outrora fornecidas à mulher, beneficiando a criança e protegendo as relações familiares.

Palavras-chave: Licença-paternidade. Isonomia. Criança.

## ABSTRACT

The law is constantly changing as a result of social dynamics that, every day, rules have changed, and extinguished created, resembling other legal institutions existing or arising from a situation never before regulated. One such case in which a law is amended, paternity leave, thanks to new family situations that arise in contemporary society. The rule on paternity leave exists, however, emerges when discussions alluded to the principle of equality and family relations, as the single parent family. Given this, one wonders about the possibility of change for the period and guarantees given to the woman on maternity leave, to the level of paternity in the case of man, through greater effectiveness of equality of legal situations and subjects of law, reasserting the interests of the child. In this context, aims to demonstrate the complexity of the issue before the Labor Law and family relations, based on the fundamentals of licenses directed by law to man and woman, in the case of birth or adoption of children. From this it allows to evaluate the application of collateral equal to man when it come to benefit from paternity leave, necessitating the effects of maternity leave that case. To this end, uses a deductive approach, where you will complete the implementation of the study through historical and comparative methods, approaching the labor institutes within the legal equality. So also require the development of research in doctrine and jurisprudence with indirect documentation based on robust legal bibliography. Thus, it is clear that nothing prevents the application of similar paternity leave, obviously the bachelor or widower, in the face of an extended period and guarantees previously provided to women, benefiting the child and protecting family relationships.

Keywords: License-paternity. Equality. Child.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA LICENÇA-MATENIDADE E LICENÇA-PATERNIDADE</b> .....	13
2.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE .....	14
2.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CRIANÇA.....	14
2.3 LICENÇA MATERNIDADE PARA GESTANTE .....	15
2.4 LICENÇA-MATERNIDADE PARA A ADOTANTE.....	18
2.5 LICENÇA-PATERNIDADE.....	21
<b>3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA</b> .....	26
3.1 EVOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS .....	26
3.2 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA .....	31
3.3 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	33
<b>4 EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE PARA PAI SOLTEIRO</b> .....	38
4.1 DA FAMÍLIA MONOPARENTAL.....	38
4.2 DA ADOÇÃO .....	40
4.2.1 Evolução do Instituto da Adoção .....	41
4.2.2 Adoção na Legislação Brasileira .....	42
4.3 EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI SOLTEIRO .....	44
4.3.1 Da Extensão a Licença-Maternidade ao Adotante .....	44
4.3.2 Da Extensão a Licença-Maternidade ao Viúvo.....	50
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	54
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	56
<b>ANEXO</b> .....	60

## 1 INTRODUÇÃO

Nos moldes atuais, os indivíduos se relacionam com outros e com o ambiente que estão inseridos e, neste sentido, estão submetidos a uma série de riscos e infortúnios que porventura venha acontecer. Diversas são as relações jurídicas travadas no cotidiano e, a partir delas, emergem outras relações decorrentes de danos ou perigos gerados por condutas humanas ou fatos naturais.

Em meio a estas contingências sociais, o Direito garante alguns benefícios para as pessoas, de maneira que não se atrela apenas à situação ora criada, mas também busca a garantia de direitos individuais e sociais. É o caso da previsão de se conceder a licença-maternidade à mulher, decorrente do nascimento ou adoção de sua prole, sabendo da importância para a mãe em acompanhar os primeiros meses de vida de seu filho e a defesa da família e da criança.

Entretanto, nos últimos anos, requereu atenção o instituto da licença-paternidade, já previsto no ordenamento brasileiro, só com um período bem aquém quando comparado à licença-maternidade. Esta é um dos fatos que está em desacordo com a igualdade formal, baseado nos caracteres de seus sujeitos no fato concreto, já que se exige mais da mãe a presença junto à criança.

Mesmo assim, surge a questão do presente estudo, baseado na possibilidade de se estender o período da licença-paternidade em vista de algumas situações específicas, como o pai solteiro ou viúvo, mediante a proteção aos interesses da criança e a isonomia da relação instaurada.

Diante disso, objetiva avaliar o instituto da licença-paternidade e a discussão que gira em volta desta celeuma jurídica e social, delimitando os casos em que seria conveniente a concessão de um maior período do benefício de afastamento de suas atividades junto ao contratante.

Ainda, busca verificar a abordagem trazida pela doutrina e jurisprudências aos casos, seja por meio de uma descrição teórica, seja por meio dos cuidados aos casos concreto submetidos ao Poder Judiciário.

Para tanto, utiliza-se de métodos e procedimentos metodológicos adequados para a construção do raciocínio deste trabalho. Como método de abordagem parte do método dedutivo, com a análise de premissas para se chegar a um resultado maior da análise, ao passo que em relação às pesquisas para colheita de

informação, reverenciou a documentação indireta, por meio de dados fornecidos na bibliografia pátria, na doutrina e jurisprudência.

As técnicas de procedimento da pesquisa, por meio do procedimento histórico, analisando a origem da família monoparental, do instituto da licença-paternidade, bem como sua finalidade; o procedimento monográfico, no qual se dá o aprofundamento do tema, enfatizando o direito da criança ou adolescente e do pai solteiro a licença-paternidade estendida por um período igual à licença-maternidade; por fim, o procedimento comparativo, confrontando a legislação e os diferentes posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que digam respeito ao tema.

Em um primeiro momento, este estudo busca analisar os traços gerais sobre o instituto da licença-maternidade e a licença-paternidade, nos moldes de seu desenvolvimento históricos e os fatores que os definem e fundamentam na sociedade e no Direito. De outra forma, expõe os princípios que giram em torno do tema e reafirma os sujeitos e vínculos deste tipo de relação.

Posteriormente, há um especial tratamento ao princípio da isonomia, com apresentação de sua definição jurídica e os objetivos pretendidos na órbita jurídica e social decorrentes de sua efetivação. Destaca-se ainda a regulação a nível constitucional oferecida no sistema brasileiro e as veredas que este alcança derivado da regulação dada pela Constituição Federal, imprescindíveis para a fundamentação do objeto deste trabalho.

Após a expressão destas premissas, caminha-se para a possibilidade de aplicação da licença-maternidade ao homem, sob a égide da doutrina e jurisprudência e, em especial, em cumprimento e observância ao princípio da isonomia. Em meio a isso torna necessária a compreensão da própria estrutura familiar, e as suas multiformas em que se apresenta cotidianamente, em especial atenção à família monoparental.

Na esteira da abordagem proposta, nos debates finais deste estudo, propõe-se analisar a concessão de tal licença também ao adotante e ao pai viúvo, de forma a atingir uma maior efetividade do instituto da licença às peculiaridades das situações porventura ocupadas pelos sujeitos.

Assim, há grande pertinência neste debate no âmbito jurídico e social já que passa pela configuração das novas relações familiares e das relações de trabalho para se efetivar direitos e garantir uma igualdade jurídica dos sujeitos diante de alguma singularidade.

## **2 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA LICENÇA-MATENIDADE E LICENÇA-PATERNIDADE**

Licença-maternidade representa uma evolução importantíssima para o direito do trabalho, pois as mulheres sempre foram exploradas e recusadas por empregadores pelo simples fato delas engravidarem. Muitas mulheres eram demitidas porque após o parto teriam que ficarem um período de repouso e para a amamentação dos filhos.

Essas mulheres eram demitidas sem a observação de seus direitos, as trabalhadoras não tinham expectativas para uma promoção em sua carreira, ou se desejasse uma carreira sólida teriam que abrir mão da maternidade, pois não existia nenhum dispositivo relacionado ao período pós-parto que a mulher necessita para o repouso e a amamentação.

Foi a partir da observação de aspectos como a vocação à maternidade que a maioria das mulheres tem, e considerando o número maior cada vez mais da necessidade do trabalho feminino para contribuir nas despesas de casa, fazendo com que o número de mulheres no mercado de trabalho aumentasse significadamente, foi pensando nisso que o legislador entendeu proteger as mulheres que estão trabalhando com a licença-maternidade.

A licença-paternidade é um instituto que sempre foi deixado em segundo plano, pois na sociedade o homem tem um papel menor nos cuidados com os filhos, acreditando assim não precisar o pai de um tempo maior com seu filho.

A licença-paternidade foi criada com o objetivo de auxiliar a mãe nos cuidados com o filho durante os primeiros dias pós-parto, pois a mulher ainda está muito fragilizada. Não foi visado pelo legislador ao criar a licença-paternidade o bem-estar da criança, mas sim o auxílio que será dado a mãe nos cuidados do recém-nascido.

Contudo essa concepção que só são as mulheres a detentora dos deveres de cuidar dos filhos e do lar foi deixada de lado na Constituição Federal no seu artigo 226, § 5º, que atribui direitos e deveres iguais aos homens e as mulheres na sociedade conjugal. Com o surgimento das famílias monoparentais formadas pelo pai, a doutrina e a jurisprudência tem dado uma interpretação diferenciada a licença-paternidade, sendo observado o princípio da proteção à criança.

## 2.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

A proteção da mulher no trabalho surgiu no Brasil com a Convenção 103, da OIT, onde a mesma inclui em seu artigo 3º, o direito à licença-maternidade que se destinava exclusivamente às gestantes. Tal instituto foi confeccionado com o objetivo de garantir o ingresso da mulher ao mercado de trabalho, pois os empregadores da época não queriam contratar mulheres ou quando contratavam interferiam na vida das empregadas para elas não engravidassem, pois acreditavam que assim prejudicaria seu rendimento laboral.

A gestação é dita como o principal fator para a manutenção da sociedade como é hoje, por esse motivo a maternidade foi um dos direitos pioneiros a ser protegido quando da inserção da mulher no mercado trabalho.

Na sociedade em que vivemos a mulher hoje não é só responsável pelos afazeres do lar, pois contribui efetivamente com o sustento da sua família. Vendo isso o legislador na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho, bem como a Lei de Benefícios da Previdência Social passou a estabelecer de normas no intuito de proteger à gestante e à maternidade, tornando tal proteção em um princípio orientador de suas normas na regulação das relações trabalhistas.

A licença-maternidade é direito assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, inciso XVII, para as gestantes. Tal instituto consiste em uma licença dada a mulher de 120 dias, sem prejuízo do seu salário e do seu emprego, com objetivo de proteger à mulher que trabalha, pois esta precisa por necessidade biológica de descanso após o parto, para que a mesma possa recuperar o desgaste físico e mental que o parto e a gravidez provocam.

## 2.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CRIANÇA

A Constituição Federal elenca em seu artigo 6º como um dos princípios sociais assegurados a proteção à criança. Mesmo com o advento da Constituição

elevando a proteção da criança ao patamar de princípio, quando se tratava de licença-maternidade, a proteção à criança era posto em segundo plano e restrito apenas aos filhos biológicos segundo a Lei nº. 8.213/91, em seu artigo 71. Atualmente, depois da publicação do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), a licença-maternidade também é vista como direito da criança, que precisa ser amamentada e para que está se familiarize com seu novo ambiente.

Esse entendimento de que a licença-maternidade tem como escopo principal a proteção da criança está completamente correto, pois, diferentemente do que se imagina o período de licença-maternidade não é apenas destinada a mãe para sua recuperação, mas para que a criança tenha os cuidados necessários para se adequar ao seu convívio familiar. É durante o período em que a mulher fica de licença maternidade que haverá o acompanhamento da saúde da criança, do seu desenvolvimento, da sua personalidade inicial, pois é durante esse tempo mais próximo do seu filho que a mãe conhecerá hábitos deste.

Os tribunais, observando o princípio da isonomia, passaram a ampliar o direito da licença-maternidade, estendendo o seu alcance para as mães adotivas, pois entende que há uma necessidade de se observar o princípio constitucional da proteção à criança, alentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como foi exposto acima.

O legislador depois de reinteiradas decisões dos tribunais reconheceu o direito dos pais adotivos, ao instituir a Lei nº. 10.421/02, fazendo jus em definitivo à necessidade de proteção a criança.

### 2.3 LICENÇA-MATERNIDADE PARA GESTANTE

Consoante já descrito, a licença-maternidade precipuamente se destinava às gestantes e tem duração de 120 dias, sendo que se aconselha que o mesmo passe a ser gozado 28 (vinte e oito) dias antes do parto e os outros 92 (noventa e dois) dias sejam gozados depois do parto.

A licença-maternidade é uma causa de suspensão por determinação legal do contrato de trabalho, de acordo com Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2008, p. 347-348):

Caso típico de suspensão do trabalho por determinação legal é o da grávida. Não lhe permite a lei que trabalhe no período de licença-maternidade. Hoje a constituição vigente fixa em cento e vinte dias a licença à gestante, devendo elevar-se para doze semanas após o parto e quatro antes. Deve afastar-se do serviço. Mas nem por isso o empregador se exonera de sua obrigação de paga-lhe, tal como se estivesse trabalhando.

Houve uma mudança recente advinda da Lei nº. 11.770/08, que trouxe algumas alterações no direito de licença-maternidade, estendendo-o opcionalmente a 180 (cento e oitenta) dias, caso seja requerido pela mãe no primeiro mês do parto ou da adoção, além de dar o direito à remuneração integral no período de afastamento do emprego, quando a pessoa não exercer outra atividade remunerada no período de gozo do benefício e não deixar a criança em creche. No entanto, as mudanças só começaram a ser aplicadas ao setor privado em 2010, apesar de já valerem no setor público.

Essa autorização é concedida apenas as pessoas jurídicas que aderirem ao PEC (Programa Empresa Cidadã). A empregada terá que requeri até o final do primeiro mês posterior ao parto e que seja concedida logo após fruição da licença-maternidade de que trata a Constituição Federal. Tal parcela excedente de 60 dias poderá ser deduzida de imposto devido para empresa com base no lucro. Poderá a administração pública direta, indireta e suas fundações instituir a prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras.

O direito à licença-maternidade representa uma evolução no que concerne ao pensamento protecionista do trabalho feminino. Nele está implícito o esforço do legislador em amparar a mulher na sua dignidade, contra a discriminação, bem como no seu livre exercício profissional, pois preserva emprego e salário na interrupção de sua prestação laboral durante a gestação.

A licença-maternidade é uma conquista frente às explorações e abusos aos qual a mulher sempre esteve exposta e que, historicamente, comprovou-se.

Como direito social previsto constitucionalmente, possui característica imperativa e inviolável, revestindo-se do princípio da irrenunciabilidade, vedada renúncia ou transação. São ainda expressamente proibidas restrições em regulamentos de qualquer natureza, contratos coletivos ou individuais de trabalho, consoante previsão do artigo 391, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A licença-maternidade tem cunho previdenciário, seu valor é pago diretamente pela Previdência Social, em se tratando de empregada doméstica, e será pago pelo empregador nas demais categorias de empregados conforme o artigo 73, I, Lei nº. 8.213, de 1991, preenchido os requisitos necessários, levando em consideração o último salário recebido pela empregada. Para Sergio Pinto Martins (2010, p. 282):

Consiste o salário-maternidade numa renda mensal igual à remuneração integral da segurada. É pago pelo empregador que desconta o valor adiantado a trabalhadora em relação à contribuição previdenciária devida. Não se trata exatamente de salário, mas de benefício previdenciário, pois não é pago pelo empregador, mas pelo INSS.

Sendo assim há um entendimento que não existe teto e carência, com a ressalva daqueles que elencam o rol do artigo 37, XI, Constituição Federal, tais como ocupantes de cargos, funções e empregos públicos tanto da administração direta como das autarquias e fundações públicas, a remuneração e o subsídio destes não poderão exceder o subsídio mensal dos Ministros do STF (Supremo Tribunal Federal), a nível Estadual o teto é do Governador, já nos municípios o teto não pode ultrapassar o salário do prefeito.

O valor do benefício é a renda mensal para asseguradas trabalhadoras empregadas, não estando sujeito ao limite do teto do salário de contribuição; para as empregadas domésticas será a renda mensal correspondente ao último salário de contribuição desta assegurada; já para as seguradas especiais e demais seguradas será dado por 1/12 da soma das 12 últimas contribuições.

Ainda referente ao salário-maternidade assevera Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2008, p.348):

Atualmente, a Lei nº 8.213, de 24.07.1991, inclui o *salário-maternidade* entre as prestações previdenciárias, cumprindo à empresa efetuar o pagamento da remuneração integral, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições, sobre a folha de salários, mas a empregada doméstica receberá diretamente da Previdência Social (arts. 92 e 93). Haverá assim, *suspensão total* do contrato.

Vale ressaltar que o salário-maternidade só será devido pelo INSS de acordo com o art. 95, da Lei nº. 8.213/91, quando houver relação de emprego, caso a empregada seja demitida sem justa causa caberá ao empregador o ônus do pagamento do benefício, por se tratar de suspensão parcial do contrato.

Cumprе ressaltar que, para as seguradas empregadas domésticas e avulsas não há que se falar em carência, porém, para as seguradas contribuintes individuais, facultativas e seguradas especiais há carência, qual seja de 10 (dez) contribuições mensais, segundo o disposto no artigo 25, III, da Lei nº. 8.213/91.

A alíquota aplicada é de 100% (cem por cento) do salário, não havendo, portanto, nenhum desconto, sendo, pelo menos até a nova lei entrar em vigor, limitado ao teto do salário dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Isso é o que se aplica no caso da gestante com a ocorrência do nascimento programado. Mas a gestante ainda terá direito ao benefício no caso de nascimento de criança morta, em caso de aborto e também no caso de barriga de aluguel.

#### 2.4 LICENÇA-MATERNIDADE PARA A ADOTANTE

O instituto da licença-maternidade está prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas e na Lei de Benefícios da Previdência Social, também se encontra no corpo constitucional. A licença-maternidade foi implantada no Brasil através da Convenção 103, da Organização Internacional do Trabalho em 1965, nesta época era o empregador que arcava com os custos de tal benefício, mas em 1974 através da Lei nº. 6.136 do mesmo ano, esse benefício passou a apresentar um caráter previdenciário.

A licença-maternidade surgiu com o intuito de proteger a mulher, como bem era exposto no artigo 391, da CLT, e os artigos 7º, XVII e 201, da Constituição Federal. Porém com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, começou a doutrina e a jurisprudência a ponderar a situação das crianças, que tinham direito a amamentação, como também ao direito de afeto e cuidado nos seus primeiros dias em seu novo habitat.

Foi a partir dessa ponderação que a licença-maternidade passa a ser considerada um direito da criança, que a jurisprudência junto com a doutrina começaram a estender o direito a licença-maternidade a mães adotantes, pois agora já não há apenas a primazia do princípio da proteção à maternidade, mas também deveria obedecer o princípio da proteção a criança. Indo de encontro com o entendimento jurisprudencial e doutrinário o legislador também entendeu a

necessidade de proteger a criança e elaborou a Lei nº. 10.421, de 2002, concedendo a mãe adotante o direito a licença-maternidade.

Como já frisado no item anterior o direito a licença-maternidade para a mãe adotante já era concedido pela jurisprudência, e também entendia da mesma forma a doutrina, com isso o legislativo veio transformar esse direito em lei com o advento da Lei nº 10.421/2002, alterando assim o artigo 71-A, da Lei nº. 8.213/91.

Podem-se observar algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho, a exemplo e sentido das abaixo expostas:

#### SALÁRIO-MATERNIDADE – MÃE ADOTIVA

Inobstante a legislação trabalhista seja omissa acerca do direito à licença-maternidade da mãe adotante, negar tal direito a esta, contudo, importaria discriminação ao próprio filho adotivo, contrariando-se, assim, a Carta Magna que, ao instituir a licença-maternidade, visou resguardar o interesse social em que o novo ser humano alcance desenvolvimento pleno e satisfatório sob os aspectos físico e psicológico. Ao Estado, enquanto comunidade interessa a formação de um ser humano hígido, saudável. E nisso é insubstituível o papel da mãe, especialmente nos primeiros meses, seja o filho natural, ou não.

#### LICENÇA-MATERNIDADE – MÃE ADOTIVA.

A mãe adotante de recém-nascido, cuja integridade objetivam a Constituição e a Lei proteger, tem direito à licença maternidade, em igualdade de condições com a mãe biológica. Inteligência do artigo duzentos e vinte e sete, parágrafo sexto, da Constituição Federal.

#### LICENÇA-MATERNIDADE – MÃE ADOTIVA.

O princípio de proteção ao menor, consagrado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe a aplicação analógica, nos termos do artigo oitavo da CLT, dos benefícios legais concedidos à gestante, tal como o direito ao gozo da licença-maternidade, para a mãe adotiva, uma vez que o que se objetiva é proteger a maternidade e não estritamente a mãe empregada.

Contudo tal lei trazia uma discriminação em relação aos adotantes, foi estabelecida uma tabela em que quanto mais velho fosse à criança menor seria o prazo de licença-maternidade, gerando assim certo preconceito em se adotar crianças mais velhas, a tabela seguia assim:

TABELA 1 - DENOMINAR

Crianças adotadas até 1 anos de idade	Licença-maternidade de 120 dias
Crianças adotadas de 1 à 4 anos de idade	Licença-maternidade de 60 dias
Crianças adotadas de 4 à 8 anos de idade	Licença-maternidade de 30 dias

FONTE: Elaboração própria.

Essa diferença de prazos de licença-maternidade de acordo com a idade da criança adotada era expressa no artigo 392-A, §§ 1º e 3º, CLT, mas tais dispositivos foram revogados pela Lei nº. 12.010, de 2009, que estabeleceu um novo sistema de adoção, do qual é o utilizado hoje em dia, a norma revogada ainda trazia em seu corpo o teto de 8 (oito) anos de idade da criança para a concessão da licença-maternidade, o que feria tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente e Carta Magna que não definiu tipos diferentes de crianças ou adolescente.

O ECA considera com criança pessoa até doze anos de idade incompleto, os §§ revogados do artigo 392-A pela Lei nº. 10.421 de 2002, ao instituir um teto de oito anos pra a concessão da licença maternidade agia de forma discriminatória, e qualquer discriminação por idade é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal, em seu artigo 3º, IV.

A CLT em seu artigo 392-A, o direito da licença-maternidade para mães adotivas, nos mesmos moldes das mães biológicas concedendo um prazo de 120 dias de licença-maternidade, tal inovação foi muito elogiada pela doutrina, segundo Valentin Carrion (2010, p. 299):

Se o que pretende a lei, com a licença-gestante, é que mãe e filho tenham um contato e uma integração maior nos primeiros dias de vida da criança, a adoção também é a chegada de um novo ser para um relacionamento mãe e filho que se inicia. Nada mais justo que tenham o mesmo direito da mãe biológica.

Além da licença-maternidade a adotante também tem direito ao salário-maternidade pago pelo INSS em iguais condições da gestante como expõe Adilson Sanchez e Victor Hugo Xavier (2010, p 233):

O salário-maternidade é devido à segurada da previdência social que adotar ou obtiver guarda judicial. Quando houver adoção ou guarda judicial para adoção de mais de uma criança, é devido um único salário-maternidade relativo à criança de menor idade, observando que, no caso de empregos concomitantes, a segurada fará jus ao salário-maternidade relativo a cada emprego.

No caso das gestantes o salário-maternidade poderá ser requerido por esta durante o prazo de cinco anos, a contar da data do nascimento do filho, sendo cabível revisão do ato de concessão no prazo de dez anos, a partir do recebimento da primeira prestação. Como nada se fala sobre o prazo que a mãe adotiva terá

para requerer o salário-maternidade, aplicasse analogicamente o mesmo período de cinco anos estabelecidos para as gestantes.

## 2.5 LICENÇA-PATERNIDADE

No artigo 7º, XVIII e XIX, a Constituição Federal garante a mãe e ao pai respectivamente o direito à licença-maternidade e licença-paternidade, no entanto a Constituição não estabeleceu o período de licença que será deferida ao pai. O período de licença que o pai tem direito só é mencionado no artigo 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, onde fica provisoriamente estabelecido o prazo de 05 (cinco) dias para a licença paternidade.

Alexandre Magno Borges Pereira Santos, Costa Machado e Anna Candida da Cunha Ferraz (2012, p. 1184) ao falar da licença-paternidade a conceitua como:

A licença-paternidade é benefício trabalhista concedido ao empregado que se torna pai. Consiste em um repouso remunerado, cuja finalidade é proporcionar ao pai um período para dedicar atenção especial ao filho (ou filha). Há de se entender que também é devido o benefício quando a família adota uma criança.

A normatização elencada no artigo 10, § 1º dos ADCT, não é a única relacionada com o assunto. Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, era o artigo 473, III, CLT, quem previa o prazo de licença-paternidade, sem prejuízo a remuneração, de um dia, que deveria ser desfrutado na primeira semana de vida do bebê. Tal dispositivo foi revogado pela Constituição Federal. Valentin Carrion (2010, p. 397) comenta sobre a mudança desse instituto:

A nova licença-paternidade, apesar de não dizê-lo expressamente, absorve o anterior, mais restrito (um dia), e pelas suas óbvias finalidades também assimila sua proximidade com a primeira semana que se segue ao nascimento.

Essa ampliação da licença-paternidade vai ao encontro da maior responsabilização do homem pelo evento da procriação. Nesse aspecto, a mulher deixou de ser vista como a única responsável biológica e social pelo evento da maternidade. A esse respeito, convém ressaltar a Recomendação nº. 165, de 1981,

da Organização Internacional do Trabalho sobre trabalhadores com encargos de família. A Recomendação, nos termos de seu item 1, aplica-se a homens e mulheres trabalhadores com responsabilidades com relação a seus filhos dependentes e com responsabilidades por outros membros de sua família imediata que precisam de seus cuidados ou apoio.

É direito de todos trabalhadores, sejam eles urbanos, rurais ou domésticos a licença-paternidade no prazo estabelecido pelo artigo 10, § 1º, dos ADCT, esse instituto tem como objetivo a ausência remunerada do trabalhador no emprego desde o nascimento do seu filho, para que possa dar assistência e prestar cuidados à sua esposa e ao seu filho.

Fica responsável o empregador pelo pagamento da remuneração de seu empregado durante o período da licença-paternidade, pois o trabalhador ausentará do trabalho tanto todas suas faltas justificadas.

Existe uma celeuma jurídica a cerca da licença-paternidade, uns entendem que a licença-paternidade deveria ser computada como dias corridos, outros que a licença-paternidade deveria ser computada como dias úteis, de acordo com a Instrução Normativa SRT nº. 1/88, a disposição constitucional ampliou deficiência legal do artigo 473, III, CLT, de um dia para cinco dias de licença, que assim permanecerá até o surgimento de uma norma que regule o instituto da licença-paternidade. Sendo assim, entende-se que o prazo da licença-paternidade computa os dias correspondentes aos úteis de trabalho, podendo o empregado deixar de comparecer no trabalho em virtude da licença sem prejuízo salarial.

Caso o filho do empregado venha a nascer durante o período que este esteja gozando de férias, a finalidade da licença-paternidade que é a assistência ao seu filho recém-nascido e a sua esposa estará atingida, não sendo cabível, no entanto a concessão da licença-paternidade ao empregado após o retorno ao trabalho.

Para que o empregado tenha direito a licença-paternidade é necessária a observância de dois requisitos: relação de emprego formal e o fato do nascimento do filho. O empregado deverá informar ao seu empregador do nascimento de seu filho, ficando o empregador obrigado a conceder o benefício apenas quando tiver ciência do mesmo.

Diferente do que ocorre com a licença-maternidade, o nosso, ordenamento jurídico não dá muita importância para a licença-paternidade e da mesma forma, a

doutrina pouco se interessa pelo assunto. Como geralmente quem tem a responsabilidade de cuidar da criança fica com a mulher, a licença-paternidade sempre foi colocada em um patamar de importância abaixo da licença maternidade.

Com esse período de licença-paternidade não é dado ao pai o direito de participar da formação dos vínculos afetivos com o filho recém-nascido ou adotado, devendo esses voltarem rapidamente as suas atividades laborativas. Esse período dado à licença-paternidade de cinco dias impede até que o marido der suporte a sua esposa na relação com a criança.

Esse curto prazo dado à licença-paternidade no ordenamento jurídico vem gerando muita discussão nos meios jurídicos e acadêmicos há vários casos de juízes que estão atribuindo um prazo mais elástico que o disposto no artigo 10º, § 1º, dos ADCT, pois entendem os magistrados que são insuficientes o prazo estabelecido por aquele, gerando certo desconforto entre os juristas. Por esse motivo já existem dois projetos de lei acerca da licença-paternidade.

O primeiro é o Projeto de Lei nº. 3.935/2008, de autoria da Senadora Patrícia Saboya que está tramitando no congresso tem como proposta aumentar de cinco dias para quinze dias o prazo da licença-paternidade, para que o pai possa dar assistência necessária a sua esposa e seu filho, sendo também garantida ao empregado uma estabilidade de trinta dias após seu retorno ao trabalho.

O Projeto de Lei também garante ao empregado pai em caso de doença, abandono ou morte da mãe o restante da licença-maternidade que esta iria usufruir, com o objetivo de proteger a criança e dar-lhe maior assistência. Caso o tal PL seja aprovado serão acrescentados na Consolidação das Leis Trabalhistas os artigos 473-A a 473-C, que irão regulamentar a licença-paternidade, os artigos terão sua redação da seguinte forma:

Art. 473-A. A licença-paternidade é fixada em 15 (quinze) dias consecutivos, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 1º A licença-paternidade inicia-se na data do nascimento da criança e independe de autorização do empregador, bastando a simples notificação do fato acompanhada, obrigatoriamente, de cópia da certidão de nascimento.

§ 2º A licença-paternidade não prejudica o disposto no art. 473, inciso III, desta Consolidação.

§ 3º Na hipótese da licença-paternidade ocorrer durante o período de gozo das férias, o seu início será contado a partir do primeiro dia útil após o seu término.

§ 4º Se a licença-paternidade for requerida em período inferior a 15 (quinze) dias, contados do início do gozo de férias, prorroga-se a concessão das férias para o primeiro dia útil após o término dessa licença.

Art. 473-B. É vedada a dispensa imotivada do empregado pelo prazo de 30 (trinta) dias após o término da licença-paternidade.

Art. 473-C. A licença-paternidade é direito do pai adotante, podendo ser exercida mediante a simples comunicação do fato, acompanhada da certidão de nascimento ou de documento oficial de adoção, independentemente da idade do adotado.

O segundo Projeto de Lei acerca da licença-paternidade é o 901/11, de autoria da Deputada Federal Erika Kokay, que está tramitando na Câmara dos Deputados Federais esperando decisão. O Projeto de Lei visa alterar o Programa Empresa Cidadã, concedendo uma prorrogação de trinta dias para a licença-paternidade, de acordo com a autora do projeto.

O principal objetivo do referido Projeto de Lei é proporcionar que o pai esteja mais próximo do recém-nascido e da mãe, dando-lhes assistência mais intensiva *in loco* durante o primeiro mês de vida de seu filho, a empresa que der essa prorrogação da licença-paternidade ao seu empregado será beneficiada na dedução do imposto de renda na totalidade da remuneração do empregado que saiu de licença.

O Projeto Lei 901/11 irá acrescentar na Lei nº. 11.770/08 (lei do Programa Empresa Cidadã) os §§ 3º e 4º, ao art. 1º, e art. 5º-A, e dará nova redação aos artigos 3º, 4º, e 5º dessa lei. Sendo aprovado o Projeto de Lei 901/11 a redação da Lei nº. 11.770/08 terá no seu corpo as seguintes mudanças:

O art. 1.º: [...]

§ 3º É facultado ao pai, desde que exerça sua função em empresa participante do programa, requerer a ampliação da licença-paternidade de 30 (trinta) dias, observado o disposto nos arts. 3º e 4º.

§ 4º O período de 30 (trinta) dias poderá ser concedido pelo prazo de até 6 (seis) meses a contar do dia do nascimento, desde que o empregado a requeira até o final do primeiro mês após o parto.

Art. 3º Durante o período de prorrogação da licença-maternidade ou da licença-paternidade, a(o) empregada(o) terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral de Previdência Social.

Art. 4º No período de prorrogação da licença-maternidade ou da licença-paternidade de que trata esta Lei, a(o) empregada(o) não poderá exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Parágrafo único. Em caso de descumprimento do disposto no caput deste artigo, a(o) empregada(o) perderá o direito à prorrogação.

Art. 5º A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da(o) empregada(o) paga nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade ou dos 30 (trinta) dias de prorrogação de sua licença-paternidade, vedada a dedução como despesa operacional.”

art. 5º-A:

As pessoas jurídicas tributadas com base no regime de lucro presumido e as optantes pelo Simples Nacional, criado pela Lei Complementar n.º 123,

de 14 de dezembro de 2006, que aderirem ao Programa Empresa Cidadã, farão jus, nos termos de regulamentação emitida pela Secretaria de Receita Federal do Brasil, a crédito tributário no valor total da remuneração integral da(o) empregada(o) paga nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade ou nos 30 (trinta) dias de sua licença-paternidade a ser utilizado exclusivamente para dedução da parcela de tributos recolhidos a título do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da COFINS.

Mesmo com o oferecimento destes projetos de lei, o legislador continua omissos em relação ao instituto da licença-paternidade, necessitando ainda tal instituto de regulamentação específica, para que atenda a todas as necessidades sociais da licença-paternidade.

### 3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Todo Estado Democrático de Direito tem como um de seus princípios basilares o da isonomia ou igualdade. É necessário que o Estado primeiramente considere todos iguais perante a lei para que o mesmo garanta os demais direitos e garantias fundamentais.

O princípio da isonomia abrange todos os ramos do direito, regularizando suas relações tanto no âmbito formal como material. No Direito do Trabalho não é diferente, em relações trabalhistas são regidas pela máxima igualdade de tratar os iguais igualmente e os desiguais na medida de suas desigualdades.

#### 3.1 EVOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS

No início os princípios tinham apenas extensão meramente ética, axiológica, sem aplicabilidade direta ou imediata. Com o passar do tempo passaram a exercer um patamar de norma jurídica, tornando-se estes cada vez mais importantes nos ordenamentos jurídicos.

Foi a partir da dogmática moderna que se elencou os princípios e as regras como categorias das normas em geral e das normas constitucionais. Desde então os juristas começaram a dar uma atenção maior aos princípios. Daí em diante passou a se diferenciar os princípios das regras. Para Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2008, p.337), “as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios tem maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações”.

Foi a partir das distinções qualitativa e estrutural envolvendo os princípios e as regras, que a dogmática moderna constitucional venha a superar o positivismo legalista, onde se entende que as normas seguem as regras jurídicas, tornando a Constituição em um ordenamento acessível de princípios e regras porosos a valores jurídicos suprapositivos, onde se observa como ideia principal é a de justiça e consumação dos direitos e garantias fundamentais.

Toda essa evolução dos princípios ocorreu graças aos estudos de Ronald Dworkin que mais tarde foram ampliados por Robert Alexy. Ronald Dworkin (2007, p. 24-26) tinha como principal propósito a diferenciação dos princípios das regras, para o renomado jurista existiam duas diferenças fundamentais a primeira era:

A diferença entre princípios e regras é uma distinção lógica. Ambos os tipos de standards apontam para particulares decisões sobre deveres jurídicos em circunstâncias particulares, mas eles se diferem quanto ao modo de dirigir a decisão. As regras são aplicáveis à maneira de um tudo-ou-nada (all-or-nothing fashion). Se os fatos que a regra prevê se verificam, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela dá deve ser aceita, ou ela não é válida, e neste caso ela não contribui nada para a decisão” (Dworkin, op. cit., p. 24); “Tudo o que se quer dizer , quando dizemos que um particular princípio é um princípio do nosso direito, é que o princípio é algo que as autoridades devem considerar, se for relevante, como uma consideração que inclina em uma direção ou noutra (DWORKIN, 2007, p. 26).

A segunda diferença é determinada pela primeira para Dworkin os princípios são providos de uma dimensão não encontrada nas regras, que ele nomeou de “dimensão de peso ou importância”, ou seja, quando um princípio colide com outro, o conflito entre eles deve ser resolvido ponderando o peso relativo de cada um, diferentemente do que ocorre caso duas regras colidem entre si, por não ter essa dimensão de peso, uma das regras não poderá ser considerada válida em decorrência do conflito.

Ao analisar o estudo de Dworkin a cerca do positivismo e os princípios na sua obra, pode-se concluir que muitos princípios são atrelados como direito e devem ser apreciados por juízes e juristas, observa-se também que as regras não são exaustivas do direito. A se ver em meio a estes casos de difíceis resoluções, onde não se verifica uma regra clara o magistrado poderá se vincular aos princípios para resolver a questão judicial. Dworkin entende que as decisões judiciais deviam ser decisões de princípios, como elenca em sua obra “Levando o Direito a Sério”, “Proponho... a tese de que as decisões judiciais em casos civis, mesmo em casos difíceis..., caracteristicamente são e deveriam ser geradas por princípio e não por política” (2007, p.84).

Robert Alexy tem sua base teórica na obra de Ronald Dworkin, atacando o Positivismo sobretudo no que se refere ao modo de que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que Dworkin vinha a chamar de

princípios. Contudo Alexy precisou ir mais além a seu conceito de princípios em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2008, p. 143):

Os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado através de princípios e regras que jogam em sentido contrário.

Foi analisando o Tribunal Constitucional Alemão que Alexy pode observar a tensão causada pela colisão entre os princípios e chegar à conclusão que esses conflitos entre princípios não se resolve com julgamento imediato do predomínio de um sobre o outro, segundo Alexy (2008, p. 145):

Toda colisão entre princípios pode se expressar como uma colisão entre valores e vice-versa... Princípios e valores são, portanto o mesmo, perspectivado em um caso sob um aspecto deontológico, e no outro sob um aspecto axiológico. Isto mostra com clareza que o problema das relações de prioridade entre princípios corresponde ao problema de uma hierarquia de valores.

Para Robert Alexy os princípios não determinam de forma direta as consequências normativas como fazem as regras, pois aqueles possuem uma dimensão de peso como elencava Ronald Dworkin. Acredita Robert Alexy que somente com a aplicação dos princípios aos casos concretos que podemos concretiza-los mediante regras de colisão. Sendo assim podemos observar que a aplicabilidade dos princípios segundo Alexy deve ser vista sucessivamente com uma cláusula de reserva a ser definida caso outro princípio não tenha maior peso, observado o caso concreto.

Foi a partir dessa concepção que surgiu a definição dos princípios como elementos de otimização, que são aplicáveis em diversos graus de acordo com as possibilidades normativas e fáticas, na esfera normativa pode-se verificar a atuação dos princípios como elementos de otimização, pois a aplicabilidade dos princípios depende das regras e dos próprios princípios que a eles compõem. Já na esfera fática, a definição de princípios como elementos de otimização é aplicável, pois o teor dos princípios, como normas de condutas, só serão determinados quando perante aos fatos.

Outros grandes doutrinadores do Direito se expuseram a falar sobre os princípios enquanto elementos de otimização na aplicação do direito no caso concreto tais como Norberto Bobbio na sua obra “Teoria do Ordenamento Jurídico” e Ruy Samuel Espíndola em “Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada”. Para ambos os autores os princípios tem força normativa, Bobbio (1999, p. 158 e 159) conceitua os princípios como:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas?

Já para Espíndola (1998, p. 55) os princípios são:

Normas jurídicas, possuindo, assim, positividade, vinculatividade, caráter obrigatório e que comportam eficácia positiva e negativa sobre comportamentos, contribuindo para a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.

Superada a etapa em que se descobriam os princípios como elemento normativo, foi na pós-modernidade que se reconheceu a eficácia normativa dos princípios, quando foi dado aos princípios uma maior densidade normativa. Na pós-modernidade os princípios passavam ser instrumentos normativos mais flexíveis e acessíveis à subjetividade do jurista.

Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2008, p.340) nos proporciona a seguinte definição de princípios:

Destacam-se os princípios como normas que identifiquem valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são valores. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são fins públicos.

Como os princípios possuem um, maior peso valorativo, um fundamento ético, possui uma decisão relevante politicamente falando, e recomendam um determinado rumo a seguir, pode ser que surja, por nossa esfera jurídica ser pluralista, outros princípios que tenham decisões, fundamentos e valores diferentes, ocasionando uma colisão entre eles, como não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Mesmo com o entendimento comum de que há princípios mais importantes que outro, não há hierarquia de um sobre o outro.

Caso ocorra essa colisão dos princípios o jurista levando em consideração o caso concreto deverá fundamentar sua decisão: Havendo uma colisão, por exemplo, entre a livre iniciativa e a intervenção estatal, entre o direito de propriedade e a sua função social etc., o aplicador do direito deverá aplicar o princípio que mais se aproxima do justo, mediante a ponderação entre eles.

George Marmelstein Lima se posicionou a favor da inexistência da hierarquia entre os princípios expondo:

Do ponto de vista jurídico, é forçoso admitir que **não há hierarquia entre os princípios constitucionais**. Ou seja, todas as normas constitucionais têm igual dignidade; em outras palavras: não há normas constitucionais meramente formais, nem hierarquia de supra ou infra-ordenação dentro da Constituição, conforme asseverou CANOTILHO. Existem, é certo, princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso é correto dizer que há hierarquia normativa entre os princípios constitucionais. Com efeito, como decorrência imediata do princípio da unidade da Constituição, tem-se como inadmissível a existência de normas constitucionais antinômicas (inconstitucionais), isto é, completamente incompatíveis, conquanto possa haver, e geralmente há, tensão das normas entre si.

Tendo em vista o que foi apresentado é límpido o entendimento de que os princípios têm eficácia normativa, sendo deixada de lado a concepção de que os mesmos só possuem um aspecto meramente axiológico, ético, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. Tal conclusão mudou consideravelmente o entendimento sobre o Direito superando a dogmática jurídica tradicional, que defendia a objetividade do Direito e a neutralidade do intérprete.

A evolução do pensamento jurídico, e a superação da dogmática jurídica tradicional que muito foi marcada pelo aumento da importância dada aos valores, vão ao encontro do pós- positivismo, onde se pode vislumbrar um

pensamento que vai além do estrito legalismo, sem, no entanto ter de recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo.

### 3.2 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia ou da igualdade (como é mais conhecido) foi utilizado pela primeira por Clístenes, o pai da democracia Ateniense, cerca de 508 a.C., em Atenas na Grécia antiga. Contudo, sua igualdade não abarcava a todas as pessoas de Atenas, mas sim apenas os cidadãos, ou seja, apenas homens que tivessem mais de 25 anos e assim filho de pais e mães atenienses, ficando num grupo de excluídos as mulheres, as crianças, os estrangeiros e os escravos. Foi então a partir de 1215, d.C. quando o Rei João sem Terra assinou a Magna Carta Britânica, que passamos a observar o princípio da igualdade de uma maneira mais próxima do que temos nos dias atuais. Na ocasião ao assinar a Magna Carta o Rei João sem Terra inicia a Monarquia Constitucional, originando-se também o princípio da legalidade, com intuito de resguardar os direitos dos burgos.

Assim como os demais direitos de primeira geração a igualdade foi tratada pela escola positiva do Direito com um olhar meramente formalista de seu conteúdo, pois como já expresso no trabalho, a escola positiva do Direito se esmerava em estudar o texto “frio” da lei, não elaborando nenhuma interpretação valorativa sobre o direito em questão. Por esse motivo que o princípio da isonomia se distanciava cada vez mais da realidade social e política da população, pois os cidadãos só eram iguais perante a lei na teoria, não de fato.

O princípio da isonomia teve sua constitucionalização verificada após o surgimento do Estado Moderno, sobretudo, em documentos instituídos após as revoluções feitas pela burguesia no final do século XVIII. As constituições dos séculos XIX e XX foram bastante influenciadas pelos estudos feitos na esfera do Direito durante aquele período.

Foi nos Estados Unidos da América e na França que o princípio da isonomia teve seu primeiro aspecto, onde tratava da igualdade de todos perante a lei valendo-se de uma construção jurídico-formal visando extinguir privilégios existentes entre as classes mais ricas.

Depois do surgimento do Capitalismo e o fim da Revolução Francesa, houve um grande acúmulo de renda por parte da burguesia industrial que cada vez mais enriquecia com a expansão do mercado internacional, enquanto a classe trabalhadora vivia na miséria. Nessa situação o princípio da igualdade nunca era obedecido quando um empregador e o seus empregados negociavam o salário ou a jornada de trabalho. Ficando a igualdade somente no campo de estudo.

Essa igualdade formal pregada pelos burgueses e seu Estado liberal na constituição de um Estado, eles acreditavam que a simples introdução da expressão “todos são iguais perante a lei” era suficiente para garantir a liberdade aos cidadãos. No entanto isso não foi observado como bem afirma Guilherme Machado Dray (1999, p. 332):

O princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde em virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis.

Com o passar do tempo foi-se concluindo que a igualdade meramente formal, não era por si só capaz de restringir as injustiças e discriminações causadas às classes mais humildes. Foi a partir da constatação que a simples implementação do princípio da isonomia não era satisfatória para tornar acessível às oportunidades de que a classe alta gozava para todos os cidadãos, que se estendeu a necessidade de uma materialização do conceito de igualdade, de uma maneira que seja avaliado cada caso concretamente de uma forma que identifique qual tratamento é mais adequado para evitar as desigualdades causadas pela própria sociedade.

O surgimento do Estado Social de Direito, ocasionou o rompimento do pensamento do princípio da isonomia formal e imposição da apreciação dos casos concretos como forma de garantir a proteção e defesa dos direitos daqueles que por si só não podem garantir seus interesses, correndo o risco de sofrer com discriminação e desigualdades sociais, como forma de promover a justiça social.

A sociedade evoluiu tanto nos conceitos como nas exigências, de modo que se viu necessário o surgimento de uma igualdade real com o objetivo de extinguir as desigualdades, adotando políticas sociais positivas, e não apenas com caráter repressor, tratados em sede de ação afirmativa ou discriminação positiva. A não interferência do Estado nas relações sociais antes defendida pelo Liberalismo passa

a ser abandonada por este, que passa a atuar positivamente na materialização do princípio da igualdade compreendido nas constituições.

Observou Roger R. Rios (2002, p.38):

Neste sentido negativo, a igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, seja quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas.

Essas ações afirmativas utilizadas para tornar eficaz o princípio da isonomia trazem consigo um Estado mais atuante, mas sem arbitragem, sendo a interferência do Estado justificada para que se consiga uma justiça social, conseqüentemente melhorando o padrão de vida da população desenvolvendo assim sua economia, pois países que discriminam sua população deixando a margem certos grupos, perdem um poder de consumo, estagnando a economia e o desenvolvimento do país.

### 3.3 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O princípio da isonomia ou igualdade foi exposto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, *caput*, I, que assim dispõe:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Elencado no art. 5º, *caput*, I da Constituição Federal, o princípio da isonomia é considerado um dos princípios mais abrangentes do ordenamento jurídico, sendo dele que decorrem princípios como a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, a proibição ao racismo, o princípio da isonomia tributária.

O princípio da isonomia ou igualdade é a base fundamental para se ter um estado republicano e democrático. Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 113) define a importância do princípio da igualdade para a Constituição Federal:

A igualdade é a regra de ouro, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais. Regra de ouro no sentido de mandamento nuclear de todo o produto constitucional legislado, pois todas as demais prescrições desta Constituição convergem-se a ela.

Consiste o princípio da isonomia em dar tratamento igual aos que se encontra em situações iguais e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, mas na medida da sua desigualdade. Essa premissa foi primeiramente exposta por Aristóteles na Grécia Antiga, e coube a Ruy Barbosa a tarefa de disseminar no Brasil tal máxima. O pensamento de Aristóteles sobre a isonomia foi tão perspicaz que é atual até hoje, sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência esse posicionamento.

Por entender que o princípio da isonomia tem como sua razão nas palavras de Aristóteles “a igualdade consiste em aquinhoar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade”, o mesmo não proíbe tratamento diferenciado entre pessoas que estão em situações adversas, não podendo essa discriminatória ocorrer de forma arbitrária.

A igualdade elencada no inciso I, do art. 5º, da Constituição Federal busca eliminar as discriminações e desigualdades existentes entre homens e mulheres. Tal dispositivo proíbe toda discriminação em razão do sexo, sendo assim em qualquer meio social, profissional, político e comunitário, homens e mulheres devem gozar dos mesmos direitos, garantias, deveres e obrigações, não importando a natureza, pública ou privada.

O princípio da igualdade também pode ser vislumbrado em outros dispositivos da Carta Magna de 1988, como por exemplo, o artigo 4º, inciso VIII, CF, que repudia o racismo, rejeitando qualquer espécie de discriminação, de preconceito entre raças, o art. 5, VIII, que trata da igualdade de religiões, o art. 7º, inciso XXXII, CF, trata da igualdade trabalhista entre outros dispositivos que podemos encontrar o princípio da isonomia na Constituição Federal.

Observa-se quanto à igualdade é importante no âmbito do direito constitucional, quando observamos que são vários os dispositivos nos quais podemos vislumbrar tal princípio. No entanto, como já foi expresso, anteriormente mesmo o princípio da igualdade tendo cunho constitucional, o mesmo não impede que uma lei estipule um tratamento diferenciado entre pessoas de grupos sociais distintos, de sexos diferentes, que tenham condições econômicas adversas, com

idades diversas etc., o que não se permite como já falamos anteriormente é que esse tratamento diferenciado ocorra de forma arbitrária, desrespeitando a razoabilidade, ou seja, o princípio da isonomia não veda a desigualdade entre pessoas aplicada pela lei, desde que haja razoabilidade para tal desigualdade.

Acerca dessa desigualdade razoável, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p.110-111), comentam sobre o tratamento discriminatório em concurso público:

O princípio da igualdade não impede tratamento discriminatório em concurso público, desde que haja razoabilidade para a discriminação, em razão das exigências do cargo. Restrições como estabelecimento de idade mínima e máxima, previsão de vagas exclusivamente para determinado sexo (concurso para cargo de agente penitenciário restrito às mulheres, numa prisão feminina, por exemplo) e outras podem ser previstas em concursos públicos, desde que as peculiaridades das atribuições do cargo justifiquem.

Vale salientar que essa possibilidade de um tratamento discriminatório nos concursos públicos só será aceita se estiver prevista em lei, não sendo o edital do concurso legitimado para estabelecer tal possibilidade de discriminação, pois como se trata a igualdade de um princípio constitucional, é imprescindível que a lei autorize que se elenque no edital um tratamento discriminatório.

Além de garantir a igualdade entre os cidadãos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o princípio da isonomia surgiu também com o objetivo de limitar as ações do legislador, do intérprete (autoridade pública) e do particular.

O princípio da igualdade limita a atividade legislativa proibindo que o legislador elabore normas com caráter discriminatório, abusivo, ilícito e arbitrário, não podendo o legislador criar normas contrárias ao princípio da isonomia. Se assim o fizer, esta norma será submetida ao controle de constitucionalidade, e será dada como inconstitucional. A essa vedação dada ao legislador de utilizar a norma para impor um tratamento discriminatório entre iguais, a doutrina chama de igualdade na lei, que consiste em a norma desconhecer distinções entre os indivíduos, com exceção das distinções autorizadas pela constituição.

Já o intérprete ou autoridade pública está submetido à limitação dada pela igualdade perante a lei, ou seja, são proibidos de que na realização de uma ordem jurídica, eles deem um tratamento diverso a quem a lei considera como iguais, como por exemplo, um juiz nunca poderá executar atos normativos que criam desigualdade. Cabe ao magistrado acabar com as arbitrariedades dos litígios e não

promovê-las. É por isso que os Tribunais estão uniformizando suas jurisprudências na esfera constitucional e infraconstitucional, para que os juízes de primeiro grau não cometam discriminação nos litígios.

A limitação dada ao particular pelo princípio da igualdade consiste naquele não conduzir sua conduta de uma forma que venha discriminar outros indivíduos, por meio do racismo, preconceitos etc., podendo ser responsável civil e penalmente, tendo por base a Constituição e leis em vigor.

José Afonso da Silva (1999, p. 221) considera sob uma visão da função jurisdicional o preceito constitucional do princípio da igualdade como um direito fundamental do cidadão:

A igualdade perante o Juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissoluvelmente ligada à democracia. O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

O princípio da isonomia não repercute somente no âmbito do Direito Constitucional, repercutindo também no ramo do Direito Processual Civil, como elenca Nelson Nery Junior (1999, p. 42):

O Artigo 5º, caput, e o inciso n. I da CF de 1988 estabelecem que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do artigo 125, n. I, do CPC, teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

A Constituição Federal trás em seu escopo exceções ao princípio da igualdade. São casos de exceções ao princípio da isonomia estabelecidas na Constituição Federal as imunidades parlamentares, as prerrogativas de foro *ratione muneris* para certos agentes políticos, o exercício de alguns cargos públicos somente por brasileiros natos entre outros.

Outra exceção ao princípio da igualdade ocorre quando são dados certos privilégios à entidade estatais e em nome do interesse público. Estes, expostos em leis e na Constituição, não violam o princípio da isonomia. O Supremo Tribunal

Federal (RF, 201:118) se posicionou de maneira favorável a aplicação de certos privilégios a administração pública direta e indireta:

A igualdade perante a lei que a Constituição Federal assegura brasileiros e estrangeiros residentes no País, não compreende a União e as demais pessoas de direito público interno, em cujo favor pode a lei conceder privilégios impostos pelo interesse público sem lesão à garantia constitucional.

A Constituição no *caput* do artigo 5º trata da figura dos estrangeiros residentes no Brasil, dando a estes igualdades perante os brasileiros em relação aos direitos fundamentais, ou seja, os estrangeiros residentes no país gozam dos mesmos direitos fundamentais que os brasileiros.

A exclusão dos estrangeiros não residentes do texto constitucionais, não implica em dizer que estes possam ser discriminados, pois os estrangeiros que estão em trânsito no país possuem os mesmo direitos e garantias fundamentais dos residentes obedecendo as declarações universais e americanas de direitos humanos das quais o Brasil é signatário, ambas colocam o ser humano em uma dimensão supranacional, dando-lhe o direito de ter um mínimo de respeito e tratamento condigno.

Pode-se dizer que o princípio da isonomia é uma norma revestida de autoaplicabilidade, não sendo assim suscetível de regulamentação ou de uma complementação normativa.

Conclui-se, portanto, que o princípio constitucional da igualdade, exposto no artigo 5º, da Constituição Federal, traduz-se em norma de eficácia plena, cuja exigência de indefectível cumprimento independe de qualquer norma regulamentadora, assegurando a todos, indistintamente, independentemente de raça, cor, sexo, classe social, situação econômica, orientação sexual, convicções políticas e religiosas, igual tratamento perante a lei, mas, também e principalmente, igualdade material ou substancial.

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal assegura mais do que uma igualdade formal perante a lei, mas, uma igualdade material que se baseia em determinados fatores. O que se busca é uma igualdade proporcional porque não se podem tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais.

## 4 EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE PARA PAI SOLTEIRO

A família monoparental composta pelo pai solteiro e seu filho é reconhecido pela Constituição Federal como entidade familiar nos termos do §4º, do artigo 226 da mesma, e sendo assim gozam da proteção do Estado.

Contudo, no que se refere à licença-paternidade o Estado não dá a atenção adequada a família composta pelo pai solteiro e seu filho, disciplinando esta de maneira geral, o que é um erro, pois, por se tratar de uma instituição delicada merece uma atenção maior.

Vendo esta necessidade a doutrina e a jurisprudência já se posicionam a favor de uma extensão da licença-maternidade ao pai solteiro, tentando suprir a omissão cometida pelo legislativo, o que se releva muito justo, levando em consideração que, tendo apenas o pai, necessária se faz da presença deste na vida do filho seja mais constante e afetiva, dando ao mesmo o afago e atenção que falta pela ausência de uma mãe.

### 4.1 DA FAMÍLIA MONOPARENTAL

A família monoparental é regulamentada no artigo 226, § 4º da Constituição Federal, que expõe:

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

[...]

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

Esse tipo de entidade familiar vem se tornando cada vez mais comum na sociedade, isso, graças ao desvanecimento do patriarcalismo que ocorreu depois da edição do artigo 226, § 5º, que colocou homens e mulheres no mesmo patamar de igualdade em relação aos direitos e deveres na sociedade conjugal. A forte inclusão da mulher no mercado de trabalho também é outro motivo para a proliferação crescente da família monoparental na sociedade, pois a independência da mulher te

deixa mais livre para lançar mão de um casamento arruinado e cuidar da sua família sozinha.

Para Maria Helena Diniz (2002, p. 11) a família monoparental conceitua-se como:

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da ideia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão de viuvez, separação, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente, etc.

A família monoparental pode ser originada através da morte de um dos genitores, do divórcio ou separação de fato ou corpos entre os pais. A adoção feita por uma pessoa solteira é outra forma de se constituir uma família monoparental. Também podem ser consideradas como família monoparental, as famílias constituídas por um parente que não é um dos genitores como, por exemplo, um tio ou um dos avós passa a ser os responsáveis pelos seus sobrinhos e netos respectivamente, e as relações entre uma pessoa que não é parente, mas constituem um convívio com uma criança ou adolescente sob o instituto da guarda. Percebe-se que a família monoparental configura-se na existência de diferença de gerações entre seus membros, não podendo haver relacionamento de ordem sexual entre eles.

Não se pode confundir a família monoparental com a família parental ou anaparental, que Maria Berenice Dias (2011, p. 213) conceitua como:

Quando inexistente hierarquia entre gerações e o convívio não dispõe de interesse sexual, o vínculo familiar que se constitui é de outra natureza: chama-se família parental ou anaparental. O exemplo é a família constituída pelos irmãos, se ocorre, por exemplo, a morte dos genitores.

Por ser uma entidade relativamente nova, pairam ainda algumas dúvidas acerca de direitos a serem concebidos a família monoparental. Uma dessas dúvidas está relacionada à licença-paternidade, pois ainda não é unânime a doutrina e a jurisprudência sobre quanto tempo deve durar a licença paternidade quando um homem solteiro adota uma criança. Mesmo sendo é disciplinada pela Constituição Federal, não há na legislação ordinária regulamentação alguma a cerca da família monoparental.

Contudo, a reconhecimento feita pela Constituição à família monoparental foi de suma importância como bem elenca Jonábio Barbosa dos Santos e Morgana Sales da Costa Santos (2008, p. 122-123):

A importância desta posituação é imensa. Através dela o fenômeno monoparental deixou o mundo fático para adentrar no mundo jurídico. Com isso, a família monoparental ganhou a “especial proteção do Estado”. Mesmo assim, seu reconhecimento na Carta Magna foi uma evolução legislativa, com o fim de adequar a realidade a este fenômeno tão significativo. Embora a legislação ordinária não tenha acompanhado tal iniciativa, a proteção decorrente do texto constitucional prova o interesse em combater a discriminação e o preconceito e auxiliar a integração dos membros dessas famílias à sociedade.

Essa “especial proteção do Estado” elencada pelos autores é muito necessária quando se fala de família monoparental, pois esta possui uma estrutura bastante frágil, por se tratar de situação em que as obrigações paternas e maternas são assumidas por uma só pessoa que carrega sozinha os encargos de cuidar dos filhos e das despesas do lar. Portanto, é necessário que o Estado atenda as particularidades existentes nesse instituto, através de políticas públicas que amenizem as dificuldades próprias dessa situação singular em que um pai ou mãe assume as atribuições dos dois.

## 4.2 DA ADOÇÃO

A adoção era um instituto que tinha como objetivo apenas a satisfação da família adotante, sendo deixados de lado os interesses do adotado. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e Adolescente, passou a ponderar o princípio de proteção à criança, com isso difundiu o pensamento de apreciar o interesse da criança ou adolescentes na adoção, e não mais os interesses dos adotantes.

Foi superelevando o interesse do adotado que o ECA possibilita a adoção para qualquer pessoa com mais de dezoito anos, independentemente do estado civil e sexo. Podendo, desta forma, adotar uma criança ou adolescente desde que haja uma diferença entre o adotante e o adotado de dezesseis anos de idade, homem e mulher solteiros formando assim uma família monoparental.

#### 4.2.1 Evolução do Instituto da Adoção

O instituto da adoção tem sua origem no Direito Romano, os romanos procuravam na adoção fugir da “extinção” de sua família, pois quando a família não podia ter filhos naturais, a adoção era a única saída para que o nome da família perpetuasse, essa imortalização do nome de família era para os romanos uma necessidade material dos que morriam.

Existiam dois tipos de adoção em Roma, a adoção propriamente dita (*datio in adoptionem*) e a adoção ad-rogação (*arrogatio*). A adoção propriamente dita consistia na *alieni juris*, ou seja, era preciso que o magistrado processasse primeiramente a extinção do pátrio poder do pai natural, e depois passava a transferência do pátrio poder para o adotante.

Já a ad-rogação a adoção era *sui juris* e o adotante teria que adotar todos os dependentes do adotado, para que se efetivasse a adoção ad-rogação era necessário que houvesse uma intervenção do Poder Público, também se era necessário para que ocorresse tal tipo de adoção o consentimento do adotante, do adotado, e também se fazia necessário que o povo convocado pelo pontífice aprovasse a adoção. Roberto Senise Lisboa (2009, p. 258) distinguiu essas duas formas de adoção como:

No direito romano, distinguiam-se duas modalidades de integração de uma pessoa estranha a determinada família: *arrogation* e a *adoptio*. Enquanto a primeira se destinava à inserção de um estranho sem dependência de outra pessoa na família, a *adoptio* pressupunha que o estranho a ser integrado na família se achava sob o *pátrio potestas* de outrem.

Entendendo ser a adoção um instituto muito burocrático, Justiniano se viu na necessidade de simplificar tal instituto modificando-o, bastando ser necessário somente que os dois chefes das famílias comparecessem ao magistrado competente com a criança a ser adotada, daí então era lavrado o ato de adoção.

Do o advindo da Idade Média o instituto da adoção foi caído em desuso, sendo resgatado pelo Código Civil francês, com influência de Napoleão, que não

possuía filhos e vinha na adoção o meio mais eficaz da sua sucessão. Todos os outros Códigos modernos tiveram como luz para a adoção o Código Napoleônico.

A adoção era vista como um meio de transmitir o nome e patrimônio dos aristocráticos, e para incluir no seio familiar, os filhos advindos de adultério e incesto. Nos dias atuais a adoção tem como principal objetivo o bem estar da criança ou adolescente a ser adotada, sendo observado o princípio do melhor interesse da criança, pois só será permitida a adoção que realmente trouxer benefícios para o adotante.

#### 4.2.2 Adoção na Legislação Brasileira

O Código Civil de 1916 trazia em seu corpo a adoção simples, onde só podiam adotar famílias que não possuíam filhos, e o vínculo de parental se limitava ao adotante e o adotado.

Com o advento da Lei nº. 4.655/1965 surgiu a legitimação adotiva, nesta modalidade de adoção é necessária decisão judicial, que era irrevogável e cessava o vínculo de parentesco entre o adotado e sua família natural. No entanto em 1979 a Lei nº. 6.697 instituiu o Código de Menores que substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, contudo mantendo o mesmo espírito. Diferentemente da adoção simples elencada pelo Código Civil de 1916, a adoção plena estende o vínculo parental a toda família dos adotantes, desta feita que na certidão de nascimento do adotado conste os nomes dos avós, com ou sem o consentimento destes.

A Constituição Federal de 88 definiu como iguais em direitos e qualificações os filhos naturais ou não, eliminando a distinção entre adoção e filiação, repudiando qualquer discriminação entre estes, como assevera o artigo 227, § 6º da Constituição:

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

[...]

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

Com a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente o princípio da proteção integral foi realmente efetivado, pois esse passou a regularizar a adoção dos menores de 18 anos, sendo assegurados aos adotados todos os direitos concernentes aos filhos naturais, até mesmo o direito de sucessão. No entanto em relação aos adotados maiores de idade vigorava ainda o que dispunha o Código Civil de 1916, onde era feita por meio de escritura pública e promovia a discriminação em relação aos direitos sucessórios, os adotados maiores de idade só teriam direitos à sucessão se o adotante não possuísses filhos biológicos, caso os adotante tivessem filhos posteriores a adoção, teria o adotado direito apenas metade do quinhão que teria direito o filho biológico.

O Código Civil de 2002, trouxe em seu corpo dispositivos referentes a adoção de crianças e adolescentes gerando na doutrina muitas polemicas, pois o ECA era a única legislação que regulava tal instituto, mas com advento da Lei da Adoção (Lei nº. 12.010 de 2009) que delega de forma expressa ao ECA a regularização da adoção de menores. Em contra partida a adoção de maiores ficou regulariza pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.619 que assim expõe:

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 1.619 do código civil foi alterado pela Lei da Adoção com o objetivo de dar mais assistência por parte do Poder Público na adoção de maiores.

Pode-se observar ainda na esfera jurídica brasileira a adoção a brasileira ou simulada, que consiste em casais registrarem como seus filhos alheios, com o objetivo de dar um lar, em comum acordo com a mãe da criança, a expressa “adoção simulada” foi criada pelo STF ao se referir a esta forma de adoção. Mesmo consistindo em crime de falsidade ideológica, se entende pela não penalização do casal que pratica a adoção a brasileira como bem assevera Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 381):

Embora tal fato constitua, em tese, uma das modalidades do crime de falsidade ideológica, na esfera criminal tais casais eram absorvidos pela inexistência do dolo específico. Atualmente, dispõe o Código Penal que, nesse caso, o juiz deixará de aplicar a pena.

Na órbita civil o entendimento não é diferente, pois não deve haver o cancelamento do registro de nascimento, por se tratar de um tipo de adoção. Como sugere entendimento do STF no *RTJ*, 61/745 :

Adoção à brasileira. Falsa declaração de paternidade de criança abandonada. Pretensão de anulação do registro de nascimento com exclusão de filiação hereditária. Inadmissibilidade. Direito constitucional satisfeito de forma diversa que deve ser preservado, mormente quando o curso do tempo revelou ter atingido sua finalidade precípua, com a produção de efeitos jurídicos e sociais na esfera de menor, agregando-se à sua personalidade, sendo indisponível e irretratável. Prevalência do sentimento de nobreza. Direito personalíssimo do adotado que após sua perfectibilização, não pode ser anulado sequer pelo pai que efetuou o registro.

Mesmo sendo considerado um instituto de bastante relevância social, é importante salientar que a adoção só deverá ocorrer de maneira excepcional, depois de exauridas todas as formas de manter o adotante no seio de sua família natural.

#### 4.3 EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI SOLTEIRO

O período de licença-paternidade expresso no art. 10, § 1º, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, não abarca as necessidades do pai solteiro, seja ele adotante ou viúvo e do seu filho, pois este precisa de cuidados maiores nos seus primeiros dias em seu novo habitat.

Sendo necessário que para o caso específico de pai solteiro a licença-paternidade tenha uma concessão isonômica nos moldes da licença-maternidade, dilatando o prazo de cinco dias para cento e vinte dias, objetivando uma melhor adaptação da criança no seu novo seio familiar.

##### 4.3.1 Da Extensão a Licença-Maternidade ao Adotante

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 42, trás em seu corpo a possibilidade da adoção feita por homem solteiro, “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”.

Mesmo esse tipo de adoção já está largamente concretizada na lei e na realidade social brasileira, no entanto, as consequências pragmáticas da aplicação de tal direito ainda necessitam de uma grande regulamentação.

O instituto da adoção não é mais visto apenas como um instituto que só atende aos interesses do adotante, mas nos tempos atuais, os interesses do adotado são as que mais se levam em conta na adoção, e por isso é muito importante que a criança tenha um período maior com sua nova família para que se adapte melhor ao seu novo lar. Por esse motivo é altamente justificável que a licença-paternidade de pai solteiro seja acrescida no mesmo período da licença-maternidade, para que a criança possa se adaptar ao seu novo seio familiar. Esse tempo se faz necessário para que adotante e adotado estreitem seu laços afetivos, Maria Beatriz Tavares da Silva atualizando a obra de Washington de Barros Monteiro (2010, p. 475) enfatiza a importância de estreitar os laços afetivos entre adotante e adotado:

A adoção é instituto dos mais nobre e importante, que tem como principio norteador o melhor interesse da criança, o objetivo de colocar dentro de seio familiar adequando o menor que se encontra em situação, tanto na adoção de maiores quanto na de menores, tem-se em vista estreitar laços dando a esses elos afetivos.

Acerca do prazo da licença-paternidade, a normatização elencada no artigo 10, §1º, dos ADCT, é a única relacionada com o assunto. No caso de uma licença paternidade concedida ao pai que seja casado ou tenha união estável essa norma é aplicada normalmente e é concebida como satisfatória às necessidades paternas. No entanto, quando se fala em licença-paternidade concebida por pai solteiro, tal norma não atende às reais necessidades do pai e da criança, pois trata-se essa de uma modalidade distinta de licença-paternidade.

Levando em conta que é concedida a licença-maternidade de 120 dias para a adotante, é de se considerar que a não concessão da licença-paternidade de pai solteiro por 120 dias, nos moldes da licença maternidade, fere o princípio da isonomia elencado no artigo 5º, I, da Constituição Federal.

O único fato que justificava o tratamento diferenciado dado ao homem em relação à mulher era o aspecto biológico da amamentação, mais com o advento da Lei nº. 10.421 de 15 de abril de 2002, e do artigo 392-A, da CLT, que deram à adotante o mesmo direito à licença-maternidade, não há porque obedecendo ao princípio da isonomia negar a licença-paternidade de 120 dias nos casos de adoção feita por homem solteiro.

A licença-paternidade de pai solteiro com os mesmos prazos da licença-maternidade não é um benefício para o pai e sim para o filho, pois este precisa ter alguém que ajude a se acostumar com sua nova família. Nestes casos inexistente a presença materna, mais do que nunca, a criança precisa da presença do pai que deve se desdobrar para suprir tal ausência e propiciar ao infante um desenvolvimento saudável no seu novo seio familiar.

A adoção é um instituto reconhecido pela Constituição, onde repudia qualquer ato discriminatório referente à figura do adotante e do adotado, sendo vedada qualquer norma que traga em seu corpo qualquer impedimento para adoção referente à opção sexual, classe econômica, estado civil e racial.

A CLT, em seu artigo 392-A igualou a mãe adotante à biológica no que se refere à licença-maternidade, quando expõe:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do Art. 392, observado o disposto no seu § 5º.

O §5º, do qual se refere ao artigo 392-A foi vetado pela Lei nº. 10.421, de 2002, que em seus §§ 1º a 3º, tratavam de prazos diferentes para licença maternidade de acordo com a idade da criança adotada. Tais dispositivos foram revogados pela Lei nº. 12.010, de 2009, que estabeleceu um novo sistema de adoção, o qual é utilizado hoje em dia. A norma revogada ainda trazia em seu corpo o teto de 8 (oito) anos de idade da criança para a concessão da licença maternidade, o que feria o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Carta Magna que não definiu tipos diferentes de crianças ou adolescentes.

O ECA considera como criança pessoa de até doze anos de idade incompletos. Os §§ 1º a 3º revogados do artigo 392-A pela Lei nº. 10.421, de 2002, ao instituir um teto de oito anos pra a concessão da licença-maternidade agia de forma discriminatória, e qualquer discriminação por idade é vedada pelo

ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente pela Constituição Federal, em seu artigo 3º, IV.

Como a adoção passou a ser vista não somente como um instituto que trazia benefícios apenas aos adotantes, mas sim, fazendo primazia pelo melhor interesse da criança, foi pensando nisso que o legislador atribuiu à adotante o mesmo período de licença-maternidade, para que a criança se familiarize melhor com seu novo seio familiar.

Por ser fundamental para criança construir laços afetivos e sociais com a mãe adotante, se entende cabível a licença-maternidade de 120 dias. Sendo observado o princípio da isonomia, esse recebimento da licença-maternidade para a adotante, também pelas mesmas razões deve ser cabível para os adotantes solteiros, pois, por estes terem sozinhos a responsabilidade de cuidar do filho adotado, se ver necessário um período maior que os 5 dias de licença-paternidade para que a criança e o pai possam se adequarem essa nova realidade.

Analisando sob a luz do princípio da isonomia não há motivos construtivos para que o pai solteiro que adota não possa usufruir dos mesmos direitos da mãe adotante, pois o direito a licença-maternidade não é um direito somente atribuído a mulher, mas também, e principalmente, a criança, fazendo jus esta do mesmo benefício quando for adotado por um homem solteiro.

A doutrina já se posiciona a favor da extensão da licença-maternidade para o pai solteiro, consoante ensinamento de Maria Berenice Dias (2011, p.503):

Também a adotante e a guardiã fazem jus à licença-maternidade e à sua prorrogação por mais 60 dias. Nada justifica não conceder licença-paternidade e benefícios previdenciários ao adotante, já que os direitos são reconhecidos somente à adotante mulher. Aliás, como existe a possibilidade de adoção por uma única pessoa e também por casais homoafetivos, impositivo a concessão da licença independentemente do sexo do adotante.

A jurisprudência também vem se posicionando a favor da licença-paternidade de adotante solteiro nos mesmos moldes da licença-maternidade, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, concedeu licença de três meses a um pai solteiro ao adotar uma criança, a decisão tem por objetivo dá oportunidade ao pai de cuidar da filha adotada com quatro meses de vida. É o que se pode observar da ementa que segue o abaixo:

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. LICENÇA-ADOTANTE A SERVIDOR NA CONDIÇÃO DE PAI SOLTEIRO.

INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 210 DA LEI Nº 8.112/1990. 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 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. Eventual conclusão no sentido de se obstaculizar o direito à percepção da licença de 90 (noventa) dias pelo servidor implicaria manifesta ofensa ao princípio constitucional da isonomia, além da consagração de tese que, certamente, não conseguiu acompanhar a evolução da nossa sociedade.

Alguns juízes de primeiro grau também se posicionaram a favor da dilatação do período de licença-paternidade para pai solteiro adotante. Em 2008, a Justiça Federal da Bahia concedeu ao advogado Ricardo Sampaio, por ser solteiro, licença-paternidade de três meses, para que o mesmo pudesse dar os cuidados necessários ao seu filho adotivo. O advogado fundamentou seu pedido no princípio da isonomia, pois como a mãe que adotante tem direito a licença-maternidade mesmo não precisando de um período para recuperação pós-parto por ser mãe adotiva, então não existe razão para se negar o mesmo prazo para o pai solteiro adotante.

Como ainda não temos regulamentação específica para a licença-paternidade de pai solteiro, a jurisprudência é muito importante para resolver impasses de um cunho social tão relevante, analogicamente pode-se utilizar o pensamento de Friedrich Müller (2007, p. 17) ao tratar da jurisprudência constitucional:

Com especial rigor, o direito constitucional faz tomar consciência sobre a questão em torno do direito normativo e da realidade normatizada. À primeira vista já demonstra que é precisamente neste terreno que se vê a jurisprudência, ante a necessidade de recorrer a fatos empiricamente demonstráveis do mundo social, para assim apoiar a interpretação de disposições legais ou mesmo para definir o conteúdo destas.

Com posicionamento favorável da doutrina e jurisprudência acerca da extensão da licença-maternidade ao adotante solteiro, o legislador na figura do Senado Federal elaborou e aprovou o Projeto de Lei nº 165/2006 que ainda tramita no Congresso Nacional. Tal projeto vai introduzir na CLT, os artigos 393-A e o 393-

B, objetivando igualar à licença-paternidade do pai solteiro à licença-maternidade, sob a luz do princípio da isonomia, tais artigos tem redação assim exposta:

Art. 393-A. Ao empregado é assegurada a licença-paternidade por todo o período da licença-maternidade ou pela parte restante que dela caberia à mãe, em caso de morte, de grave enfermidade, ou do abandono da criança, bem como nos casos de guarda exclusiva do filho pelo pai.

Art. 393-B. O empregado faz jus à licença-paternidade, nos termos do art. 392-A, no caso de adoção de criança, desde que a licença-maternidade não tenha sido requerida.

Como, geralmente, quem a responsabilidade de cuidar da criança fica com a mulher, a licença-paternidade sempre foi colocada em um patamar de importância abaixo da licença-maternidade. Recentemente tem-se entendido que a licença-maternidade não é um direito apenas destinado às mulheres, mas, também é um direito da criança o afastamento temporário da mãe das atividades laborais. Caso esses dois artigos sejam integrados ao corpo da Consolidação das Leis Trabalhistas, a licença-paternidade enfim terá uma regulamentação que atenda as necessidades das famílias monoparentais constituídas pelo pai.

São vários os projetos de leis que tratam da licença-paternidade nos mesmos moldes da licença-maternidade, para o pai solteiro adotante. No entanto o Congresso Nacional continua omissos em relação a tal instituto.

Foi observando tal omissão do Congresso Nacional que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde apresentou em 2011, Mandato de Injunção Coletivo (MI 4408) perante o STF, ante a omissão legislativa do Congresso Nacional pela ausência de regulamentação da licença-paternidade. A CNTS almeja, com o MI 4408, que o STF declare a omissão legislativa em face da licença-paternidade e supra a lacuna legislativa em caráter emergencial. Entre as solicitações feitas pela entidade, se destaca o pedido de inclusão dos pais solteiros adotantes no mesmo rol de direitos que a legislação deu as mães adotivas. Tal Mandato de Injunção ainda está em trâmite na Corte Suprema e tem como relator o ministro Dias Toffoli.

A licença-paternidade de pai solteiro não pode ter a mesma interpretação que se é dada a licença-paternidade de pai casado ou que tenha uma união estável com alguém, pois, neste caso, o pai tem sua esposa ou companheira para te auxiliar com os cuidados da criança e no caso do pai solteiro não, ele é o único responsável pelos cuidados com a criança.

As claras diferenças entre um instituto e outro fazem com que a sua aplicação legalista signifique tratamento inconstitucional, à vista que se trata de direito essencial da criança e esta não poderá sofrer qualquer tipo de discriminação e perder o momento que seria destinado à interação com a pessoa detentora do Poder Familiar, sem distinção de sexo.

#### 4.3.2 Da Extensão da Licença-Maternidade ao Viúvo

A extensão da licença-maternidade ao viúvo é um tema mais pacificado no ordenamento jurídico nacional e que recebe uma atenção maior do Estado do que para o solteiro adotante.

Mesmo a Constituição equiparando o homem e a mulher em deveres no seio familiar, a mãe ainda é a maior encarregada dos cuidados com os filhos principalmente com os recém-nascidos e as crianças. No entanto quando aquela vem a óbito durante ou depois do parto, o pai se torna o único responsável pelos cuidados com a criança.

Com a morte da mãe a família será composta apenas pelo pai e filho, se tornando uma família monoparental, necessitando assim de uma proteção especial do Estado, da qual é garantia constitucional de acordo com o art. 226, § 4º da Constituição Federal.

O Estado tardiamente vem tentando oferecer com a licença-paternidade nos mesmos moldes da licença-maternidade a proteção especial ao pai viúvo e seu filho, contudo, nada concreto.

A doutrina entende que assim como na licença-paternidade de pai adotante, a licença-paternidade de pai viúvo tem que ser vista com outros olhos, e com uma duração bem superior aos cinco dias elencados no art. 10, § 1º, dos ADTC, visando o bem estar da criança, como bem assevera Maria Berenice Dias (2011, p. 504), “Crianças constroem sua estrutura social e emocional a partir da identificação com as pessoas que preenchem suas necessidades de alimentação, proteção, higiene, aconchego, entre outras”.

Observando o posicionamento da doutrina sobre a licença- paternidade do pai viúvo, a jurisprudência passou a entender cabível a dilatação de tal instituto. O

Tribunal Regional Federal da 2ª Região se posicionou a favor da concessão de licença-paternidade, nos moldes da licença-maternidade:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALECIMENTO DA MÃE EM DECORRÊNCIA DO PARTO. BENEFÍCIO DE SALÁRIO-PATERNIDADE. ANALOGIA. INTERESSE DO MENOR. Agravo de instrumento contra a decisão de primeiro grau que, nos autos do mandado de segurança, objetivando a concessão de licença-paternidade, nos moldes da licença-maternidade, desde a data da impetração, concedeu a liminar, não obstante a inexistência de previsão legal. Presentes os requisitos para concessão da medida, eis que o *fumus boni iuris* verifica-se no interesse de proteger os primeiros meses de vida da criança, configurado na essência do dispositivo que estabelece a licença-maternidade de 120 dias, com escopo em garantir provisoriamente a relação de emprego bem como a manutenção do salário durante o período de afastamento. Com relação ao fundado receio de dano irreparável, tal restou comprovado, uma vez que o benefício pretendido pela parte autora vai além de sua natureza alimentar, de forma a proteger os interesses do menor na convivência com os pais nos primeiros meses de vida, não sendo esta uma decisão inédita. Recurso desprovido.

Vários outros juízes decidiram a favor da licença-paternidade de pai viúvo nos moldes da licença-maternidade. Em fevereiro de 2012, quem primeiramente se pronunciou a favor da dilatação da licença-paternidade foi a juíza federal Ivani Silva da Luz da 6ª Vara Federal de Brasília que julgou procedente o pedido de liminar em Mandado Segurança impetrado por José Joaquim dos Santos, dando-lhe a este o direito de usufruir da licença-paternidade nos mesmos moldes da licença-maternidade. A magistrada fundamentou sua decisão (ANEXO), no princípio da dignidade humana e da proteção à infância, princípios estes preponderantes sobre a norma escrita que dão o direito da licença de 120 dias apenas as mulheres.

A decisão da juíza federal Ivani Silva da Luz abriu precedente para que outros magistrados se posicionassem no mesmo sentido em relação a licença-paternidade do pai viúvo. Em maio de 2012 o juiz federal Hildo Nicolau Peron, da 2ª Vara Federal de Florianópolis julgou procedente o Mandado de Segurança impetrado por um servidor público cujo nome não foi revelado, por o processo ter seguido em segredo de justiça, dando-lhe o direito de licença-paternidade de 120 dias. O juiz entendeu que o fato da mãe da criança ter morrido uma semana depois de seu nascimento, autorizava a extensão da licença-maternidade para pai viúvo, sob a luz do princípio da proteção à infância e da igualdade, que por se só superava a licença-paternidade de cinco dias, pois o pai irá assumir não apenas seu papel de pai, mas também irá exercer o papel de mãe.

Segundo o juiz Hildo Nicolau Peron mesmo com “omissão normativa específica e expressa para a concessão de licença paternidade, nos moldes da licença maternidade, quando da perda da mãe, ou seja, ao pai-viúvo, a interpretação que se impõe é de que o direito está assegurado”.

Como a jurisprudência e doutrina vêm dando muito importância e reconhecendo o instituto da licença-paternidade nos mesmos moldes da licença-maternidade para o pai viúvo, o legislador passou a dar uma relevância maior ao instituto.

A Deputada Federal Andreia Zito propôs o Projeto de Lei nº. 3.212, de 2012, que tem como objetivo a concessão ao pai o direito a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, nos casos de falecimento da mãe, logo após o nascimento dos filhos ou nos casos de invalidez permanente ou temporária da mãe.

Consisti tal projeto de lei no acréscimo do art. 392-C e seus parágrafos, na Consolidação das Leis Trabalhistas, tal artigo elenca:

Art. 392-C. Concede ao pai empregado o direito a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, nos casos de falecimento da mãe, em decorrência de complicações no parto ou nos casos de invalidez permanente ou temporária da genitora, declarada por junta médica.

§ 1º. Entende-se por invalidez permanente ou temporária da genitora, os casos em que a mesma ficar impedida de cuidar de seu filho durante o período da licença-maternidade.

§ 2º. O período da licença será de 180 (cento e oitenta) dias, debitando, se for o caso, o número de dias decorrido do nascimento até a data do óbito da genitora ou da invalidez.

O Projeto de Lei nº. 3.212, de 2012 também acrescenta o artigo 71-C na Lei nº. 8.213, de 1991, ficando a lei assim exposta:

Art. 71-C. O segurado da Previdência Social terá direito ao salário-paternidade nos moldes da salário-maternidade, nos casos de falecimento da mãe, em decorrência de complicações no parto ou nos casos de invalidez permanente ou temporária da genitora, declarada por junta médica, pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, debitando, se for o caso, os valores pagos a este título à genitora.

Tal projeto de lei também tem como objetivo a aplicação de forma direta dos princípios da igualdade, proteção a criança e o adolescente, elencos na Constituição Federal respectivamente nos art. 5º, *caput*, I, e art. 227.

A Senadora Marta Suplicy apresentou em 2011 o Projeto de Emenda à Constituição 110, que consisti em dar a ambos os pais licença de cento e oitenta

dias, essa licença será nomeada de licença-natalina, no caso desta licença o casal escolheria quem ficaria cuidando da criança durante esse período, também terão direito a essa licença-natalina o pai viúvo.

É notório que o Estado está se movendo tentando dar à proteção necessária a família monoparental constituída por pai viúvo, contudo ainda não é suficiente, por a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade de pai viúvo não ser regularizada pela lei, afeta totalmente o instituto, pois este não ainda não tem o respeito e a força adequada para suprir as dificuldades que passa um pai ao cuidar sozinho de seu filho.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou a concessão da licença-paternidade para pai solteiro nos moldes da licença-paternidade sob a luz do princípio da isonomia, demonstrando a necessidade que se faz de uma dilatação no prazo da licença-paternidade para o pai solteiro, em função do bem está do filho. O estudo aponta as hipóteses em que faz jus o homem a tal dilatação.

A motivação para a realização da pesquisa em foco decorre da omissão do legislador em relação à família monoparental formado pelo pai em relação ao tempo que este obtém de licença-paternidade, por se tratar de uma situação específica a licença-paternidade para o pai solteiro não pode ser oferecida como é para os pais que são casados, pois este estão em situações desiguais, a máxima do princípio da isonomia é tratar igualmente os iguais e os desiguais na medida de sua desigualdade, sendo assim necessita o pai solteiro de um período maior que os cinco dias elencados no art.10, ADCT, CF, para que possa dar os cuidados necessários para seu filho.

Como pode ser observado, foi analisada, a evolução dos institutos da licença-maternidade e da licença-paternidade, com enfoque no princípio de proteção a maternidade e a criança. Também foi trabalhado no primeiro capítulo que com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e o Adolescente que a licença-maternidade passou a ter como objetivo principal a proteção da criança. Por esse motivo que o legislador entendeu ser cabível a concessão de licença-maternidade a mãe adotiva.

Foi observado que a licença-paternidade é um instituto deixado em segundo plano, pois como os encargos de cuidar ficava com somente com a mulher se entendia que não havia necessidade para uma licença-paternidade mais extensa, contudo, a Constituição igualou a responsabilidades do homem e da mulher nos cuidados de sua prole, mesmo assim o legislador continuou inerte ao tratar da licença-paternidade.

O seguinte trabalho enfoca os aspectos relativos ao princípio da isonomia, começando por uma abordagem a evolução dos princípios em geral como norma reguladora, e elementos de otimização, sendo observado um peso maior peso valorativo, ético, que foram adquirindo com o passar do tempo. Com uma ênfase

maior da à evolução do princípio da isonomia e sua aplicabilidade na Constituição Federal de 1988 como um dos princípios base em seu art. 5º, *caput*, I, onde tem por objetivo não só a igualdade formal, mas também uma igualdade material baseada em fatores determinados.

A abordagem principal deste trabalho é a demonstração das características e peculiaridades da família monoparental composta pelo pai, da adoção feita somente pelo homem, e a concessão isonômica da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade para pai solteiro.

Na moderna sociedade o pai deixou de ser apenas aquele responsável pelas demandas econômicas do filho, mas também com os cuidados afetivos e educacionais junto com mãe. No caso do pai solteiro, este exerce tanto o papel do pai como o da mãe nos cuidados necessários com o filho, sendo indispensável o pai esteja presente em todas as etapas da vida da criança, desde o nascimento ou início do período da adoção, na adolescência ou até na fase auxiliando-o na formação da personalidade do filho.

Observando esta nova situação do pai na sociedade brasileiro, se enfatiza ainda mais a necessidade da consentir isonomicamente a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade ao pai solteiro, para que o mesmo possa realizar as obrigações exigentes em relação ao seu filho recém-nascido ou adotivo.

A Constituição Federal reconhece a família monoparental, e o Estatuto da Criança e do Adolescente permite a adoção feita pelo solteiro, levando em conta o bem estar da criança.

Sendo assim, pelos fundamentos apresentados na pesquisa, nada obsta que seja concedida a licença-paternidade de cento e vinte dias para o pai solteiro seja ele adotante ou viúvo, observando o princípio da isonomia, já que a mãe adotiva tem direito ao benefício de licença-maternidade com o prazo acima, objetivando o bem estar da criança, não obsta que a mesma licença não seja concedida ao pai adotante. Resta a relevância lógica de que a concessão integral da licença-paternidade ao pai solteiro nos mesmos moldes da licença-maternidade destinada à gestante e a adotante, ou seja, durante o período de 120 dias de acordo com o artigo 392 da CLT é um dever estatal. É um compromisso com o Direito e a justiça. É compromisso com a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS; SARMENTO; PEREIRA; SOUZA NETO; BARROSO. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (organizador). 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 7.ed. Brasília: Unb, 1999.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda Constitucional 110** - Altera a redação do art. 208 da Constituição Federal, Brasília, DF, 2011. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=527130> >. Acesso em: 12 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 3935** - Acrescenta arts. 473-A a 473-C à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para regulamentar a licença-paternidade a que se refere o inciso XIX do art. 7º da Constituição Federal.. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=408349> >. Acesso em: 12 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 3212** - Concede ao pai empregado o direito a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, nos casos de falecimento da mãe, em decorrência de complicações no parto ou nos casos de invalidez permanente ou temporária da genitora, declarada por junta médica. Brasília, DF, 2012. Disponível em: < [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=5EFA829603F8D46C59972DFC4716C344.node1?codteor=968223&filename=Avulso+-PL+3212/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5EFA829603F8D46C59972DFC4716C344.node1?codteor=968223&filename=Avulso+-PL+3212/2012) >. Acesso em: 12 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 901** - Dá nova redação aos arts. 3º, 4º e 5º e acrescenta art. 5º-A e §§ 3º e 4º ao Art. 1.º da Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008, que cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, para ampliar a licença-paternidade para os casos mencionados., Brasília, DF, 2011. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=497145> >. Acesso em: 12 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei 165** - Acrescenta dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a licença-parental., Brasília, DF, 2006. Disponível em: < [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=77905](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77905)>. Acesso em: 12 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, RJ: Getúlio Vargas, 1943.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Organizado por Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 2º Região. **AI 0012479-13.2012.4.02.0000**. Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo, j. 30/11/2012; Publicação no DEJF: 14 dez. 2012. Disponível em: < [www.jusbrasil.com.br/diarios/.../trf2-jud-trf-21-11-2012-pg-20](http://www.jusbrasil.com.br/diarios/.../trf2-jud-trf-21-11-2012-pg-20)>. Acesso em: 12 fev. 2013.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. **AL 1.0000.00.100614-7/000** RTJ, 61/745. <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5775967/100000010061470001-mg-1000000100614-7-000-1-tjmg/inteiro-teor>> Acesso em: 09 fev. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 35.ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 5.v.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no Direito do Trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Livraria Almeida, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, George Marmelstein. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais**. Disponível em: < <http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1495>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direito de família e sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 5.v.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade social**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução a teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JÚNIOR, Néilson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado** 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RR, 1ª Turma, Ac. 4611 de 04.06.1997, Ministro Relator Lourenço Prado.

RR, 5ª Turma, Ac. 240925 de 18.11.1998, Ministro Relator Gelson de Azevedo.

RR, 4ª Turma, Ac. 269871 de 19.08.1998, Ministro Relator José Carlos Perret Schulte.

SANCHEZ, Adilson; XAVIER, Victor Hugo. **Advocacia previdenciária**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira, MACHADO, Costa, FERRAZ, Anna Candida da Cunha, **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

SANTOS, Jonábio Barbosa dos, SANTOS, Morgana Sales da Costa, SILVA, Edjane Esmerina Dias da. **Tradição Jurídica Brasileira: História do Direito**. Campina Grande: EDUFPG, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**. 40.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

## ANEXO



PODER JUDICIÁRIO  
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

**DECISÃO Nº /2012 – A**  
**PROCESSO Nº : 6965-91.2012.4.01.3400**  
**IMPETRANTE : JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS**  
**IMPETRADO : COORDENADORA SUBSTITUTA DE RECURSOS HUMANOS DO**  
**DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL**  
**JUÍZO : 6ª VARA FEDERAL**

Trata-se de pedido de liminar em mandado de segurança impetrado por **JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS** contra ato atribuído à **COORDENADORA SUBSTITUTA DE RECURSOS HUMANOS DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL**, com o fito de lhe ser concedida a suspensão dos efeitos do despacho proferido no processo administrativo nº 08064.000791/2012-87, determinando o imediato gozo pelo Impetrante da licença paternidade nos moldes da licença maternidade ou, alternativamente, o gozo de licença adoção.

Narra o Impetrante que, em 18/12/2011, sua esposa Luciene da Costas dos Santos deu a luz a seu filho Davi Costa Santos, mas em virtude de complicações do parto, aquela faleceu em 10/01/2012.

Em decorrência de tais circunstâncias, o Impetrante viu-se obrigado a assumir as funções maternas necessárias à sobrevivência de seu filho recém-nascido, além de ter sob sua responsabilidade a outra filha do casal de apenas dez anos de idade.

Para tanto, o Impetrante requereu administrativamente a concessão de licença adotante, que, entretanto, foi indeferida pelo despacho acima citado, ao fundamento de ausência de previsão legal expressa nesse sentido.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Joz', written over a horizontal line.

PODER JUDICIÁRIO  
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Em virtude do indeferimento e com o escopo de não abandonar seu filho, o Impetrante requereu então o gozo de férias, que, contudo, tem previsão de término em 08/02/12.

É o relatório. **DECIDO.**

A Lei 12.016/2009, em seu art. 7º, III, exige, para a concessão da liminar em mandado de segurança, a presença simultânea de dois requisitos, a saber: a) a existência de plausibilidade jurídica (*fumus boni juris*) e b) a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). Não concorrendo os dois requisitos, deve ser indeferida a liminar.

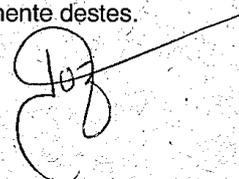
Em juízo de preambular exame, entendo que se encontram configurados ambos os requisitos para a concessão da liminar.

O artigo 227 da Constituição Federal dispõe:

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

Infere-se, pelo dispositivo supracitado, que a proteção à infância é um direito social inserido no rol dos direitos fundamentais, cumprindo ao Estado garantir ativamente as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento físico, intelectual e emocional das crianças.

Tal desenvolvimento é assegurado mediante a convivência da criança no meio familiar e social, principalmente, pelo carinho e atenção dos pais na fase da mais tenra idade, época em que a sobrevivência daquela depende totalmente destes.



PODER JUDICIÁRIO  
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Por essas razões, é que a Constituição Federal estabeleceu no artigo 226 que *"a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"* e elencou no rol dos direitos sociais do artigo 7º o direito à *"licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias"* e a *"licença paternidade, nos termos fixados em lei."*

Registre-se, ainda, que ambos os genitores são responsáveis pela concretização do direito fundamental à proteção da infância e do princípio da dignidade humana insculpidos na Constituição Federal, tanto que o texto constitucional estabelece, genericamente, no artigo 5º, I, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, e, especificamente, determina no artigo 226, §5º, a isonomia deles na gestão da sociedade conjugal e criação dos filhos.

Evidente que o princípio da isonomia se refere a tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades e, nesta senda, a diferença fisiológica entre homens e mulheres justifica a concessão de licença maternidade em prazo maior que a da licença paternidade.

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

Embora não exista previsão legal e constitucional de licença paternidade nos moldes da licença maternidade, esta não deve ser negada ao genitor, ora Impetrante. Isto porque 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 isto deve ser assegurado pelo Estado, principalmente, nos casos como o presente, em que, além de todas as necessidades que um recém-nascido demanda, ainda há a dor decorrente da perda daquela.

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



PODER JUDICIÁRIO  
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

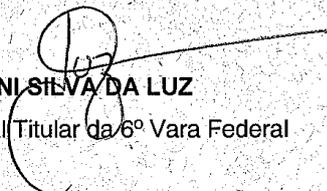
O *periculum in mora* deve-se ao risco de o recém-nascido ser privado da presença, cuidado e atenção do pai, tendo em vista que as férias deste terminam hoje, 08/02/2012.

Diante do exposto, **defiro** o pedido liminar para conferir ao Impetrado o direito de gozar a licença paternidade nos moldes da licença maternidade prevista no artigo 207 da Lei nº 8.112/90 c.c. art. 2º, § 1º, do Decreto nº 6.690/08.

Notifique-se para informações e intime-se para cumprimento. Após, ao Ministério Público.

Publique-se.

Brasília, 08 de fevereiro de 2012.

  
**IVANI SILVA DA LUZ**  
Juíza Federal Titular da 6ª Vara Federal