

## **O AFETO COMO VALOR JURÍDICO E SEUS REFLEXOS ACERCA DA LICENÇA-PATERNIDADE**

Karine Pauletti REIS<sup>1</sup>  
Monike Gomes da GAMA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem por escopo analisar o sistema jurídico pátrio no que diz respeito à atual licença-paternidade, a qual se faz presente em nossa Lei Maior, bem como nas demais leis infraconstitucionais. Além disso, traz as iniciativas internacionais acerca do supramencionado instituto e como elas influenciaram ou deveriam influenciar em nosso sistema jurídico. Do mesmo modo que se frisam os benefícios e reflexos diante de uma melhora acerca do benefício da licença-paternidade. Tudo isso adotando o afeto como um instituto juridicamente reconhecido e relevante, sendo esse o fator norteador da atual concepção de família.

**Palavras-chave:** Licença-paternidade. Licença-maternidade. Família. Afeto.

### **1 INTRODUÇÃO**

Observando o paradigma jurídico tradicional no que tange à licença-paternidade, percebe-se que, embora tal instituto tenha sofrido certas mudanças ao longo da história, essas ainda não são suficientemente significativas para proporcionar consequências positivas no modo de vida da família brasileira.

Diante de tal prerrogativa, o presente artigo abordou a evolução acerca da família em nosso sistema e do afeto como seu valor juridicamente reconhecido, o qual traz reflexos benéficos tanto para a vida em sociedade, quanto para dentro do próprio ambiente familiar.

É sabido que a mulher sempre esteve incumbida da tarefa de gerir a família e abrir mão de sua vida profissional para dedica-la à criação de seus filhos. E é certo que nossa legislação sempre auxiliou para que tal dever imposto às mães sempre pudesse ser exercido.

Mas seria essa a melhor maneira de proteger as mulheres? Não seria esse mais um fator de desigualdade de gêneros, tendo em vista que, infelizmente,

---

<sup>1</sup> Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: karinepreis@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: monikegama@hotmail.com

tal fator gera a errônea ideia de que as mulheres trazem mais encargos e custos aos empregadores?

Desincumbir os pais de ter um dever para com a família, além de não trazer benefícios para ele mesmo, posto que é afastado de seus filhos logo no início de suas vidas, também não traz benefício às mães. Dessa forma, cria-se um ambiente familiar totalmente desequilibrado em relação aos direitos e deveres, os quais são constitucionalmente protegidos.

Para desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo, sendo que em seu início como premissa maior foram abordados acerca de como o afeto ingressou em nosso ordenamento jurídico, ganhando status de valor jurídico, bem como aspectos gerais acerca da licença-maternidade e paternidade, valendo-se inclusive do direito comparado. Para então atingir-se o objetivo final, qual seja, a relação entre o status de valor jurídico atribuído ao afeto e a licença paternidade.

## **2 O AFETO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Hodiernamente um tema que muito vem sendo discutido, especificamente no âmbito do Direito de Família, trata sobre o valor jurídico do afeto.

Num apanhando histórico verifica-se que o afeto por muito tempo não ocupou espaço relevante no mundo jurídico, não se encaixando em qualquer ramo do Direito. Todavia, com a evolução da família, o afeto foi ganhando relevância dando ensejo ao seu ingresso no mundo jurídico.

Para melhor compreensão, necessário se faz alguns breves apontamentos a respeito da evolução da família.

### **2.1 Aspecto Históricos da Família**

O instituto “família” desde o tempo dos primórdios sofreu diversas e profundas alterações.

No tempo primitivo, conforme estudos de Engels no livro “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”,<sup>3</sup> a constituição de uma família, a princípio visava a procriação, tanto é que, inicialmente não havia exclusividade entre os casais. Com o tempo foi estabelecendo limites, como exemplo a proibição da união entre irmãos.

Nesse mesmo período, fato que é desconhecido por muitos, por um tempo prevalecia o direito materno, pois, considerando que não havia monogamia, era impossível saber quem era o pai das crianças, tendo elas somente a mãe, inclusive, herdavam somente da linhagem materna.

No entanto, foi justamente nesse período que um fator que durante muito tempo prevaleceu como um dos mais relevantes para formação de uma família entrou em cena, o fator patrimonial. Em razão das condições físicas, os homens passaram a trabalhar nos campos, e como frutos do trabalho começaram a acumular riquezas, e precipuamente por esse motivo, o ar de superioridade reinou entre os eles, a monogamia passou a existir somente para as mulheres, os filhos passaram a herdar somente da linhagem paterna, surgiu então o direito patriarcal.

A diferença do poder econômico entre o homem e a mulher derrubou a predominância do direito materno. Refletindo sobre esse período, Engels, no livro supracitado, levantou uma relevante reflexão, que se caso houvesse igualdade econômica entre o homem e a mulher, a realidade seria alterada?<sup>4</sup>

Com o decorrer da história além da finalidade de procriação e econômica, a família passou a ter finalidade religiosa, como bem foi relatado por Fustel de Coulanges no livro Cidade Antiga.<sup>5</sup> E por muito tempo essas três características foram os pilares da formação da família, o afeto até então não possuía relevância.

No início do século XX, o elemento preponderante para a formação da família era a questão patrimonial, todavia, nesse período ocorreu a Revolução Industrial, movimento que colaborou grandemente para a derrubada do critério patrimonial, e segundo dispôs Maria Berenice Dias, teve grande relevância na estrutura familiar, *in verbis*:

---

<sup>3</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Global, 1986, p. 65.

<sup>4</sup> ENGELS, 1986, loc. cit.

<sup>5</sup> COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 70.

A estrutura da família se alterou, tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor<sup>6</sup>.

Com a inserção da mulher no mercado de trabalho, embora gradualmente, foi quebrando o caráter patrimonial da família, considerando que a mulher foi conseguindo obter sua própria renda, deixando de depender financeiramente do marido, diminuindo a gritante desigualdade econômica que havia entre os cônjuges.

Conjugando-se as mudanças acarretadas com a revolução industrial com o Estatuto da Mulher Casada, em 1962, e a Lei do Divórcio promulgada em 1977, tornou-se possível uma união sem que fosse formada unicamente por questões patrimoniais, já que a mulher poderia auferir renda, e que essa união somente vigoraria enquanto houvesse afeto entre os nubentes, tendo em vista que, uma vez que a relação se tornasse insustentável, havia a possibilidade do divórcio.

O maior avanço ocorreu em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a qual, ainda que implicitamente, reconheceu a existência do princípio da afetividade.

Tal afirmação se faz verdadeira ao analisar os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, solidariedade, tais princípios demonstraram a intenção de valorizar sobre tudo a relação humana, principalmente no aspecto subjetivo, valorizando-se a busca pela felicidade. No mesmo sentido, Paulo Roberto Vecchiatti:

A evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 39.

<sup>7</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Gen, Método, 2008, p. 221.

Outros fatores que corroboram a afirmação acima é o fato do reconhecimento da possibilidade de formação de outras modalidades de família, não se restringindo somente a família matrimonial, ensejando ainda mais a discussão da institucionalização do afeto no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre esse novo movimento, assim se manifestou o doutrinador Paulo Luiz Neto Lôbo:

A família, convertendo-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômico-procracional para essa nova função. Esse fenômeno jurídico-social pode ser denominado tendência à repersonalização, valorizando-se os interesses da pessoa humana mais do que o patrimônio que detenham, nas relações de família.<sup>8</sup>

Com a repersonalização da família, foram reconhecidas a existência de outras modalidades de família diversas da matrimonial, como exemplo há a união estável e família monoparental, previstas expressamente na Constituição Federal, bem como, àquelas previstas de forma implícita na Constituição, podemos citar a família mosaico, poliafetiva, simultânea, homoafetiva,<sup>9</sup> monoparental, entre outras, sendo o afeto o núcleo formador de todas essas modalidades de família.

Isto posto, atualmente, a família perdeu as características patrimoniais, biológicas, religiosas, sendo a sua formação essencialmente fundada no afeto recíproco entre seus membros.

---

<sup>8</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família**. in O Direito de Família e a Constituição de 1988 coordenado por Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54.

<sup>9</sup> SUPREMO reconhece união homoafetiva. Site STF, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 21 jul. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8). Recorrente: K R O. Recorrido: L.P. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 10 jul 2017.. Brasília – DF. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel\\_Geral/Registros\\_Publicos/Jurisprudencia\\_registros/STJ-%20REsp%201183378-casamento%20homoafetivo.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Registros_Publicos/Jurisprudencia_registros/STJ-%20REsp%201183378-casamento%20homoafetivo.pdf)>. Acesso em: 10 jul 2017..

## 2.2 O Afeto como Valor Jurídico

Após análise histórica da família, principalmente pós Constituição de 1988, verificou-se que o afeto foi ganhando mais espaço no nosso ordenamento jurídico, ensejando diversas discussões no campo doutrinário e jurisprudencial.

A inserção do afeto em nosso ordenamento não se limitou ao reconhecimento de diversas modalidades de família, dessa forma serão, de forma sintética, levantados dois institutos que surgiram em nosso ordenamento originados do afeto.

Com efeito, o afeto motivou a criação de outra modalidade de dano extrapatrimonial, o denominado abandono afetivo. Tal tema até hoje enseja muitas divergências sobre a sua caracterização, mas já temos no campo jurisdicional decisões reconhecendo-o.<sup>10</sup>

Ademais, ocasionalmente o judiciário passou a ser provocado para se manifestar a respeito da filiação socioafetiva, tendo em diversos casos autorizados a inserção na certidão de nascimento da criança o nome da mãe ou pai socioafetivo.<sup>11</sup> À vista disso, no ano passado, no julgamento do RE 898.060/Repercussão Geral 622,<sup>12</sup> o STF reconheceu a existência da multiparentalidade, tal instituto possibilita o reconhecimento da maternidade/paternidade socioafetiva sem a exclusão da biológica.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. Recurso especial nº 1.159.242 – SP. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Brasília. 24 abr 2012. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019>>. Acesso em: 10 jul 2017..

<sup>11</sup> IRMÃOS do RS conseguem o direito de ter duas mães na certidão de nascimento. *Migalhas*, 13 ago. 2013. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI184309,71043-Irmaos+do+RS+conseguem+o+direito+de+ter+duas+maes+na+certidao+de>>. Acesso em: 10 jul 2017.

REGISTRO multiparental: criança terá nome da mãe biológica e dos tios na certidão. *IBDFAM*, 13 jul. 2016. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6054/Registro+multiparental%3A+crianca+terá+nome+da+mãe+biológica+e+dos+tios+na+certidão>>. Acesso em: 10 jul 2017.

<sup>11</sup>PRÉ-ADOLESCENTE terá dupla paternidade em registro civil. *Migalhas*, 03 jul. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI241650,51045-Preadolescente+tera+dupla+paternidade+em+registro+civil>>. Acesso em: 10 ago 2017.

<sup>11</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A família entre a autonomia existencial e tutela de v**

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Família. Multiparentalidade. Recurso Extraordinário nº 898.060 – SC. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 24 ago 2017. Ausente demais informações por ser segredo de justiça.

Deste modo vê-se que o afeto não se tornou apenas um elemento para a existência da família, a sua incidência no nosso sistema jurídico levou a criação de outros institutos, demonstrando assim a sua relevância, sendo a ele atribuído o de valor jurídico.<sup>13</sup>

Logo, é preciso, sempre que o instituto da família estiver em discussão, que seja analisado sob a ótica do afeto, de modo que, ele venha sempre prevalecer.

Por fim, embora o afeto tenha surtido efeitos essencialmente no Direito de Família, é preciso ponderar que os reflexos do seu status de valor jurídico não se restringe apenas a esse ramo do Direito, pois diversos institutos de outros ramos do Direito estão indiretamente relacionados ao Direito de Família, um exemplo é o que será estudado no presente trabalho.

### **3 A LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE**

A licença-maternidade e paternidade, apesar de, a priori, passarem a ideia de que apresentam a mesma essência e finalidade, essas são trazidas com muita discrepância em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, necessário se faz uma breve análise evolutivo-histórica acerca de ambas as licenças dentro de nosso sistema. Afinal, apesar de a licença-paternidade ter sofrido mudanças ao longo do tempo, essa ainda precisa de um olhar mais atento por parte do legislativo a fim de melhorar ainda mais a situação da família brasileira.

Não obstante, para tanto, a utilização do direito comparado sempre se faz enriquecedor, sendo assim, o presente capítulo visa elucidar melhor como a licença-maternidade e paternidade são abordadas em nossa atual legislação, bem como tal instituto é aplicado ao redor do mundo.

---

<sup>13</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família de Nazaré é um dos principais exemplos de parentalidade socioafetiva**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-20/processo-familiar-familia-nazareumdos-principais-exemplos-parentalidade-socioafetiva>>. Acesso em: 12 jul 2017.

### 3.1 Abordagem jurídico-pátria acerca da licença-maternidade e paternidade

Primeiramente, no que tange à licença conferida às mães, essa teve um longo caminho percorrido até chegar à forma como é positivada atualmente.

Posto que, inicialmente, em 1919, após a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foram feitas 06 convenções com a finalidade de proteção à mulher, dentre as quais instituíram, por exemplo, uma licença remunerada compulsória de seis semanas antes do parto e mais seis semanas após o parto. Além disso, permitiram que após o retorno da mãe às suas atividades laborais, essa teria dois intervalos de 30 minutos voltados para a amamentação e também proibiram o empregador de dispensar a gestante durante sua gravidez em razão do parto ou de sua licença obrigatória.<sup>14</sup>

Dando um salto para o ano de 1952, a OIT instituiu em sua Convenção n. 103 a possibilidade de prorrogação da licença maternidade em até 14 semanas e que o salário maternidade seria fixado em 100% dos ganhos da mulher após o parto. Convenção essa que foi ratificada pelo Brasil em 1965, por meio do Decreto Legislativo n. 20.<sup>15</sup>

Em 1988, através da Constituição Federal, foi dado espaço aos direitos sociais e em seu art. 6, “caput”, instituiu, expressamente, como direito social a proteção à maternidade e à infância, tendo-os como *cláusulas pétreas*, portanto, revestidos de imutabilidade. Assim como elucida Gilmar Ferreira Mendes:<sup>16</sup>

Há polêmica quanto a saber se além dos direitos individuais, expressamente referidos no art. 60, § 4º, da CF, também os direitos sociais estariam protegidos como cláusula pétrea. De um lado, nega-se que os direitos sociais participem do rol dos limites materiais ao poder de reforma, argumentando-se que aquele dispositivo da Lei Maior fala em “direitos e garantias individuais” e não em direitos fundamentais, gênero de que tanto os direitos individuais como os sociais seriam espécies. (...) No Título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em

---

<sup>14</sup>LIMA, Lucas Barbalho. **A proteção à maternidade no Brasil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bd26c6a5924c3aae>> Acesso em: 21. Agost. 2017.

<sup>15</sup>LIMA, 2014, op. cit. p. 08

<sup>16</sup>MENDES, G. F., Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional** – 9. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas.

Nesse mesmo sentido, a licença-maternidade é constitucionalmente garantida, estando estampada em seu artigo 7º, inciso XVIII.

Licença essa que já era prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, a qual instituíra o período de 04 semanas antes do parto e 08 semanas após o parto, contudo, tal norma não fora recepcionada pela nossa Constituição, que estipulou o prazo de 120 dias (aproximadamente 17 semanas). Tal período poderá ser prorrogado por mais 60 dias caso a empresa onde a gestante labore faça parte do programa Empresa Cidadã. A CLT atribui ainda há mãe o direito a estabilidade a empregada gestante.

Nesse diapasão, a nossa Carta Magna também estabeleceu a família como o pilar da sociedade, a qual é tutelada pelo Estado. Sendo certo, portanto, que os direitos e deveres a serem exercidos dentro da instituição família, devem ser exercidos igualmente tanto pelo homem, quanto pela mulher.

Entretanto, o exercício igualitário de tal prerrogativa encontra-se, ainda, muito incipiente, posto que, seguindo a disciplina constitucional da licença-maternidade, a licença-paternidade é mencionada nos moldes do mesmo artigo 7º, contudo, em seu inciso XIX.

Não obstante, o supramencionado inciso do artigo 7º tem sua eficácia limitada, permanecendo o direito à licença-paternidade esculpida no art. 10, §1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Como aduz Mendes,<sup>17</sup> as normas constitucionais de eficácia limitada:

[...] somente produzem os seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo posterior, a cargo dos poderes constituídos. A sua vocação de ordenação depende, para ser satisfeita nos seus efeitos básicos, da interpolação do legislador infraconstitucional. São normas, pois, incompletas, apresentando baixa densidade normativa.

---

<sup>17</sup> MENDES, G.F 2014, loc. cit. p. 70

Sendo assim, tal dispositivo instituiu o período de apenas 05 (cinco) dias de licença aos pais. Importante ressaltar que apesar de não estar contido no texto constitucional expressamente, é soez no entendimento da doutrina que as normas do ADCT são normas constitucionais e têm os mesmos status jurídicos das demais normas do texto principal.<sup>18</sup>

Vale lembrar que, apesar de ser um período extremamente curto, a licença-paternidade já foi ainda menor, haja vista que ela teve sua primeira aparição na CLT, estampada no inciso III, do art. 473, que estipulava o período de apenas 01 (um) dia útil. Com isso, o legislador possibilitava que o pai registrasse seu filho, uma vez que a mãe não poderia fazê-lo, tendo em vista que acabara de dar à luz. Ou seja, o dispositivo permitia tão somente o cumprimento de uma obrigação prevista no Código Civil, sem qualquer possibilidade de cuidado ou maior convivência com o recém-nascido.

Não obstante, é preciso salientar que recentemente esse instituto sofreu algumas alterações. Embora sejam ainda muito incipientes, mostram que o caminho para chegar ao ideal está abrindo-se com o passar do tempo e que de certo modo o afeto vem ganhando relevância também neste instituto tão próximo a família.

As mudanças trazidas em nosso ordenamento vieram através das Leis 12.873/13 e 13.257/16, sendo essa chamada de “Marco Legal da Primeira Infância”.

A Lei 12.873/13, alterou o artigo 392-A ss da CLT, passando prever o direito da licença-maternidade nas hipóteses de adoção de forma indistinta, sendo que, poderão usufruir desse benefício no prazo de 120 dias, um dos cônjuges ou companheiros (as), o guardião da criança e o pai (mãe) adotante solteiro, independentemente da idade do adotado.<sup>19</sup> Sendo que, no artigo 392-C, a fim de não deixar dúvidas, determinou que também terá esse direito o empregado que decidir adotar ou se tornar guardião de alguma criança.

Já a Lei 13.257/16 prevê em seu art. 37 mudanças em relação ao art. 473 da CLT acrescentando-lhe os incisos X e XI, os quais possibilitam dois dias ao trabalhador para acompanhar sua esposa em consultas médicas e exames

---

<sup>18</sup> MENDES, G. F. 2014, loc. cit. p. 76.

<sup>19</sup> SCHIFINO, Bruna Scarabelot Viegas. **O instituto da licença-maternidade e as alterações oriundas da Lei nº 12.8723/2013.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-instituto-da-licenca-maternidade-e-as-alteracoes-oriundas-da-lei-no-128732013,54564.html>>. Acesso em: 17 jul 2017.

complementares durante a gestação e um dia ao ano para acompanhar o filho, até os seis anos de idade, em consultas médicas.

Essa Lei também trouxe modificações quanto ao programa Empresa Cidadã, gerando a possibilidade de prorrogação de 15 dias para a licença-paternidade, totalizando, portanto, 20 dias de licença. E, para usufruir desse acréscimo, o empregado deverá solicitar a prorrogação até dois dias úteis após o parto, bem como terá que provar sua participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável. No entanto, a lei não regulamentou o referido programa, deixando, por conseguinte, uma lacuna legislativa que impossibilita, assim, a concessão do benefício pelos empregadores.

### 3.3 A licença-maternidade/paternidade em Outros Países

Fazendo uso do direito comparado, podemos afirmar que, tanto a licença-maternidade, quanto a licença-paternidade presentes em diversos países europeus, são muito diferentes das trazidas pelo nosso ordenamento. Haja vista que, primeiramente, na esfera internacional, não há distinção entre ambas as licenças, sendo predominante um sistema de licença remunerada para os dois genitores, denominada de *“licença-parental”*.

O país pioneiro a adotar esse sistema foi a Suécia, no ano de 1974, sendo acompanhado pela Noruega e Finlândia (1978). Posteriormente, a Islândia (1980), Dinamarca (1984) e diversos outros países também adotaram legislações parecidas à época.<sup>20</sup>

Outro ponto diferencial entre os países europeus e o Brasil, é em relação à duração de tal benefício. Segundo estudos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 1995, pp. 175-176), foi constatado que apenas países como os Estados Unidos e Grécia estipularam licenças com prazo inferior a 120 dias. Contudo, países como a Áustria, Austrália,

---

<sup>20</sup> FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Entre marido e mulher, o estado mete a colher: reconfigurando a divisão do trabalho doméstico na Suécia**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 17, n. 48, Fevereiro/2002. ISSN 0102-6909. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092002000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092002000100011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 12 agosto 2017.

Bélgica, França, Alemanha, Japão, Nova Zelândia, Suécia, entre outros oferecem aos trabalhadores licenças de no *mínimo 01 (um)* ano, sendo possível em determinados casos chegar aos *03 (três)* primeiros anos de idade da criança.

Entretanto, é importante dizer que a licença nos supramencionados países, não necessariamente será remunerada, haja vista que há uma infinidade de formas para concessão de tal benesse. Portanto, os encargos em relação à licença-parental, não serão suportados apenas pelo empregador, mas também pela própria família, seja parcial ou totalmente.

Contudo, a grande maioria dos países acima referidos estipulam uma remuneração durante tal período, concedendo um valor fixo, independente do atual salário do trabalhador que recebeu o benefício, ou ainda, proventos proporcionais aos que recebia durante seu período de atividade laboral.

Além disso, também existem modelos híbridos, como ocorre na Suécia, por exemplo, no qual parte do período de licença é remunerado através de uma parcela fixa e o restante com proventos proporcionais aos do trabalhador.

Logo, diante das legislações internacionais sobre licenças, percebemos que seria de grande avanço a extinção da diferenciação entre licença-maternidade e licença-paternidade para abrir espaço a uma licença-parental, passível de ser utilizada por ambos os genitores, desprendendo-se de gênero. Ademais, também é necessário que haja uma expansão do período de duração das licenças e seria interessante também uma flexibilização na forma de fruição desse benefício, possibilitando seu gozo de forma fracionada, ou até mesmo através de jornadas de trabalho reduzidas.

Todavia, voltando-se os olhos, especificamente para a experiência sueca diante das licenças, fazemos alusão às palavras de Faria: <sup>21</sup>

“Se o programa sueco de licença remunerada para os pais não é, de uma perspectiva mais ampla e independentemente dos critérios de avaliação, o mais ‘generoso’, ele é, com certeza, um dos mais flexíveis e adequados quando se pensa nas necessidades das famílias em que, tanto o pai, quanto a mãe, estão engajados no mercado de trabalho”.

Por esses motivos, a licença-parental sueca é um referencial para uma possível reforma na legislação pátria sobre tal assunto, ou, senão, individualmente acerca da atual licença-paternidade brasileira.

---

<sup>21</sup> FARIA, 2002, loc. cit.

É importante dizer que o estopim sueco se deu através da maior inserção da mulher no mercado de trabalho e da gradativa implantação de políticas públicas características de um Estado de bem-estar social.

Contudo, para tanto, foi necessário a criação de normas protetivas às mulheres, diante de sua discriminação, haja vista que os argumentos embasados para sua desigualdade naquela época, não diferem muito dos que são pregados ainda hoje. Os argumentos contrários ao emprego de mulheres casadas giravam em torno de sua fragilidade e desmoralização do lar e, diante disso, a remuneração da mulher era menor, situação essa ainda presente no Brasil atual.<sup>22</sup>

Entretanto, o movimento feminista ganhou espaço na Suécia e, ainda segundo Faria,<sup>23</sup> a lei de 1939 proibia a demissão de mulheres em casos de gravidez, casamento, ou nascimento de filhos, a qual representou um marco para a Suécia em relação à inserção das mulheres casadas no mercado de trabalho.

Porém, antes da implantação da licença-parental na Suécia, outro fator que continuava a deixar a mulher marginalizada na esfera do mercado de trabalho era o nítido recorte de gênero em relação à licença-maternidade, dificultando sua inserção no âmbito empregatício. E por isso criou-se uma licença remunerada para ambos os pais, a qual seria capaz de suprir tal lacuna.

Atualmente, a lei sueca estipulou ao casal sueco um prazo de 480 dias (240 dias para cada genitor), de licença em conjunto, ou seja, aproximadamente 16 meses destinados aos cuidados dos filhos. E, segundo o governo sueco, esse momento inicial de contato entre os pais, mães e filhos, tem efeitos a longo prazo na vida dos futuros jovens cidadãos suecos.

#### **4. O AFETO COMO VALOR JURÍDICO E A LICENÇA-MATERNIDADE/PATERNIDADE**

Conforme foi exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a família hodierna não possui a mesma estrutura daquela quando foi criada a CLT. Atualmente o elemento preponderante para o início e manutenção de uma família é

---

<sup>22</sup> FARIA, 2002, loc. cit.

<sup>23</sup> FARIA, 2002 loc. cit.

a existência de laços afetivos entre todos os seus membros. Tal fato possibilitou o reconhecimento de diversas modalidades de família, como exemplo a família homoafetiva.

Com efeito, a família moderna vem irradiando consequências jurídicas em todos os ramos do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se faz necessária adequações de determinados institutos para ficarem condizentes com a atual realidade, um dos institutos que merece reformulação é o da licença-maternidade/paternidade. Sobre esse algumas reflexões serão levantadas no presente capítulo.

#### **4.1 Reflexos do Afeto na Licença-Maternidade/Paternidade**

Como explanado no capítulo anterior, há ainda no Brasil grandes diferenças entre as licenças maternidade e paternidade, dando a entender que a mãe tem um papel principal na vida dos seus filhos, cabendo a ela o dever de criar, educar sua prole.

Todavia, essa concepção tornou-se ultrapassada, não há mais a existência de família hierarquizada, com divisão de tarefas, tanto é que a Constituição Federal no §7º do artigo 226 que o planejamento familiar se funda na paternidade responsável, e mais, o afeto é o elemento nuclear da família, dessa forma, não se justifica atribuir a um mais direitos do que ao outro no que tange a convivência com o filho nos primeiros meses de inserção no seio familiar.

Não obstante o avanço que ocorreu com a edição das Leis 12.873/13 e 13.257/16, nota-se que o nosso ordenamento ainda não está preparado para futuras questões que surgirão em razão da nova formação familiar, como exemplo, como se solucionaria o caso em que numa família homoafetiva formada por duas mulheres, elas decidem ampliar a família, uma fornece o ovulo e a outra a “barriga”, a quem seria concedida a licença-maternidade? E a outra mãe, teria direito a algum tipo de licença? E mais, e se fosse uma família poliafetiva?

Essa questão ainda se torna apenas uma questão secundária, tendo em vista que o cerne principal do problema ainda é o fato do curto prazo da licença-paternidade.

Se a família moderna tem como núcleo o afeto, tal elemento inclusive é utilizado em diversos aspectos legais no que tange aos filhos, ex. para determinar a guarda, verifica-se absoluta violação ao princípio da igualdade o curto prazo concedido aos pais para desfrutarem dos primeiros meses de seu filho.

Com efeito, buscando adequar esse instituto a atual realidade onde o afeto possui valor jurídico, se faz necessário que nosso ordenamento, assim como já feito em outros países, aumente o prazo da licença concedida aos pais, possibilitando que se crie laços afetivos mais resistentes entre o filho e o seu pai desde o início da inserção do filho no seio familiar.

É certo que para não haver prejuízos ao empregador terá que se fazer um balanceamento, como exemplo, após determinados dias de licença o salário reduzisse a determinado quantum. Todavia, essa ideia se adequaria mais se houvesse no país mais estabilidade financeira. Mas, quem sabe, quando passar esse tempo de crise, não se torne uma ideia a ser pensada e discutida entre nossos legisladores.

## **4.2 Benefícios**

Inicialmente, é certo que há um excessivo destaque à vinculação da mulher com o cuidado dos filhos. Isso é evidente não só através do período de licença que lhe é concedido frente ao que é concedido aos homens, mas também por outros direitos que são somente conferidos às mulheres.

Num primeiro momento, isso parece ser favorável à sua proteção, mas visualizados em longo prazo, geram um maior nível de desigualdade entre gêneros no mercado de trabalho.

Podemos citar como exemplo inicial o fato de que não é permitido aos homens que levem seus filhos aos locais de trabalho em decorrência de ausência de pessoa disponível para os cuidados desses. Trata-se de um exemplo simples e, aparentemente, inofensivo. Contudo, a disparidade legal entre os gêneros tem outros reflexos além da não responsabilização do homem no cuidado de seus filhos.

É a partir de coisas como esta que se criam determinados conceitos, como o de que a contratação da mulher implicará custos exorbitantes para os

empregadores se comparados à contratação de homens, culminando em menores salários e menores oportunidades para o gênero feminino <sup>24</sup>.

Liga-se isso também a:

[...] naturalização do papel das mulheres como responsáveis pela reprodução da família [...] se reflete, por exemplo, nas menores oportunidades de acesso das mulheres aos cargos de maior responsabilidade e hierarquicamente superiores, uma vez que elas, supostamente, teriam menos disponibilidade e até interesse em se dedicar ao trabalho dito produtivo.<sup>25</sup>

Isso faz com que cheguemos ao cerne da questão: a de que as diferenças na contratação de homens e mulheres não são evidenciadas pela existência de leis protetivas, mas pela maneira em que as legislações trabalhistas e previdenciárias se apresentam.

Nesse mesmo sentido, Thomé <sup>26</sup> destaca:

Mesmo com a Constituição de 1988, todavia, as desigualdades continuam. Conforme os dados apresentados na PNAD DE 2007, comparando os rendimentos por cor ou raça dentro dos grupos com igual nível de escolaridade, consegue-se perceber a persistência da discriminação de gênero, já que o rendimento médio real de todos os trabalhos da força de trabalho feminina correspondia a 66,1% da remuneração média masculina.

Portanto, enquanto não houver certa conciliação entre a vida laboral e a família, o gênero feminino continuará sendo reprimido na esfera trabalhista, tendo seu progresso de carreira ainda mais reduzido, com poucas condições de participação na mobilidade sindical e sem usufruir do seu lazer, liberdade e descanso.

Nesse diapasão, fazemos alusão às palavras de Sorj, Fontes e Machado <sup>27</sup>, quanto aos tipos de políticas públicas mais existentes em países

---

<sup>24</sup> ABRAMO, L. **Mulher no mercado de trabalho: participação feminina cresce, mas desigualdade persiste**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/noticias/mulher-no-mercado-de-trabalho-participac-o-feminina-cresce-mas-desigualdade-persiste09296199725285359>>. Acesso em 12 de agosto 2017.

<sup>25</sup> GALIZA, M.; FONTOURA, N.; PINHEIRO, L. **Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero**: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, p. 855

<sup>26</sup> THOMÉ Candy Florêncio – **A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero. Um estudo Comparativo entre Brasil e Espanha**. Disponível em: [http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_80/candy\\_flarencio\\_thome.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/candy_flarencio_thome.pdf). Acesso em 13 agosto 2017.

desenvolvidos que prezam por tal conciliação entre o trabalho e os cuidados da família. Sendo elas:

- a. licenças para o devido cuidado dos filhos, sem que haja a perda de emprego e com manutenção salarial, bem como outros benefícios monetários;
- b. regulação do tempo de redução de jornada de trabalho para cuidados dos filhos sem custos econômicos para o desenvolvimento da carreira profissional;
- c. o acesso à creches, pré-escolas e escolas em tempo integral como arranjo alternativo para pais em horário de trabalho.

Lembrando que todas essas políticas públicas são cabíveis a ambos os gêneros.

Além disso, ainda que prevaleça o entendimento de que não compete aos poderes públicos determinar a divisão de tarefas dentro do ambiente familiar e doméstico, ou ainda, impor um modo de convivência à família, é certo que o dever de garantir à população uma vivência de acordo com um modelo familiar igualitário pertence ao Estado.<sup>28</sup>

## 6 CONCLUSÃO

Após pesquisas para realizar o presente trabalho constatou-se que ainda há muito o que se evoluir no aspecto jurídico a fim de que o afeto como valor jurídico passe a irradiar efeitos no instituto da licença-paternidade e maternidade.

O afeto é hoje considerado elemento essencial que deve estar presente em uma família. Como consequência, qualquer instituto jurídico que, ainda que, de forma secundária tenha por objeto à família, deverá se adequar a fim de propiciar aos seus membros, desde o início da família, o efetivo exercício ao afeto.

Dessa forma, sendo a licença-maternidade e paternidade, institutos estritamente ligados à família, também deverão sofrer alterações para se adequarem a atual realidade.

---

<sup>27</sup> SORJ, B; FONTES, A; MACHADO, D. C. **Políticas e Práticas de Conciliação entre Família e Trabalho no Brasil**. Revista Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 573-594, julho/dezembro de 2007.

<sup>28</sup> THOMÉ, 2009, loc. cit.

Como forma de concretizar a readaptação, seria viável, assim como em outros países, a concessão de prazos de licença de forma igualitária entre os pais, os quais iriam dividir de maneira isonômica o período a ser desfrutado.

Logo, propiciaria a ambos os pais um período de convivência maior com o filho recém inserido no seio familiar, possibilitando que de igual maneira, em consonância com o princípio da igualdade e paternidade responsável, criasse laços afetivos com ambos os pais.

Ainda, de forma secundária, tal adequação propiciaria efetiva diminuição na desigualdade de gêneros, a qual, ainda, infelizmente é vergonhosamente gritante em nosso país.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, L. **Mulher no mercado de trabalho: participação feminina cresce, mas desigualdade persiste**. Disponível em:

<<http://www.anamatra.org.br/noticias/mulher-no-mercado-de-trabalho-participac-o-feminina-cresce-mas-desigualdade-persiste09296199725285359>>. Acesso em 12 de agosto. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Novos rumos do direito de família** in O Direito de Família e a Constituição de 1988 coordenado por Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2015 – Presidente Prudente, 2015.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Global, 1986.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Entre marido e mulher, o estado mete a colher: reconfigurando a divisão do trabalho doméstico na Suécia**. Revista

Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 17, n. 48, Fevereiro/2002. ISSN 0102-6909.

Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092002000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092002000100011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 12/08/2017.

GALIZA, M.; FONTOURA, N.; PINHEIRO, L. **Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero**: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões. Revista Estudos Feministas, Florianópolis.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de Família Contemporâneo**. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: Origem e Evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família** in O Direito de Família e a Constituição de 1988 coordenado por Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.

MENDES, G. F., Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional** – 9. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. 1 ed. v. 3. Campinas: Bookseller, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família de Nazaré é um dos principais exemplos de parentalidade socioafetiva**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-20/processo-familiar-familia-nazareumdos-principais-exemplos-parentalidade-socioafetiva>>. Acesso em: 12 jul 2017.

SCHIFINO, Bruna Scarabelot Viegas. **O instituto da licença-maternidade e as alterações oriundas da Lei nº 12.8723/2013**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-instituto-da-licenca-maternidade-e-as-alteracoes-oriundas-da-lei-no-128732013,54564.html>>. Acesso em: 17 jul 2017.

SORJ, B; FONTES, A; MACHADO, D. C. **Políticas e Práticas de Conciliação entre Família e Trabalho no Brasil**. Revista Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 573-594, julho/dezembro de 2007.

TODARO, R. **Custos de trabalho e reprodução social em cinco países latino-americanos**. In: ABRAMO, L. (ed.). Questionando um mito: custos do trabalho de homens e mulheres. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2005. p.17-64.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Gen, Método, 2008