



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

DANIEL DE OLIVEIRA ALVES DE SOUSA

**AS LICENÇAS-PARENTAIS NO PARADIGMA SOCIAL MODERNO:
DESIGUALDADES E (IN)CONSTITUCIONALIDADE**

BRASÍLIA
2023

DANIEL DE OLIVEIRA ALVES DE SOUSA

AS LICENÇAS-PARENTAIS NO PARADIGMA SOCIAL MODERNO:
DESIGUALDADES E (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito
pelo Programa de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Orientadora: Ma. Renata Santana Lima

BRASÍLIA - DF

2023

DANIEL DE OLIVEIRA ALVES DE SOUSA

**AS LICENÇAS-PARENTAIS NO PARADIGMA SOCIAL MODERNO:
DESIGUALDADES E (IN)CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Banca examinadora:

Ma. Renata Santana Lima
Doutoranda Universidade de Brasília – UnB
Orientadora

Dr. Antônio Sérgio Escrivão Filho
Universidade de Brasília – UnB
Membro Efetivo

Especialista Francine Rossi Nunes Fernandes de Oliveira
Mestranda Universidade de Brasília – UnB
Membro Efetivo

Brasília-DF, 14 de julho de 2023

A meu pai e minha mãe, que desde cedo me ensinaram a importância de cuidar e ser cuidado.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é compreender criticamente a multiplicidade de aspectos atrelados às licenças-parentais, utilizando como caso concreto de análise o *leading case* do Tema 1.182 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, buscou estudar as origens da licença-parental no Brasil, cotejando seus formatos e sua abrangência com as várias estruturas sociais que atravessou. Em seguida, trabalhamos o modelo das licenças concedidas aos guardiães com o modelo social contemporâneo, confrontando seus formatos com o paradigma social vigente e aquele que se deseja enquanto sociedade justa e igualitária. Neste contexto, a partir da análise do dever de cuidado e da distribuição desigual do trabalho doméstico, nos debruçamos sobre as desigualdades de gênero perpetuadas pela concessão desigual de licença-maternidade e paternidade. Aliado a esse posicionamento, trabalhamos a incompatibilidade da distinção biológica feitas para a concessão de licenças-parentais com a pluralidade nos modelos de família já reconhecidos no ordenamento jurídico. Então, trabalhamos a licença-parental como um instrumento para a garantia de direitos fundamentais da criança e do adolescente que seria cuidado neste período, dada a relevância de seus cuidados e os prejuízos que sofreria pela negativa de tal direito. Para concluir o embasamento teórico, analisamos o instituto e sua desigualdade à luz da Constituição Federal de 1988, que criou a licença-parental masculina, aprofundando essa análise com o debate ocorrido na Assembleia Nacional Constituinte para a criação e modulação do direito. No capítulo seguinte, adotando a metodologia de análise de conteúdo de Laurence Bardin (2016), analisamos os votos do Recurso Extraordinário nº 1.348.854/SP através das unidades de registo temas “Direito à diferença entre o pai e a mãe”, “Direito à igualdade entre pais e mães” e “Licença-parental como direito da criança”. Disso, conseguimos evidenciar contradições, prevalências e peculiaridades da licença-parental sob a lente do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; licença-parental; licença-paternidade; licença-maternidade; cuidado; igualdade de gênero.

ABSTRACT

The objective of this work is to critically understand the multiplicity of aspects related to parental leaves, using as a concrete case of analysis the leading case of Theme 1.182 with General Relevance from the Brazilian Federal Supreme Court. To achieve this, it sought to study the origins of parental leave in Brazil, examining its various formats and scopes in relation to the changing social structures it has traversed. Subsequently, an analysis was conducted comparing the existing models of leave granted to guardians with the contemporary social paradigm, with a particular focus on its compatibility with the principles of justice and gender equality within society. Within this context, an examination was undertaken regarding the duty of care and the persistent gender inequalities perpetuated by the uneven allocation of maternity and paternity leave. Furthermore, attention was given to the inherent incongruity of biologically-based distinctions applied in the allocation of parental leave, which fail to acknowledge the diverse family models already recognized within the legal framework. The study also explored parental leave as a vital instrument for safeguarding the fundamental rights of children and adolescents who are dependent on the care provided during this crucial period, emphasizing the profound impact and potential harm resulting from the denial of such rights. In order to establish a robust theoretical foundation, an analysis was conducted within the framework of the Brazilian Federal Constitution of 1988, which introduced paternal leave, thus delving into the legislative debates held during the National Constituent Assembly to shape and define this right. Subsequently, employing the methodology proposed by Laurence Bardin, an examination was carried out on the votes expressed in the Extraordinary Appeal No. 1,348,854/SP, focusing on the key themes of "The right to differentiate between fathers and mothers," "The right to equality between fathers and mothers," and "Parental leave as a child's entitlement." Through this comprehensive analysis, contradictions, prevailing views, and distinctive aspects surrounding parental leave were illuminated through the prism of the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Labor Law; parental leave; paternity leave; maternity leave; care; gender equality.

RÉSUMÉ

L'objectif de cette étude est de comprendre de manière critique la multitude d'aspects liés aux congés parentaux, en utilisant comme cas concret d'analyse l'affaire principale du Thème 1.182 de Répercussion Générale de la Cour Suprême Fédérale du Brésil. Dans cette optique, il a été cherché à étudier les origines du congé parental au Brésil, en examinant ses différents formats et étendues par rapport aux structures sociales changeantes qu'il a traversées. Ensuite, une analyse a été menée pour comparer les modèles existants de congé accordé aux tuteurs avec le paradigme social contemporain, en mettant particulièrement l'accent sur leur compatibilité avec les principes de justice et d'égalité des sexes au sein de la société. Dans ce contexte, un examen a été entrepris concernant le devoir de soin et les inégalités persistantes entre les sexes perpétuées par l'allocation inégale des congés de maternité et de paternité. De plus, une attention a été accordée à l'incohérence inhérente des distinctions basées sur la biologie appliquées à l'allocation du congé parental, qui ne reconnaissent pas les divers modèles familiaux déjà reconnus dans le cadre juridique. L'étude a également exploré le congé parental en tant qu'instrument vital pour garantir les droits fondamentaux des enfants et des adolescents qui dépendent des soins prodigués pendant cette période cruciale, mettant l'accent sur l'impact profond et les préjudices potentiels résultant du refus de tels droits. Afin d'établir une base théorique solide, une analyse a été menée dans le cadre de la Constitution Fédérale Brésilienne de 1988, qui a introduit le congé paternel, plongeant ainsi dans les débats législatifs tenus lors de l'Assemblée nationale constituante pour façonner et définir ce droit. Ensuite, en utilisant la méthodologie proposée par Laurence Bardin, un examen a été effectué sur les votes exprimés dans l'Extraordinaire Appel n° 1 348 854/SP, en se concentrant sur les thèmes clés tels que "Le droit de faire la distinction entre les pères et les mères", "Le droit à l'égalité entre les pères et les mères" et "Le congé parental en tant que droit de l'enfant". Grâce à cette analyse approfondie, les contradictions, les opinions prédominantes et les aspects distinctifs entourant le congé parental ont été éclairés à travers le prisme de la Cour Suprême Brésilienne.

Mots-clés: Droit du travail; congé parental; congé paternité; congé maternité; soin; égalité des genres.

LISTA DE SIGLAS

OMS: Organização Mundial da Saúde

INSS: Instituto Nacional do Seguro Social

CC: Código Civil, Lei 10.406 de 2002

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.452 de 1943

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

OIT: Organização Internacional do Trabalho

STF: Supremo Tribunal Federal

TST: Tribunal Superior do Trabalho

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

RE: Recurso Extraordinário

SP: São Paulo

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

ANC: Assembleia Nacional Constituinte

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. EVOLUÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DA LICENÇA-PARENTAL NO BRASIL: PERSPECTIVAS E SUJEITOS DE DIREITO	13
1.1. Panorama geral e evolução histórica da licença-parental	13
1.2. O dever de cuidado no mundo moderno: desafios e transformações na parentalidade	17
1.3. Maternidade e paternidade na pluralidade familiar: novos arranjos e perspectivas	22
1.4. A licença-parental também como direito da criança: garantindo o desenvolvimento saudável	26
1.5. A licença-paternidade e a Constituição Dirigente: análise à luz dos princípios constitucionais	30
2. A LICENÇA-PARENTAL NA ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	34
2.1 O papel e a postura da Suprema Corte Brasileira no Direito do Trabalho	34
2.2. Metodologia: Análise de conteúdo	37
2.2.1 Licença-parental e a questão da diferença	41
2.2.2 Licença-parental e a questão da igualdade	45
2.2.3 Licença-parental como direito da criança	49
2.3 Panorama geral da licença-parental no Recurso Extraordinário nº 1.348.854 de São Paulo	54
CONCLUSÃO.....	57
BIBLIOGRAFIA	59

INTRODUÇÃO

Se seu filho nascer hoje, primeiramente meus parabéns, você acaba de trazer ao mundo uma pessoa que estou certo de que será alguém incrível. Mas agora isso tudo depende de como você a criará, começaremos com toda uma adaptação na rotina de casa, aprender a alimentar, trocar fraldas etc., felizmente hoje temos um afastamento do trabalho para que possamos lidar com tudo isso. Contudo, dependendo de quem você é, terá 5, 20, 120 ou 180 dias para isso.

Já se foi o tempo em que o homem desenvolvia o trabalho externo e remunerado, para sustento de casa, enquanto o trabalho doméstico e o cuidado familiar era algo obrigatoriamente feminino. Mulheres conquistaram seu direito de trabalhar no âmbito público, mas pouco vimos quanto a uma correta divisão do trabalho desempenhado dentro de casa, ou seja, elas acumularam o que se convencionou chamar de dupla jornada de trabalho.

O Direito, contudo, ao invés de contribuir para mitigar essa desigualdade de gênero, perpetua o modelo de patriarcal que fazia essa divisão, pois quando se têm um filho, após os 5 dias de licença-paternidade, são pelo menos 115 dias em que a mulher fica em casa cuidando do filho recém-nascido ou adotado, enquanto o homem está no trabalho externo remunerado, divisão familiar que ecoa na ideia que temos de paternidade e maternidade.

Bom, em 2023 temos vigente um instituto jurídico que claramente não se justifica por diferença biológica, mas que diferencia homens de mulheres, sejam genitores ou adotantes, no dever e no direito de cuidar dos filhos, mesmo que há 35 anos tenha a Constituição sido clara quanto à igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, inclusive nos papéis da sociedade conjugal.

Um instituto que diferencia pais e mães, mesmo que hoje não seja esse o único modelo de família existente, mimetizando aquele modelo de família nos demais formatos, como se fosse ele o correto, a ponto de diminuir a abrangência de um direito fundamental parental do qual dependem inúmeros direitos fundamentais daquele que será cuidado.

A licença-parental foi criada como um direito para possibilitar a igualdade, evoluiu nesse sentido até certo ponto, mas tão lentamente que hoje percebemos que seu formato não mais se adequa a sociedade em que vivemos, tampouco à que desejamos, se transformando em um empecilho para atingirmos a igualdade, apesar de ainda ter potencial para que atinja seu objetivo.

Nessa monografia, estudaremos essa multiplicidade de aspectos atrelados às licenças-parentais, desde sua criação, sua evolução e a formulação de um embasamento teórico acerca

do instituto jurídico em voga, buscando compreender sua natureza, objetivos e sujeitos de direito, tal como contrariedades e problematizações da licença-parental pela ótica social e constitucional brasileira.

Em seguida, para aferir a incidência destes fundamentos e até mesmo demonstrar que são corretos pela lente do Supremo Tribunal Federal, que hoje ocupa uma centralidade no tratamento dos direitos sociais, pelo método de análise de conteúdo de Laurence Bardin destrincharemos os votos dos ministros no Recurso Extraordinário 1.348.854 de São Paulo, *leading case*, julgado em 12 de maio de 2022 que resultou no Tema de Repercussão Geral 1.182.

1. EVOLUÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DA LICENÇA-PARENTAL NO BRASIL: PERSPECTIVAS E SUJEITOS DE DIREITO

Nascida como um instituto que proibia o trabalho desenvolvido no setor público por mulheres grávidas nas últimas semanas de gestação e nas seguintes ao parto, a licença-parental absorveu pouco a pouco mais instrumentos protetivos e finalidades, desde o aumento do prazo de licença conferido à mãe e previsão de salário-maternidade, até a criação de instituto similar para a figura paterna, modificando a própria compreensão deste direito trabalhista.

Todavia, apesar da incontestável mudança social que percebemos ao compararmos a sociedade em que foi criada e a que vivemos hoje, pouco se modificou nos moldes legislativos das licenças-parentais, transformando aquilo que já foi visto como um direito apto a conferir maior igualdade entre homens e mulheres em um empecilho para a evolução social no caminho da igualdade.

Para defender tal ponto de vista, neste capítulo faremos um apanhado teórico acerca da licença-parental, trabalhando seus contornos legislativos em contraposição aos paradigmas sociais que atravessou, tendo em vista a evolução no dever de cuidado, e a inadequação dos institutos à ótica moderna, seja por perpetuar a desigualdade entre homens e mulheres, seja por impor essa mesma desigualdade às múltiplas formas de família não reguladas pela legislação.

Ainda, tendo em vista a existência de interesse do menor que será cuidado neste período de afastamento, levando em conta a multiplicidade de sujeitos tutelados pela licença-parental, trabalharemos o instituto como um instrumento protetivo para a criança ou para o adolescente que motivou a própria concessão do direito à licença-parental.

Por fim, a partir da compreensão do Direito como um instrumento que pode ser usado para o aprimoramento da sociedade, trabalharemos a licença-parental sob a leitura da Constituição de 1988, cujos princípios e direitos muitas vezes apontam para uma sociedade desejada, facilitando a compreensão da própria licença-paternidade, criada no Brasil pela Assembleia Nacional Constituinte.

1.1. Panorama geral e evolução histórica da licença-parental

Visando assegurar a saúde materna e infantil, o afastamento da empregada gestante é recomendado pela Organização Internacional do Trabalho desde 29 de outubro de 1919, com a proposição e assinatura da C003 - *Maternity Protection Convention* (OIT, 1919) que proibia o

trabalho da empregada nas seis semanas seguintes ao parto e lhe conferia o direito de afastamento nas seis semanas anteriores, mediante atestado médico.

Por outro lado, tal recomendação só foi ratificada pelo Brasil em 1934, passando a integrar o ordenamento pátrio com a promulgação do Decreto nº 423 em 12 de novembro de 1935, que estabeleceu, no âmbito nacional, a proibição do trabalho das empregadas durante seis semanas após o parto, assegurando apenas indenização em valor suficiente para a manutenção da mãe e do seu filho.

Tal previsão foi perpetuada no ordenamento jurídico nacional em 1943, com a entrada em vigor da Consolidação das Leis do Trabalho, mais especificamente no “Capítulo III- Da Proteção do Trabalho da Mulher”, localização normativa que reflete o modelo patriarcal de sociedade em que foi criada, pois ao distinguir do trabalho desempenhado pela mulher daquele que é considerado o padrão, e neste particular incluir a licença para cuidado dos filhos, exclui o homem do cuidado familiar e, em última análise, do trabalho doméstico (VIEIRA, 2018).

Neste diploma, a licença conferida por nascimento de filho se manteve como uma norma negativa que proibia o trabalho de mulheres grávidas 6 semanas antes e 6 semanas depois do parto¹, coincidindo com o puerpério – período essencial para a recuperação da mãe e crítico para sua saúde e do recém-nascido (OMS, 2022). Por outro lado, ao pai era dado apenas o direito de se ausentar do trabalho no dia do nascimento, que, na prática, era usado para registro da criança enquanto a mãe se recuperava (MATOS, 2022).

Não obstante a manutenção do período de puerpério pela OMS de 1943 para cá, assistimos inúmeras evoluções no direito ao afastamento da trabalhadora após o período gravítico. O primeiro avanço neste sentido ocorreu em 1967, quando se prorrogou o afastamento para 8 semanas após o parto, mas ainda naquela ideia de indenização para subsistência materno-infantil, pois só em 1974 ocorreu a criação do salário-maternidade para seguradas empregadas (ANSILIERO; RODRIGUES, 2007).

Em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, demos um salto que aponta a direção em que seguimos hoje: com a ampliação da licença à gestante para o mínimo de 120 dias e criação da licença-paternidade, respectivamente nos incisos XVIII e XIX do art. 7º da CRFB/1988, este último com período inicial de 5 dias até legislação que regulamente o direito conforme art. 10, §1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

¹ CLT. “Art. 342. É proibido o trabalho da mulher grávida no período de seis (6) semanas antes e seis semanas depois do parto.” (Texto original, revogado)

Necessário, contudo, ressaltar que apesar da ruptura com o paradigma social e constitucional anterior, a Constituição Federal de 1988 ainda representava continuidades e negativas de direito, como se nota da reduzida proteção à empregada doméstica, ainda hoje tratada em desigualdade em relação aos demais trabalhadores, ou mesmo da trabalhadores informais, cada vez mais excluídas da proteção da legislação trabalhista (DUTRA; LIMA, 2020).

Apesar disto, aqui percebemos uma evolução do direito posto que acompanhava a mudança da própria sociedade, de modo que se antes o afastamento se destinava unicamente à recuperação física e psíquica da mãe e do bebê, para a licença conferida à gestante, e ao tempo necessário para registro do filho no cartório, hoje o tempo conferido objetiva algo maior e mais importante.

Isso porque, no Direito Brasileiro contemporâneo, a licença conferida após o nascimento ou adoção de um filho, em verdade, deve ser enxergada como uma licença-parental, que, nos termos da Organização Internacional do Trabalho pode ser compreendido como um afastamento de médio-longo prazo dos guardiães do trabalho para o cuidado da criança nascida ou adotada (OIT, 2014). Instituto destinado a ambos os responsáveis que não mais se confunde com a licença-maternidade – criada para proteger a mulher e a criança tanto na gestação como no período logo após o parto.

Assim, a despeito de nomenclaturas usadas por dispositivos legais, o modelo e a duração atuais de licença-maternidade, licença-paternidade e licença-adoptante – que hoje ainda podem ser estendidas pelo programa da empresa cidadã (BRASIL, 2008) – não mais se justifica para a mera recuperação ou registro do filho, se enquadrando, portanto, no conceito real de licença-parental.

Nesse mesmo sentido, a inclusão deste último formato de licença-parental, qual seja, a licença-adoptante, que só foi incorporado no diploma celetista em 2002 (BRASIL, 2002) e ampliada para adoção de adolescentes em 2017 (BRASIL, 2017), aponta a direção que tomaremos aqui: mais do que um direito à mãe por motivos de saúde e recuperação pós-parto, a licença-parental se destina a fins maiores, tal como o cuidado inicial da criança ou adolescente, sua incorporação no ambiente familiar e demais cuidados essenciais para um amadurecimento saudável, ao mesmo tempo que traduz o reconhecimento do cuidado como trabalho.

Para compreender a mudança no instituto jurídico nos últimos anos, tanto pela via legislativa, quanto pela via judicial, se mostra indispensável ressaltar o desenvolvimento do Direito Brasileiro como um todo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, seja no

direito privado, com a sua releitura à luz dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, seja no direito público, com a limitação do poder arbitrário estatal.

Neste ponto, essencial reconhecer o impacto das lutas sociais no desenvolvimento do instituto tanto na legislação quanto na interpretação judicial, uma vez que é por meio dessas batalhas que ocorrem transformações sociais, como ensina Sousa Santos (2005). Podemos perceber isso com a ampliação dos direitos das minorias, o reconhecimento de novas identidades e a busca por igualdade de gênero, raça e classe social.

Em relação aos avanços promovidos pela Constituição de 1988, no que pertine ao assunto aqui discutido não foi diferente, como se percebe da análise dos inúmeros avanços para o salário-maternidade em 1991² e da já trabalhada licença-adoptante em 2002 destinada originariamente à empregada, enquanto só em 2013 esta licença foi estendida ao pai subsidiariamente, isto é, apenas no caso de morte da genitora e pelo tempo que lhe restava, ou, ainda quando a adoção for unilateral pelo pai (BRASIL, 2013).

Contudo, mais uma vez percebemos o pêndulo de avanços e retrocessos na garantia de direitos, uma vez que, em que pese ampliem a proteção conferida, os mesmos dispositivos legalizam e institucionalizam a desigualdade de gênero ao fixar o cuidado doméstico como se fosse tarefa tipicamente feminina, fortalecendo o sexismo e perpetuando o modelo patriarcal de sociedade.

Não obstante, necessário pontuar que, se antes o pai tinha apenas um dia de “folga” para conviver com seu filho³ - ou para registrar o nascido enquanto a mãe estava no hospital, quando o parto ocorrer em dia de semana - tal prazo foi ampliado com a criação da licença-paternidade para 5 com a Constituição da República de 1988, e, quando não há mãe, só em 2013 para o período correspondente à licença maternidade. Basta isso para imaginar a quebra na lógica do ordenamento jurídico em casos anteriores, onde o recém-nascido teria não mais que 1 ou 5 dias de convivência com o pai

Para os ocupantes de cargos públicos, por sua vez, a Constituição da República de 1988 ao prever em seu artigo 39, §3º a aplicação de diversos direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais trazidos em seu artigo 7º, incluiu o direito à licença-gestante de 120 dias, no mínimo, e a licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

² Para aprofundamento, conferir ANSILIERO; RODRIGUES, 2007.

³ CLT. “Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário: (...) III - por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana;” (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967, revogado

Assim, em obediência ao mandamento constitucional no âmbito federal, a Lei 8.112 de 1990 passou a disciplinar o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, revogando a Lei 1.711 de 1952, que previa a concessão de licença apenas para repouso à gestante, passando a prever licenças à gestante, à adotante e licença-paternidade, este último inclusive para adoção de filhos.

No entanto, se por um lado percebemos uma mudança legislativa para se adequar à realidade constitucional instaurada, trazendo normas timidamente mais avançadas, por outro podemos notar que estas ainda se distanciam do avanço pretendido pelo constituinte neste campo, como pode se extrair dos princípios constitucionais que conversam com o direito às licenças-parentais.

Não obstante a lentidão em que isso acontece, sob qualquer ótica percebemos que a evolução da licença-parental no Brasil refletiu a própria mudança nos valores sociais ao longo do século, ao reconhecer a importância do cuidado materno e a necessidade de amplificação do cuidado paterno para o bem-estar das crianças e da unidade familiar, tanto no caso de genitores, quanto de adotantes.

O que ocorreu de forma gradual e lenta desde sua introdução em 1935, com muitos pequenos avanços na legislação e um salto um pouco maior em 1988, a partir de quando o desenvolvimento do instituto foi guiado por princípios constitucionais modernos e mais humanos dado o reconhecimento da importância do cuidado parental para o bem-estar da criança e da família – instituto que também avança e recua quanto aos seus limites e modelos regulados.

1.2. O dever de cuidado no mundo moderno: desafios e transformações na parentalidade

Iniciada na literatura por Aristóteles (2006), a ideia de que “o ser humano é um ser social” foi retomada em inúmeros momentos, seja por Durkheim (2008) ou São Tomás de Aquino (2005). Enquanto, positiva ou negativamente, concordam com a importância da instituição familiar na construção social do indivíduo, por ser, em regra, o primeiro ponto de contato com a cultura social.

Essa centralidade da sociedade na instituição familiar não foge ao Direito enquanto ciência social, como se pode notar no caso brasileiro, uma vez que a Constituição da República de 1988 é clara ao estabelecer que a família é a base da sociedade, a quem se assegura especial

proteção estatal⁴. No entanto, sua definição é volátil e, como base da sociedade que é, com ela muda seu próprio formato, acompanhando a evolução social.

Isto porque a família era um conceito que historicamente se atribuía a uma composição de um homem, uma mulher, e seus filhos, cuja divisão de “papeis sociais” no ambiente familiar se distribuía em: o homem caçador-coletor, modernamente mutado para trabalhador assalariado; os filhos, por sua vez, foram de ajudantes no trabalho do pai ou da mãe, para estudantes; enquanto, por outro lado, por muito tempo a mulher manteve o papel que desempenhava, como cuidadora, incumbida do trabalho doméstico não remunerado.

Recentemente⁵, contudo, a partir de muita luta, reivindicação e pressão feminina, as mulheres foram conquistando, pouco a pouco, a redução das desigualdades de gênero, embora ainda persistam inúmeros resquícios das desigualdades injustas causadas pelo sexismo (DUARTE; NICOLLI; PEREIRA, 2021). Uma dessas, embora pareça contraditório, é a diferença entre a licença-maternidade e a licença-paternidade, que reflete e perpetua o dever de cuidado doméstico anteriormente atribuído à mulher-mãe, ao invés de efetivamente reconhecê-lo como dever igual a ser desempenhado por todos os integrantes do núcleo familiar.

Isso porque, na verdade, o cuidado doméstico majoritariamente desempenhado pelas mulheres não é mais do que uma herança de um rígido e injusto modelo patriarcal de sociedade, fruto de um dever hierárquico imposto pela sociedade e respaldado pelo Direito (SEELANDER, 2017) Conforme ensina Seelander (2017, p. 46) “Padrões de comportamento, porém, influenciam condutas – e podem ser reforçados pelo discurso jurídico mesmo em períodos de transformação social”, no caso, a concessão unilateral de licença para cuidados iniciais destinados aos filhos.

Herança social essa que ainda repercute mesmo na distribuição do trabalho desempenhado no espaço público, uma vez que as normas trabalhistas se destinam à figura de emprego masculino daquele paradigma social em que foi criado: um trabalhador que não possui responsabilidades familiares e que pode desempenhar sua carga horária por longos períodos priorizando o salário ao convívio familiar, excluindo a figura feminina (e até mesmo a masculina que se deseja) (VIEIRA, 2018).

Assim, se por um lado passaram a ocupar mais o espaço considerado público, historicamente associado ao trabalho remunerado masculino, o acumularam com o trabalho que já exerciam no âmbito doméstico, com pouca ou nenhuma mudança nos ambientes familiares,

⁴ CRFB. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

⁵ Em termos proporcionais comparados à existência da sociedade moderna.

onde, infelizmente, na maior parte das vezes o trabalho doméstico é tido como tarefa feminina. Nisso, pondera-se: como haver igualdade no direito ao trabalho se o sistema jurídico ignora e não equilibra o trabalho doméstico não remunerado distribuído de modo desigual? Não deveria o Direito garantir a igualdade no dever de cuidado doméstico?

Deve-se lembrar, que como bem explicam Duarte, Nicolli e Pereira (2021), o trabalho doméstico não remunerado, ainda majoritariamente desenvolvido unicamente por mulheres, combinado com o trabalho externo remunerado pode ser visto como uma forma de precarização do trabalho ignorada pelo Direito, fruto de uma invisibilidade econômica e institucional que se agrava com a retroalimentação da divisão desigual de trabalho doméstico mesmo quando em famílias com alto poder aquisitivo.

Não há mais espaço no Direito moderno para aceitar a soberania do poder doméstico como um clássico ambiente privado com um líder (SEELANDER, 2017), tampouco tolerar ou fazer vistas grossas para o modelo em que, o dever de provimento material já pertence ao homem e à mulher, mas o de cuidado continua a ser tipicamente feminino (DUARTE; NICOLLI; PEREIRA, 2021), padrão de comportamento que, como visto, pode influenciar condutas e ser mantido pelo ordenamento.

Mantido porque, se a licença parental concedida após o nascimento do filho não mais se confunde com a mera licença para recuperação da mãe, o que mais justificaria a diferença abissal entre o tempo concedido pela licença-paternidade e pela licença-maternidade, ou ainda, pela licença-adotante conferida à empregada, no feminino, prioritariamente, senão a perpetuação da figura patriarcal de família, onde cabe à mulher o dever de cuidado.

No entanto, embora fosse de se esperar uma mudança mais forte na divisão sexual do trabalho por ser tão incompatível com os princípios que regem o Direito moderno, por esse reconhecimento de igualdade em abstrato, fato é que persiste a desigualdade em massa, respaldada pelo próprio direito, seja por omissão do poder legislativo, por sua atuação na edição de leis que aumentam a desigualdade, seja por decisões proferidas pelo poder judiciário, que as vezes até reconhecem o erro nessa desigualdade, mas a mantêm.

Nesse ínterim, sabendo que a ausência de mecanismos públicos eficazes contribui para a manutenção de desigualdades privadas que reforçam a existência de posições sociais na sociedade, como ensina Wendy Brown (2019), não podemos esperar igualdade espontânea, já que as lacunas deixadas pela falta de intervenção pública são preenchidas pelo setor privado, onde as desigualdades já existentes são reforçadas e perpetuadas.

A cultura do cuidado no ambiente doméstico reflete bem isso, viemos de um Direito patriarcal e machista onde o estado não poderia intervir no ambiente privado (SEELANDER, 2017), e sem ações governamentais robustas e políticas públicas que promovam igualdade neste dever, as responsabilidades, oportunidades e direitos continuam sendo distribuídos de maneira desigual, reforçando os lugares sociais estabelecidos e a divisão sexual do trabalho.

Com efeito, essa cisão é estruturante de toda a sociedade. Por exemplo, ocorrendo divórcio, segundo o IBGE (2021), embora a guarda compartilhada tenha crescido significativamente, de 7,5% em 2014 para 34,5% em 2021, a guarda dos filhos ainda é majoritariamente feminina, sendo 54,2% de guardas unilaterais femininas para apenas 3,6% de guardas masculinas.

No entanto, o próprio órgão aponta o crescimento de guarda compartilhada, em detrimento da guarda unilateral feminina (que atingia 85,1% em 2014), como reflexo de alterações jurídicas e sociais, haja vista que com a alteração promovida pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, passou-se a priorizar a guarda compartilhada quando não tiver acordo, onde, como regra, antes tínhamos a guarda feminina se os guardiães discordassem⁶.

Importante trazer à discussão que o dever de cuidar dos filhos, embora contenha também uma carga obrigacional, exaustiva ou laboral – uma vez que demanda tempo, esforço, disposição e gera cansaço – não é algo necessariamente negativo. Isso porque, o cuidado familiar também se configura como um direito conferido tanto à mãe quanto ao pai, o que se percebe com a própria alteração nos números de guarda compartilhada: onde percebemos um caminho para a igualdade quando se deu direito de convívio ao pai quando ambos querem.

Com efeito, não se trata apenas de uma alegação com bases sociais, lógicas ou práticas aquém do universo jurídico. Isso porque em 1988, em meio aos inúmeros princípios constitucionais voltados à garantia de direitos fundamentais e sociais, assistimos um avanço na obrigação e na valorização do cuidado: desde o estabelecimento de um período mínimo para a licença-gestante (art. 7º, XVIII, CRFB), a proteção à maternidade (art. 6º, CRFB), até a previsão expressa de que os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelos cônjuges (art. 226, § 5º, CRFB) – o que enquadra não só o dever de provimento patrimonial, como também o direito-dever de cuidado doméstico e dos filhos.

Consegue-se perceber duas facetas simétricas de tal dispositivo, pois, se por um lado, a divisão dos direitos e deveres da sociedade conjugal, onde se encontra o direito-dever de cuidar

⁶ Código Civil, “Art. 1.584 (...) § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.”

do filho, garante à mulher o direito de dividir esta e outras tarefas com o homem, e vice-versa, ao homem também é garantido o direito de cuidar de seu filho e com ele conviver seus primeiros momentos e, como um desdobramento lógico de tal direito-dever, o tempo ou a mera chance de fazê-lo.

Importante notar que – como ocorreu no Direito de Família quanto à guarda-compartilhada – a alteração legislativa possui forte impacto na perpetuada distribuição do dever de cuidado, pois, facilitar a divisão igualitária para ambos os cônjuges, mediante intervenção estatal, possibilita que a igualdade que buscamos encontre espaço em termos práticos, como ensinava Brown (2019).

No entanto, o Direito do Trabalho ainda prevê inúmeras disposições sexistas que facilitam ou atribuem, pelo menos prioritariamente, o dever de cuidado à mãe. E, mais uma vez, percebemos que na prática ao não atuar ativamente para modificar a situação social, o Estado relega aos privados a distribuição do cuidado, que reafirmam suas estruturas tradicionais, ou seja, quem desempenha a maior parte do trabalho doméstico é a mãe.

Tal disparidade, além do cuidado inicial durante a licença-parental, está também expressa no artigo 397 da CLT, cuja redação dada em 1967 parte do pressuposto de que, sendo a mãe a cuidadora, entidades públicas destinadas à assistência e educação infantil manterão estabelecimentos em zonas de alta densidade populacional para cuidado de filhos das mulheres empregadas, de modo que mais uma vez se invisibiliza as situações alheias a esse formato padrão.

Por óbvio que não é uma disposição totalmente negativa, afinal vivendo no modelo de sociedade atual se mostram necessárias essas estruturas estatais que permitem a integração feminina no mercado de trabalho, mas em termos legais conferi-la exclusivamente à mãe como se fosse a única cuidadora possível no mínimo dificulta a possibilidade de que o pai seja aquele que cuida.

Em suma, a igualdade nos direitos relativos ao trabalho ainda é um tema relevante e atual com inúmeros desdobramentos jurídicos, mesmo após décadas de luta feminina por direitos iguais, pois embora a mulher tenha conquistado o direito ao trabalho externo e público, ainda persiste a desigualdade na divisão do trabalho doméstico não remunerado, principalmente associado ao dever de cuidado, o que perpetua o papel de cuidadora atribuído historicamente às mulheres.

A diferença entre os prazos conferidos à licença-maternidade e a licença-paternidade é um exemplo claro disso, pois se trata de óbice legislativo para uma atuação mais ativa do pai

no cuidado dos filhos, que necessariamente reflete na divisão do trabalho doméstico não remunerado exercido, ainda muitas vezes, individualmente pela mulher, o que demanda uma postura ativa do Estado. Desta forma, é necessário que o sistema jurídico incentive e possibilite a divisão igualitária das responsabilidades familiares, a fim de que homens e mulheres possam desfrutar de uma vida profissional e pessoal mais equilibrada e justa.

Para tanto, é preciso que as pessoas, inclusive os homens, também se engajem na luta pela igualdade de gênero no dever de cuidado, abandonando conceitos patriarcais ultrapassados que alimentam a desigualdade. A igualdade não é uma questão apenas de gênero, mas uma questão de justiça social, e sua promoção é essencial para a construção de uma sociedade mais democrática e igualitária. Somente quando homens e mulheres tiverem acesso igualitário a todos os aspectos da vida é que poderemos falar verdadeiramente em uma sociedade justa e igualitária.

1.3. Maternidade e paternidade na pluralidade familiar: novos arranjos e perspectivas

O mesmo resultado, qual seja, a necessidade de alteração do modelo de licença-parental seria alcançada, talvez até de forma mais direta, pelo Princípio da Isonomia, consagrado no caput e no primeiro inciso do artigo 5º da Constituição Cidadã⁷. Esse princípio, aliás, é um ponto chave para a discussão acerca da própria parentalidade, tendo em vista que, se outrora a figura da família possuía não só uma hierarquia e papéis sociais bem definidos, assim como seu formato, não mais deveria permitir tal distinção na sociedade moderna.

Fruto do histórico tratamento desigual que sempre esteve presente nas sociedades humanas, o qual ensejou inúmeras lutas sociais, o princípio da isonomia é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, podendo ser explicado como um valor jurídico que impõe o tratamento isonômico e justo a todos os indivíduos que se encontram em situações equivalentes.

Em síntese, tal postulado busca garantir que as diferenças sociais, econômicas e culturais não sejam parâmetros para a concessão ou negação de direitos. Nesse sentido, conforme os ensinamentos de Canotilho (2011), a igualdade é um princípio fundamental para a concretização da justiça social e para a promoção da cidadania e da dignidade humana.

⁷ CRFB, “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;”

No caso brasileiro, o princípio ganha uma nova roupagem com a promulgação da Constituição da República de 1988, pois passa a permear todos os campos do Direito e da vida social, sendo trazido desde o preâmbulo, enquanto carta de intenções, como também em seu art. 3º, III, no que toca à igualdade social e regional, no art. 5º, caput, enquanto direito e garantia fundamental, assim como em seu primeiro inciso, para erradicar a diferença atrelada ao gênero, entre inúmeras outras menções expressas ou implícitas no Texto Constitucional, como é o caso da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III CRFB), certamente inalcançável sem o Direito à Igualdade.

Dessa forma, incontestável que o princípio da igualdade é um tema relevante e sempre atual no contexto do direito constitucional brasileiro, pois diz respeito à garantia dos direitos fundamentais e à promoção da igualdade de oportunidades e do acesso à justiça para todos os cidadãos.

Aqui, se faz necessário lembrar que, nenhum princípio promoveu tamanha transformação do Direito de Família (Lobo, 2008). Isso porque, o Princípio da Igualdade não só transformou a estrutura interna da família dita como “tradicional”, constituída por um homem e uma mulher, como equiparou a união estável ao matrimônio e também abriu o próprio direito às inúmeras formas de famílias.

Tal princípio ganha uma nova roupagem ao considerarmos o direito de minorias sociais, pois, em um regime em que se elegem seus representantes e governantes com base em números de votos, aqueles que seriam representados por menos pessoas possuem menos voz no processo legislativo, e até constituinte.

Tal desigualdade no poder desagua no que se popularizou como a ideia da “tirania da maioria”, que, idealizado por Sócrates⁸, mas popularizada por John Stuart Mill (1942), ocorreria quando a vontade da maior parte da população vai na contramão dos direitos fundamentais das minorias de poder.

No entanto, necessário ressaltar que ir contra direitos fundamentais pode ocorrer tanto ativamente, pela proibição, como pela omissão dos direitos àquela parte da população, espaço onde entra o Direito à Igualdade, para que, por meio de imposição judicial ou alteração legislativa promovida por lutas sociais, lhes sejam assegurados direitos com mesma amplitude e abrangência do que aqueles garantidos à outra parte da população, efetivamente representada nas casas legislativas.

⁸ Conforme se depreende da leitura de Górgias, de Platão (1973).

Sobre isso, embora avance em inúmeros direitos e garantias individuais, proibindo expressamente desigualdades por motivos religiosos, filosóficos, raciais e entre homens e mulheres, a Constituição não o faz expressamente quanto à orientação sexual, de modo que foi necessária muita luta para que fosse reconhecida pela Suprema Corte, apenas em 2011 o direito à união estável entre pessoas do mesmo sexo, e, mais importante que o instituto jurídico, seu reconhecimento como família, com base no Direito à Igualdade.

Meses depois, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS, reconheceu, também, a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo vedada pela Resolução 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça a recusa por cartórios em realizar casamento homossexual.

A introdução da pluralidade das formas de família e a compreensão da diversidade de identidades de gênero ao debate tem o condão de rechaçar qualquer lógica na distinção entre licença-parental concedida ao homem e à mulher, pois não mais encontramos necessariamente a dualidade homem-mulher para a existência de um ambiente familiar, já que a pluralidade de formas de família se refere ao fato de que existem diversos arranjos familiares que fogem do considerado modelo tradicional de família composta por pai, mãe e filhos.

Isso inclui, por exemplo, famílias homoafetivas, formadas por casais do mesmo sexo; famílias recompostas, em que um dos cônjuges possui filhos de um relacionamento anterior; e famílias pluriparentais, em que duas ou mais pessoas assumem conjuntamente a responsabilidade pela criação dos filhos, entre outras possibilidades.

É importante destacar que a pluralidade de formas de família não é um fenômeno recente, mas sim resultado de mudanças sociais e culturais que ocorrem ao longo do tempo, sendo mais rápidas em sociedades cuja legislação é mais liberal e aberta à diversidade, uma vez que a realidade sociojurídica pode limitar a plena liberdade de expressão quanto à orientação sexual (MADEIRA; BRAUNER, 2012).

Além disso, é um tema que suscita debates jurídicos, políticos e sociais, já que a legislação nem sempre acompanha as transformações sociais e pode acabar por excluir ou marginalizar certos arranjos familiares. Neste particular, em momentos pontuais a legislação trabalhista até prevê uma saída, como no artigo 392-A, §5º da CLT, em que se prescreve que em caso de adoção ou guarda judicial conjunta, apenas um dos adotantes ou guardiães terá a licença-maternidade.

A própria expressão usada já se mostra excludente, haja vista que o instituto, por ser reflexo da proteção à maternidade, se destina à mãe, o que por um lado parece diminuir a

paternidade, única figura existente em casais formados por dois homens homossexuais, obrigando-os a se enquadrar no formato de família onde há um pai e uma mãe; e por outro, quando em relações homoafetivas de duas mulheres, aponta no sentido de negar a uma das mães o direito à licença-maternidade.

Ao mesmo tempo, o instituto pode ser percebido como um reconhecimento jurídico de posições sociais preferíveis, ou preestabelecidas, o que, deixando-os alheios à regulação estatal, exclui os demais modelos de família de sua garantia de direitos, ao mesmo tempo que estabelece a divisão interna do modelo de família regulado.

Ademais, os avanços da medicina reprodutiva permitem ir além, dada a possibilidade de fertilização *in vitro*, que faculta a uma das mães o implante de óvulo fecundado em sua parceira, para que esta seja a gestante. Neste caso, considerando o direito à igualdade e a proteção à maternidade, especialmente à gestante, todos expressamente previstos na Constituição, como encaixar a negativa do direito à licença-maternidade a qualquer uma delas?

Seguindo essa linha evolutiva do Direito, onde, sob a lente do Princípio da Igualdade, não há espaço para o Estado limitar a maternidade ou a paternidade aos moldes de uma sociedade patriarcal, em 2017 o Conselho Nacional de Justiça emitiu o Provimento de nº 63, que em seu artigo 16, §2º prevê a necessidade de adequação do assento de nascimento ao fato de possuir dois pais ou duas mães, sem distinção⁹.

Desta forma, assim como não se pode negar o direito de ser reconhecida e registrada como mãe na certidão de nascimento de seu filho, o Estado, limitado pelo Princípio da Isonomia, também não pode vedar, obstar ou dificultar à mãe seu direito à licença-maternidade somente pelo fato de escolher constituir família com pessoa do mesmo gênero, como se só pudesse haver uma mãe na composição familiar.

Reflexamente, e ainda por igualdade, não se harmoniza com o Ordenamento Jurídico moderno a concessão de licença-paternidade de 5 dias ao pai, em relacionamento homoafetivo, que optou pela fertilização *in vitro*, com o uso da chamada “barriga de aluguel”, situação essa que não se enquadra em nenhum dos dispositivos celetistas.

Desta forma, evidenciada, mais uma vez, a incompatibilidade da diferenciação da licença-parental com base apenas no gênero do sujeito de direito, apontando a necessidade de modernização do instituto à nova realidade social.

⁹ Art. 16 (...) §2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

1.4. A licença-parental também como direito da criança: garantindo o desenvolvimento saudável

O ponto de encontro de todos os casos para a concessão de licença-parental, desenvolvidos ou não neste trabalho, é a existência de um filho que deve, pode e tem o direito de ser cuidado em contrapartida à existência de alguém cuidando. Nesse diapasão, uma outra forma de se enxergar o direito à licença-parental seria observando-a como não só um direito voltado a seus guardiães, mas sim como um direito que lhe pertence, enquanto sujeito de direito.

Como ensina Miguel Reale (2001, p. 230), sujeito de direito é aquele a que as normas jurídicas se destinam, seja pessoa física ou jurídica, podendo lhe ser atribuído pelo sistema jurídico tanto direitos, quanto obrigações; enquanto a personalidade poderia ser definida como “a capacidade genérica de ser sujeito de direitos”, ou seja, aquele que tem personalidade, é sujeito de direitos.

O conceito de sujeito de direito de Miguel Reale (2001) está fundamentado na ideia de que o Direito é uma ordem normativa que regula as relações entre os indivíduos e as instituições. Assim, os sujeitos de direito são aqueles que podem ser reconhecidos e protegidos pelo sistema jurídico, detendo a capacidade de exercer direitos ou assumir obrigações, no entanto, podemos dividir a capacidade jurídica entre capacidade de direito e capacidade de exercício.

Capacidade de direito, também conhecida como capacidade de gozo, pode ser compreendida como a capacidade de ser sujeito de direitos, atrelados à sua própria existência. Por sua vez, a Capacidade de exercício, ou de fato, é a capacidade que tem o sujeito de exercer seus direitos (ANDRADE, 2003), o que, por limitações biológicas e sociais não foi dado pelo Código Civil por completo às crianças, para protegê-las, na medida de suas incapacidades:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

(...)

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Embora não possuam plena capacidade jurídica, sabemos que tanto as crianças, quanto os nascituros têm personalidade (CC, art. 2º), e podem, conseqüentemente, serem sujeitos de direito, podendo, por exemplo herdar (CC, art. 1.798), serem indenizados; e, com a publicação da Lei do Planejamento Familiar e o Estatuto da Criança e do Adolescente, possuem um amplo

mecanismo especialmente voltado para a proteção a seus direitos ao cuidado, à saúde e ao bem-estar infantil.

Recentemente, muito se discutiu quanto aos direitos garantidos à criança, seja nos seus primeiros momentos de vida, seja ainda antes do parto, como se observa no Direito Civil, com a garantia dos direitos da personalidade, e no Direito do Trabalho, com a estabilidade da gestante independentemente do prévio conhecimento da mulher ou de comunicação ao trabalhador¹⁰ e inúmeras proibições referentes ao trabalho de sua mãe em condições insalubres enquanto o gestar, pelo artigo 394-A da CLT.

Tais proibições, inclusive, ganharam palco com a crise sanitária gerada pelo vírus Sars-CoV-2, causador da pandemia de Covid-19, pelo risco gerado pela doença à gestação, levando o Congresso Nacional a editar a Lei 14.151, que vedava o trabalho presencial de mulheres grávidas, sendo alterado posteriormente para possibilitar seu retorno quando possuísem o ciclo de vacinação completa.

Nesse contexto, se mostra imperioso destacar que a vedação ao trabalho de gestante em local insalubre tem como sujeito principal o próprio nascituro, pois, como ressaltou o Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.938 do Distrito Federal ao declarar a inconstitucionalidade de exigência de atestado médico trazido pela Reforma Trabalhista ao art. 394-A, II e III, da CLT, a proteção à maternidade e integral proteção à criança “são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido” (BRASIL, 2019, p.2).

Como explicam Vieira e Nicolli, “o cerne do raciocínio que embasa a decisão da ADI 5938 não é a proteção dos direitos das mulheres trabalhadoras, mas tutela para evitar que, caso ela não conheça, não tenha acesso a médico ou seja “negligente”, o bebê seja protegido” (VIEIRA; NICOLLI, 2021, p. 206), de modo que o Supremo Tribunal Federal, a despeito da redução na liberdade ao próprio corpo da trabalhadora, priorizou o bem-estar e a saúde do nascituro, invertendo as ordens tradicionais de quem seria o sujeito de direito primário e secundário.

A fixação de tal premissa se mostra indispensável para firmar o entendimento de que existem direitos trabalhistas voltados não só aos membros da relação de emprego, mas também

¹⁰ RE 629.053/SP

a terceiros, onde nos deparamos com regras jurídicas que se destinam não apenas aos trabalhadores, mas também aos seus filhos, como sujeitos prioritários da norma jurídica, razão pela qual não pode um terceiro renunciar tal prerrogativa, ou negligenciá-la.

Neste ponto, nos deparamos com um direito indisponível, que, da leitura do próprio artigo 11 do Código Civil¹¹, compreendemos que são aqueles que não podem ser renunciados, transacionados ou negociados, uma vez que são considerados fundamentais e essenciais para a dignidade e integridade das pessoas. Em outras palavras, esses direitos são protegidos além do âmbito individual, já que estão relacionados a questões primordiais, tais como vida, liberdade, igualdade, segurança, saúde, entre outros, que não podem ser objeto de acordo ou convenção entre as partes, nem mesmo por meio de renúncia ou transação, pois sua proteção é de interesse público e não pode ser afastada.

Tal conceito é importante para definir o destinatário da norma, pois, comparando o instituto ao afastamento de gestantes do trabalho em locais insalubres, notamos que a indisponibilidade não está associada a qualquer questão primordial da gestante em si, pois o que se busca defender, primacialmente, é a saúde e a própria vida do nascituro, isso tudo por meio de uma norma negativa trabalhista.

Aqui, se dividirmos os tipos de sujeitos em relação ao destinatário da regra jurídica, teríamos o nascituro como sujeito mediato do direito ao afastamento, pois indiretamente visa garantir sua saúde, por meio de imposição de condutas a terceiros, enquanto seria a gestante apenas o sujeito de direito imediato, pois nela se impõe a proibição de labor em ambiente insalubre, ao mesmo tempo que garante seu direito ao afastamento.

Inúmeros foram os direitos e garantias fundamentais trazidos na Constituição Cidadã, pois não mais se limita a imposição normativa para garantir apenas o direito individual, por meio de mera abstenção estatal, uma vez que, em atenção à dignidade da pessoa humana, a norma passa a limitar e conduzir a atuação de terceiros e do próprio estado para uma atuação ativa em prol da garantia de direitos sociais.

O próprio Direito do Trabalho está inserido nesse grupo de direitos sociais, mas não se pode limitar sua leitura à realidade social em que foi criado o Diploma Celetista, nem mesmo nos objetivos progressistas de sua época, já insuficientes para conferir a máxima garantia de direitos relativos ao trabalho em si.

11 Código Civil. Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Neste ponto, relembre-se que a Constituição de 1988 não só criou a licença-paternidade e ampliou a licença-maternidade, como também trouxe expressamente em seu artigo 6º como direitos sociais a educação, a saúde e a proteção à infância, e no título destinado à família dentro da ordem social, definiu como absoluta prioridade o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem os direitos à vida, à educação, à saúde e à convivência familiar, embora ainda tenha excluído sujeitos de sua proteção.

Em uma leitura dos diplomas celetistas à luz de tal previsão, no quesito saúde, chegamos à conclusão da impossibilidade de labor de gestante em local insalubre, como fez a Suprema Corte no mencionado *decisum*. Em se tratando da função constitucional de guiar a atuação legislativa, percebemos que não é outro o objetivo do artigo 75-F da CLT, recentemente incluído pela Medida Provisória 1.108 de 2022, convertido pela Lei 14.442 do mesmo ano, que determina a prioridade a ser dada pelos empregadores para empregados com filhos ou criança sob guarda judicial até 4 anos de idade.

No mesmo sentido, em uma análise das licenças-parentais concedidas, nota-se que não é outra a finalidade de qualquer afastamento do empregado após nascimento ou adoção de filhos, no entanto, a legislação ainda é desigual quanto ao direito de cuidado e convivência familiar com seus guardiães nos primeiros momentos de vida ou logo após a adoção.

O primeiro ponto que demonstra que o período conferido pela licença-maternidade depende e se destina do filho é o mero nascimento do direito se dar com sua concepção, ou em caso de adoção ou guarda, pela apresentação de termo judicial apto a comprová-la (art. 392-A, §4º, CLT), enquanto o diploma celetista prevê afastamento diverso para quando ocorrer aborto não criminoso, a fim de recuperação física e psicológica da mãe (art. 395, CLT).

Tanto é assim, que na legislação que disciplina a licença parental para os servidores públicos, em caso de natimorto, não mais se presume o afastamento de 120 dias destinado à licença, sendo que, no caso a mãe fica afastada até o 30º dia após o evento para recuperação física e psíquica, quando será submetida a exame médico para verificar sua aptidão ao retorno às atividades.

No mesmo sentido vai a alteração trazida pelo Programa da Empresa Cidadã, que condiciona o direito à prorrogação da licença-parental ao não exercício de outra atividade remunerada e a manutenção da criança sob seus cuidados, sob pena de revogação da referida prorrogação.

Além disso, para evitar desamparo do filho, a CLT prevê, em seu artigo 392-B, a concessão excepcional da licença-maternidade ao cônjuge ou companheiro da genitora em caso

de morte desta, mas condicionado ao não falecimento do filho ou de seu abandono, previsão essa também aplicável ao empregado adotante, nos termos do artigo 392-C, o que demonstra a clara finalidade de cuidado do filho pela licença.

No entanto, em que pese a legislação trabalhista, principalmente no que foi editado após a promulgação da Constituição de 1988, aponte para a ideia de que o direito ao cuidado paternal dado pelo afastamento dos responsáveis após seu nascimento, ou adoção, tem como sujeito de direito principal o filho ou a filha, não se percebe plena harmonia entre tais dispositivos e o princípio da igualdade e da convivência familiar com absoluta prioridade, como manda o Texto Constitucional.

Isso porque, partindo da premissa de que a Constituição não usa palavras inúteis, ao dar absoluta prioridade à convivência familiar, não limita essa convivência com apenas um dos guardiães em um momento tão importante para a formação infantil como os primeiros de sua vida, além do que, o cuidado especial neste momento reflete em inúmeros outros aspectos na formação do indivíduo.

Nesse sentido, conforme ensina Matos (2022), nos primeiros seis meses de vida, a criança desenvolve uma dependência emocional absoluta com seus criadores, que não pode ser quebrada de forma abrupta, isto é, com seu afastamento por muitas horas, podendo gerar experiências traumáticas para a criança, pela forte angústia gerada pelo desamparo de seus responsáveis, enquanto, por outro lado, a participação paterna no processo de gestação e nos cuidados iniciais destinados ao filho após o nascimento impactam positivamente na construção da subjetividade do nascido.

Dessa forma, se entendermos a licença-parental como um direito destinado à criança, e considerarmos que não vivemos mais naquele modelo de sociedade patriarcal onde só existia um tipo de família¹², com a atribuição de dever de cuidado a um de seus membros, não se mostra mais coerente negar o direito do filho de conviver com um de seus guardiães, negando-lhe o direito de ser criado por ambos em igualdade, independentemente de seu gênero.

1.5. A licença-paternidade e a Constituição Dirigente: análise à luz dos princípios constitucionais

De fato, a Constituição de 1988, no momento de sua promulgação, desigualava as

¹² Ou vivemos em um modelo mitigado com mais frechas e questionamentos, mas que evolui aos poucos para uma sociedade igualitária.

licenças-parentais, o que fica evidente com a distinção entre licença-gestante e licença-paternidade, desde sua diferença de nomenclatura até o período de concessão nos limites que foram previstos na Constituição. No entanto, apesar dessa diferenciação inicial, conseguimos notar a partir da ampla base principiológica contida no Texto Constitucional o objetivo final desejado com a criação da licença-paternidade.

Para isso, se faz necessário lembrar a distinção de regras e princípios, igualmente aplicáveis às normas com hierarquia constitucional, que, nos ensinamentos de Alexy (2011), teríamos as regras como normas mais rígidas, fechadas e de fácil aplicação, enquanto os princípios seriam normas abertas que apontariam que sua aplicação deveria ocorrer na maior medida possível, em suas palavras, agiriam como “mandamentos de otimização” (ALEXY, 2011, p. 90).

Trazendo ao caso em questão, se por um lado temos como regra o limite mínimo de 120 dias para a licença-gestante, e 5 dias para a licença-paternidade, até que venha lei que discipline o assunto, por outro encontramos como princípios constitucionais a igualdade entre homem e mulher, em todas as faces já detalhadas neste trabalho, a distribuição igualitária dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal e os direitos a serem garantidos com absoluta¹³ prioridade à criança, nos termos do art. 227 da CRFB/1988¹⁴.

Para tanto, é importante lembrar que a diferença inicial dos prazos de licença conferidos pela Constituição não reflete a impossibilidade de igualar a licença, muito pelo contrário, objetivam uma mudança gradual para a imposição deste novo direito, para incentivar a paternidade responsável, tema amplamente discutido na assembleia constituinte, e garantir a plena igualdade entre o homem e a mulher, como se nota dos debates da própria Assembleia Nacional Constituinte:

A SRA. IRMA PASSONI (PT – SP. Pronuncia o seguinte discurso.)

(...)

Ainda no campo da ampliação dos espaços democráticos, cabe chamar a atenção para o fato de que não haverá democracia sem a incorporação integral das mulheres no processo político, econômico e social em igualdade de condições com o homem. É por isso que lutaremos para que a nova Constituição inspire diversas mudanças na legislação civil, estabelecendo:

(...)

d) – Proteção da família, seja ela instituída civil ou naturalmente.

(...)

¹³ Ponderando a carga valorativa trazida pelo termo “absoluta”, necessário destacar que não se vê o direito da criança como absoluto, afinal trabalhamos com a ideia de que não existem “direitos absolutos”. Absoluta aqui seria a prioridade, como se seus direitos fossem prioritários no conflito de normas jurídicas.

¹⁴ CRFB. 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.

f) – O Estado deve assegurar os mecanismos do desempenho da maternidade e da paternidade. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 221 e 222)

Não só isso, no momento de votação da licença-paternidade, quando o Constituinte Senhor Cunha Bueno sugeriu a Emenda 337, que retirava o prazo inicial de licença-paternidade, que seria de 8 dias para não mais prever prazo inicial, tal como é hoje a previsão do art. 7, XIX, assim se pronunciaram as Constituintes:

A SRA. DIRCE TUTU QUADROS (PSDB – SP. Sem revisão da oradora.):

Sr. Presidente, Srs. e Sr^{as} Constituintes e Sr. Ministro aqui presente, a licença-paternidade, assim como a licença-maternidade, aqui de 120 dias, e uma das nossas grandes conquistas sociais, porque realmente melhora a qualidade do povo brasileiro. Um casal operário, vivendo com dois salários-mínimos e tendo um filho, tem grande dificuldade em dar-lhe assistência, uma vez que nos partos normais, hoje em dia, se faz uma sutura na mulher e ela tem problemas terríveis de locomoção e não há assistência alguma aos filhos que deixa em casa, principalmente os filhos mais velhos. Mas todos os nossos avanços sociais aqui encontram terrível dificuldade. A emenda do Constituinte Cunha Bueno, necessariamente, não obriga a licença-paternidade, mas sim a necessidade dela quando comprovada.

É importante também, psicologicamente, para a criança, a presença do pai – está provado cientificamente – no momento do nascimento. Não vejo como isso possa acabar com o Brasil economicamente. Outras coisas já acabaram tom o Brasil economicamente e esta Constituição nem está em vigor ainda. (Palmas.)

(...)

A SRA. BENEDITA DA SILVA (PT – RJ. Sem revisão da oradora.):

– Sr. Presidente, Srs. Constituintes, tenho acompanhado acordos feitos nesta Casa. Em nome deste acordo é que retirarei o destaque. No entanto, registro o meu constrangimento pela incompreensão do Plenário em entender a necessidade dessa licença-paternidade de 8 dias.

Isto não diz respeito apenas ao fato de os pais ficarem em casa com seus filhos; é uma luta do Movimento de Mulheres. Não posso deixar de registrar a nossa luta, das mulheres trabalhadoras, que requerem 8 dias, em nome da relação homem/mulher, na função social que o homem deve exercer nesta relação. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1988, p. 283 e 284)

Desta forma, em que pese a concessão inicial de 5 dias, prevista no ADCT, fica claro o objetivo Constitucional que sinaliza para ampliação gradual do direito, a fim de que caminhemos no sentido de concretizar o tão sonhado direito à igualdade entre homens e mulheres e de priorizar o interesse da criança no exercício do papel social a ser desempenhado pelo pai.

Neste sentido, mostra-se oportuno lembrar que os princípios constitucionais expressos e implícitos na Carta de 1988, mais do que uma regra geral para a interpretação de normas infraconstitucionais e preenchimento de lacunas, atuam como normas programáticas que refletem a própria ideia de Constituição Dirigente, de forma que não mais são meros instrumentos para a atuação do Estado, e sim normas que lhe impõem a adoção de medidas para a garantia de direitos.

Isto é, não podemos ver as normas programáticas como uma mera carta de intenção em atingir uma utopia, tal como aquilo que se deseja, mas não se corre atrás. Para tanto, é necessária a efetiva concretização destes direitos, fazendo uso dos mecanismos estatais de regulação para que aquelas não se tornem “Normas procrastinatórias”, e sim instrumentos efetivos para o aprimoramento social.

Assim, na busca pelo direito à igualdade e pela paternidade responsável, notamos que tais dispositivos constitucionais podem e devem ser usados como instrumentos para a transformação social, como já ensinava Salomão Filho (2003), gerando desde o berço a nova ideia de sociedade que buscamos: uma sociedade mais igualitária e sem obediência a um modelo injusto de estrutura familiar patriarcal.

Por outra ótica, se o Direito tem a capacidade de modificar a sociedade em busca de avanços e evoluções nele previstas, a sociedade modificada tem a capacidade de reformular o próprio Direito, em um ciclo permanente de aperfeiçoamento, pois se as normas são o resultado da aplicação da regra ao caso concreto pelo intérprete, melhorar o intérprete melhora a própria norma.

O Direito Brasileiro pós 1988 mudou a sociedade em busca da garantia máxima de dignidade da pessoa humana, garantindo igualdade e liberdade de pensamento, o que, na visão de hoje, faz com que o direito à igualdade nas licenças parentais acima trabalhado não se restrinjam a conferir igualdade às relações compostas por um pai e uma mãe, devendo se abrir a abranger toda a pluralidade de formas de família que encontramos, objetivando sempre o bem-estar com absoluta prioridade dos filhos.

Nesse contexto de avanços, continuidades e retrocessos, em um Estado Constitucional de Direito, se insere o papel da Suprema Corte enquanto intérprete da Constituição, de quem esperamos a conformação das normas à Lei Maior, ou seja, se temos um estado de patente inconstitucionalidade, é olhando para suas decisões que podemos entender ou sonhar com um avanço, e aqui, analisaremos o Recurso Extraordinário nº 1.348.854 de São Paulo.

2. A LICENÇA-PARENTAL NA ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo, levando em conta a importância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas regulações trabalhistas e sociais, buscamos perceber como a Corte entende as licenças-parentais, desde sua concepção até os momentos atuais – tendo em vista a grande diferença social entre o momento de sua criação e os dias de hoje, que geram incompatibilidade entre a norma e a realidade social que temos e que se deseja.

Para tanto, adotando a metodologia de análise de conteúdo de Laurence Bardin (2016), para destrinchar os fundamentos exarados no Recurso Extraordinário nº 1.348.854 de São Paulo, que em 2022 resultou no Tema de Repercussão Geral nº 1.182, cuja tese final foi “À luz do art. 227 da CF, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade e do princípio da paternidade responsável, a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai genitor monoparental”.

Assim, dividindo a parte da argumentação ministerial que conversa com o objetivo, a natureza e os sujeitos de direito da licença-parental, percebemos três principais grupos que possibilitam notar as modificações do instituto desde sua criação até os dias atuais, a serem trabalhados nos tópicos 2.2.1, 2.2.2 e 2.2.3 desta monografia.

Por fim, pela análise conjunta do que foi encontrado, podemos compreender como a Suprema Corte compreende a licença-parental além do que foi exposto no acórdão, permitindo notar as incoerências em seus fundamentos e quais seriam aqueles mais recorrentes, para que seja possível prever como como seriam tratadas situações futuras similares, e, em última análise, para onde caminha o direito à licença-parental no Brasil.

2.1 O papel e a postura da Suprema Corte Brasileira no Direito do Trabalho

Desde as primeiras cadeiras da faculdade de Direito, aprendemos que para a aplicação de normas e solução de problemas jurídicos nos deparamos frequentemente com falhas aparentes no ordenamento, como antinomias ou lacunas, o que conferiu ao juiz um especial poder para adequar a complexidade da realidade social ao resumido dispositivo impresso em lei.

No caso brasileiro, diante de uma constituição nova, extensa e permeada de princípios jurídicos abertos – em contraposição às inúmeras leis antigas, rígidas e muitas vezes inadaptadas à realidade social em que vivemos – a Suprema Corte Brasileira assume um papel

de extrema relevância para a solução de conflitos jurídicos nos mais variados ramos, ora garantindo avanços, ora ratificando ou promovendo retrocessos, ampliando a competência jurisdicional desta corte tal como foram ampliados a noção de direitos fundamentais, como bem explica Escrivão Filho (2018, p. 21):

Neste quadro dicotômico entre ampliação de direitos fundamentais e manutenção das estruturas de poder, foi a função judicial que saiu fortalecida, expandindo seu poder de atuação, tanto com a retomada do controle judicial sobre os atos legislativos e de governo como com a expansão política dos direitos agora submetidos ao abrigo judicial, potencializados sob a condição de direitos fundamentais – notadamente aqueles referidos à relação entre Estado e sociedade, seja em uma perspectiva de não intervenção ou de prestação estatal.

No que concerne ao STF, especificamente, como apresentado acima, tal cenário consolida-se, ainda, na medida da ampliação da competência da jurisdição constitucional e a intensa provocação dos atores políticos, no sentido de testar e buscar delimitar o novo contorno político da relação entre os poderes, conferindo ampla legitimidade e poder político para o STF neste ambiente de definição dos rumos da democracia na nova ordem constitucional.

Não parece difícil compreender como esta súbita sobrecarga política sobre uma estrutura destreinada a participar democraticamente da deliberação sobre conflitos de elevada intensidade política, econômica e social, geraria um curto-circuito institucional, na medida da fórmula que alia expansão política e blindagem institucional e em oposição à sua abertura democrática ao diálogo nos termos da participação e controle social.

A relevância desse papel dado ao Supremo Tribunal Federal por si mesmo¹⁵, atingiu uma certa centralidade no campo da regulação das relações de trabalho nos últimos anos, tendo em vista que com a precarização dos direitos trabalhistas – tanto no âmbito legislativo, quanto no âmbito social, como na situação dos trabalhadores de aplicativo – cabe ao Supremo assegurar a continuidade dos direitos constitucionalmente garantidos.

Todavia, não é o que ocorre, pois não raras vezes nos deparamos com um retrocesso ratificado ou criado por decisões da Corte. Muito embora não sejam retrocessos formais, ainda são retrocessos por representarem reduções em direitos sociais conquistados com muita luta e debate para um maior equilíbrio na relação empregado-empregador.

Necessário fazer essa ressalta, já que o Direito Constitucional é regido por um conjunto de princípios e normas que visam a proteção e a promoção dos direitos fundamentais sempre em atenção ao princípio do não retrocesso social, que desempenha um papel fundamental nesse contexto. No entanto, é importante destacar que se, por um lado, o princípio do não retrocesso

15 Pois a Constituição diz quem a interpreta e guarda, e, nos termos de seu artigo 102, quem a interpreta e guarda no caso nacional é o Supremo Tribunal Federal, instituição que também se mostrou responsável por dizer quais seriam os limites de sua interpretação, como bem explica Cardoso (2021).

social não impede mudanças ou ajustes na sociedade, pelo menos veda o retrocesso do ponto de vista formal, buscando garantir maior segurança jurídica (SILVA, 2008).

Isto é, ao analisar questões que envolvem a implementação de direitos sociais, a Suprema Corte deve considerar o princípio do não retrocesso social como uma salvaguarda para evitar que direitos já conquistados sejam prejudicados. Ou seja, a Corte deve avaliar se uma determinada decisão pode representar um retrocesso em relação aos avanços já alcançados em termos de direitos sociais.

Assim, permitir tais mudanças de fato não impede a adoção de medidas que visem aperfeiçoar e adaptar esses direitos às novas realidades sociais, mas essa permissão deve ser sempre usada se atendo à necessidade de preservar as conquistas sociais com apenas a flexibilidade necessária para o desenvolvimento e aprimoramento da sociedade como um todo.

Contudo, não é o que se observa sempre nas decisões do STF relativas ao Direito do Trabalho, pois, aqui, quem define o que é ou não retrocesso – e até onde vale a pena aceitar uma perda trabalhista em prol de outro direito – as vezes ignora a especialidade da relação empregatícia, gerando precarização para que se priorize a economia neoliberal.

Desta forma, seriam retrocessos parciais estes – digo parciais porque Direito é debate e disputa, como se nota a partir da figura clássica de processo, então alguém ganha. No entanto, essa vitória desagua na inadequação da decisão ao arcabouço principiológico do ramo jurídico debatido, o que apesar de não ser um retrocesso formal, ainda gera grandes perdas no direito ao trabalho digno.

Isso ocorre por diversos motivos, e é agravado com a complexidade das relações sociais e, eventualmente, as limitações de visão jurídica pelas formações dos ministros, de modo que nem sempre as decisões proferidas pela Suprema Corte são coerentes à luz dos princípios intrínsecos àquele ramo jurídico.

Não é por outro motivo que a Corte, composta por um considerável número de constitucionalistas e civilistas progressistas, garante até uma alta eficácia às normas de tal ramo, como se pode notar do avanço social causado pela ADI 4.277, pela ADPF 132 ou pela ADI 4424, que garantiram direitos familiares e civis igualitários ampliativos sobre a ótica constitucional.

Enquanto isso, as decisões referentes ao Direito do Trabalho parecem muitas vezes ignorar as peculiaridades da relação empregado-empregador, peculiaridades estas que desempenham um papel fundamental no campo do Direito do Trabalho, uma vez que essa relação é caracterizada por uma assimetria de poder e dependência econômica entre as partes

envolvidas, o que demanda a intervenção do Direito para equilibrar essa relação e garantir a proteção dos direitos dos trabalhadores.

Neste sentido, vários foram os retrocessos no campo trabalhista vindos das decisões da Corte Constitucional Brasileira, que, nos termos de Aldacy Rachid Coutinho (2017), nos últimos anos tem migrado para uma “racionalidade econômica efficientista”, em substituição à “racionalidade jurídica da legalidade”, diametralmente opostas às decisões da Corte Trabalhista, que garantem maiores direitos aos trabalhadores, criticada por aquele tribunal como aviltante à segurança jurídica.

Desta forma, difícil não perceber a incompatibilidade de determinadas decisões com o conjunto de normas e princípios trabalhistas que visam assegurar condições dignas de trabalho, a remuneração justa, a segurança e saúde ocupacional, a proteção contra a discriminação e outras formas de abuso por parte do empregador. Nos últimos dias, por exemplos, assistimos a suspensão do vínculo empregatício entre motoristas de aplicativo, com a declaração de incompetência da justiça do Trabalho para tanto¹⁶ e a possibilidade de acordos e convenção coletivas suprimirem direitos trabalhistas (Tema de Repercussão Geral 1.046 do STF).

Assim, se por um lado o Supremo Tribunal Federal relativiza direitos trabalhistas, de outro, expande a aplicação de direitos civis, geralmente atrelados à igualdade, direitos difusos, infantis etc. No meio disso temos casos interessantes em que assistimos tímidos avanços no Direito do Trabalho, quando o direito trabalhista em litígio escapa do tratamento único do vínculo laboral, ou às regras celetistas, como é o caso do Tema 1.182.

Conforme bem trabalham Nicolli e Vieira (2021), apesar da regra nos últimos anos ser a precarização trabalhista quando o Direito do Trabalho é levado ao Supremo Tribunal Federal, questões correlatas ao gênero e sexualidades escapam ao dismantelamento dos direitos sociais trabalhistas, onde poderíamos festejar as decisões da Corte, se não fossem permeadas por contradições e pequenos retrocessos que se escondem nos avanços que concedem.

2.2. Metodologia: Análise de conteúdo

A metodologia adotada desempenha um papel essencial em qualquer pesquisa acadêmica, pois é por meio dela que são estabelecidos os caminhos e instrumentos para a coleta e análise dos dados. Neste trabalho, onde faremos a análise de um julgado do Supremo Tribunal Federal, empregaremos a metodologia de análise de conteúdo na forma proposta por Laurence

¹⁶ Veja mais em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507792&ori=1>.

Bardin (2016), que proporciona uma abordagem sistemática e aprofundada para a compreensão desse julgado.

A adoção da metodologia de análise de conteúdo nasceu com o objetivo de explorar o conteúdo de forma objetiva e rigorosa (BARDIN, 2016). Esta pretensão de objetividade, entretanto, não deve ignorar a subjetividade intrínseca ao próprio campo das ciências sociais, de modo que nos permita a extração e compreensão mais clara do conteúdo do julgado – evitando vieses que levem a supervalorar ou ocultar posicionamentos contrários ao que defende o próprio pesquisador, permitindo a percepção dos argumentos adotados pelos julgadores e sua incidência ou repetição nos discursos individualmente considerados.

Com base nos princípios delineados por Bardin (2016), a análise de conteúdo oferece ferramentas para a identificação de unidades de registro e a construção de categorias de análise, permitindo uma compreensão mais detalhada do objeto de estudo. Ainda, essa metodologia proporciona uma organização estruturada dos dados coletados, facilitando a identificação de padrões e a emergência de reflexões e compreensão do instituto em debate.

Assim, a adoção da metodologia proposta por Bardin (2016) se mostra pertinente por sua capacidade de investigar o julgado em profundidade. Isso porque com o método – ao extrair informações relevantes de maneira analítica, identificar padrões discursivos e analisar os argumentos jurídicos presentes no texto – poderemos compreender as tendências e os entendimentos adotados no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca da licença-parental.

No caso concreto do julgado, a aplicação da metodologia de análise de conteúdo proposta por Bardin (2016) permitirá uma investigação minuciosa dos aspectos jurídicos envolvidos. Através da identificação das unidades de registro com base no que foi discutido no primeiro capítulo, que reflete as múltiplas faces da licença-parental, será possível delinear categorias de contexto que permitam uma análise clara dos fundamentos adotados.

Dessa forma, a análise de conteúdo proporciona uma base sólida para a compreensão do julgado, bem como para a identificação de possíveis implicações e desdobramentos no campo do Direito do Trabalho levando em consideração a visão do instituto sob a lente constitucional exercida pela Suprema Corte, permitindo entender até mesmo qual a lente usada pela Corte.

Laurence Bardin (2016) destaca alguns conceitos-chave que auxiliam na condução da análise de conteúdo. Um desses conceitos é o de unidade de registro, que, em apertada síntese, representa cada elemento ou fragmento do texto que será objeto de análise. Segundo a autora, essas unidades de registro podem ser palavras, frases, parágrafos ou até mesmo partes maiores do texto, dependendo do objetivo da pesquisa.

Outro conceito importante é o de categoria de análise, que consiste em agrupar as unidades de registro que possuem características semelhantes ou relacionadas. Essas categorias são criadas a partir da identificação de padrões, temas ou elementos recorrentes no conteúdo analisado. Elas servem como instrumentos de organização e interpretação dos dados, possibilitando uma análise mais estruturada e consistente (BARDIN, 2016).

É válido ressaltar que a análise de conteúdo pode ser tanto qualitativa quanto quantitativa. Na abordagem qualitativa, busca-se compreender a complexidade e a subjetividade do conteúdo, explorando seus significados e contextos mais profundos. Já na abordagem quantitativa, procura-se quantificar e mensurar características específicas, como a frequência de determinadas palavras ou temas (BARDIN, 2016).

A escolha entre uma abordagem qualitativa ou quantitativa depende dos objetivos da pesquisa, do tipo de dados disponíveis e das perguntas de pesquisa a serem respondidas. Muito embora, essas abordagens não sejam excludentes, podendo até ser combinadas para obter uma compreensão mais abrangente do conteúdo analisado, priorizaremos uma abordagem qualitativa (BARDIN, 2016).

O objetivo desta pesquisa é analisar como o Supremo Tribunal Federal compreende a licença-parental, instituto típico do Direito do Trabalho, mas permeado de inúmeros aspectos socioculturais que extrapolam o direito trabalhista em si. Para tanto, analisaremos a argumentação ministerial, destacando a predominância nos argumentos adotados pelos votantes para a garantia do instituto além de seus moldes legislativos.

Como *corpus* da análise, adotaremos os votos apresentados no Recurso Extraordinário nº 1.348.854 de São Paulo, julgado em 12 de maio de 2022, com a fixação do Tema 1.182 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal¹⁷. A escolha desse julgado está diretamente ligada à distância fática entre a ideia de sujeito de direito e os motivos que levaram à criação da licença-maternidade e o caso concreto, onde temos um pai solteiro de crianças gêmeas geradas por reprodução assistida.

Isto porque, como já ressaltado no primeiro capítulo deste trabalho, uma vez que o direito à licença-parental não mais se limita à visão usada para a instituição da licença conferida à mãe, apenas para cuidados, analisar a aplicação do instituto a um caso em que não se enquadra

17 À luz do art. 227 da CF, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade e do princípio da paternidade responsável, a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai genitor monoparental

no modelo dito como padrão de família, assim como a sujeito estranho à norma, facilita compreender a visão da Suprema Corte acerca do instituto.

Ou seja, embora seja indiscutível que a licença-maternidade é um direito conferido à mãe para os cuidados iniciais do filho, quando se aplica o instituto a casos além da tipicidade clássica, são evidenciados os objetivos indispensáveis e direitos fundamentais protegidos pela licença-parental, para além do enquadramento normativo-típico de “é mãe, conceda-se a licença”.

Esta visão permite o isolamento da alma do direito, pois quando se aplica a norma por analogia, restam evidenciados os bens jurídicos por ela tutelados, ou seja, “se este caso não se enquadra na previsão normativa, mas ainda assim conferimos o direito, por que o fazemos?”. Assim extraímos a razão de ser da norma, fazendo com que a licença-parental de longa duração (licença-maternidade) possa ser compreendida além da lente social que embaça nossa visão ao compreender a licença como um direito-dever apenas materno, perpetuando o modelo de sociedade onde apenas à mulher é distribuído o dever de cuidado.

No caso em questão, trata-se de pai biológico de crianças gêmeas, não adotante, cuja gestação se deu por fertilização *in vitro*, não havendo morte da mãe para que o direito fosse repassado ao pai, estando filiado ao regime próprio de previdência social, portanto, não assegurado por quaisquer dos escapes legislativos para a concessão da licença parental de longa duração ao recorrido.

Quanto à delimitação do *corpus*, necessário pontuar que, uma vez que um dos principais argumentos patronais foi a inexistência de fonte de custeio, a maioria dos Ministros se debruçam acerca do tema. No entanto, ao mesmo tempo que não desconsideraremos por completo os trechos em que discutem essas matérias relativas a equilíbrio atuarial ou fonte de custeio, não nos aprofundaremos em tal análise, já que pouco informa sobre os objetivos da licença-parentalidade.

Em verdade, até se mostra relevante debater a fonte de custeio para o benefício previdenciário atrelado à licença, pois é um ponto crucial para a possibilidade de implementação de uma licença igualitária. Por outro lado, se limitando aos objetivos pesquisados nessa monografia, ao analisar a parte da decisão que trabalha tais temas, só consideraremos trechos que informem algo direto sobre a licença-parental em si.

Ainda sobre o texto a ser analisado, necessário ressaltar que infelizmente esteve ausente no julgamento do mérito, justificadamente, a Ministra Rosa Weber, cuja visão sobre o instituto certamente enriqueceria o debate acerca do Direito Trabalhista, dada sua procedência do

Tribunal Superior do Trabalho, enquanto os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski acompanharam o Relator, sem acrescentar fundamentação, de modo que temos oito votos para análise.

Após a delimitação do *corpus* e análise da totalidade da argumentação adotada pelos Ministros, para a codificação do material dividimos a argumentação em três temas principais a partir de uma análise qualitativa, chegando às unidades de registro (tema): a) Direito à diferença entre o pai e a mãe; b) Direito à igualdade entre pais e mães; e c) Licença-parental como direito da criança; diferenciando suas múltiplas faces e as respectivas incidências nos discursos ministeriais, conforme será detalhado nos subtópicos que seguem.

Por fim, após esta categorização, fazemos um breve apanhado conectando os três marcadores adotados.

2.2.1 Licença-parental e a questão da diferença

Para aplicar a licença-parental de 180 dias, destinada à mãe, ao pai, que teria direito aos 20 dias, não se pode deixar de lado o motivo que justifica essa diferença de prazo, de modo que o julgado em questão se mostra um bom campo para não só notar qual seria a diferença que torna constitucional o dispositivo, na visão da Suprema Corte, como também se tal justificativa persiste, ou não no mundo contemporâneo.

Neste ponto, buscamos codificar as argumentações ministeriais que transmitam o direito à diferença como ponte para chegar ao direito à igualdade material, analisando qualitativamente sua relevância no julgado, afinal, se estivesse ausente a discussão poderíamos comprometer uma visão geral do instituto, pois foi criado e positivado considerando essa diferenciação histórica.

O marcador esteve expressamente presente em quase todos os votos, com exceção do Ministro Gilmar Mendes e da Ministra Cármen Lúcia. No entanto, naqueles em que percebemos o tema diferenciação, podemos notar uma amplitude de tratamento, que trabalham o tema desde diferença que justificou o prazo dado pela lei no momento de sua criação, em comparação à situação atual da sociedade, até se essa diferença justifica o tratamento desigual.

Não por outro motivo, após relatório e contextualização¹⁸ da lide, o Relator Ministro Alexandre de Moraes começou seu voto com a explicação, em argumentação generalista, de

18 Contextualização parcialmente incorreta, afinal inicia o texto afirmando que se trata de discussão acerca do “direito ao benefício do salário maternidade pelo prazo de 180 dias” ao “pai solteiro de crianças geradas através

quando, no Direito, se mostra possível a diferenciação sem que isso ofenda o direito à igualdade previsto na Constituição, ou seja, para que não sejam consideradas discriminatórias as normas que deem tratamento diverso a pessoas em igual situação.

Ademais, como se nota dos relatórios de cada Ministro, a diferenciação biológica entre homens e mulheres foi um dos principais argumentos da recorrente para a não extensão da licença de 180 dias para os pais, de modo que não se justificaria a concessão do pleito do trabalhador, o que traz à baila a necessidade de trabalhar tal argumento. No entanto, a argumentação da recorrente foi trabalhada de diversas formas diferentes pelos ministros votantes.

A justificativa da diferença fisiológica, biológica ou até cultural, que justificavam a distinção da licença-maternidade em comparação à licença-paternidade esteve presente nos votos de boa parte dos ministros que fundamentaram seus votos, mas eventualmente tidos como superados, quando não foram rechaçados com o argumento direto de que inexistia diferença suficiente para tanto.

O Relator, contudo, tratou o tema por uma ótica diferenciada, pois não só nega a própria diferença biológica peculiar que justifique o tratamento entre homens e mulheres, atribuindo a diferença justificadora à existência da criança gestada ou nascida, baseando-se em precedentes da corte e afirmando que:

O entendimento dessa SUPREMA CORTE aponta que **há situações onde o tratamento singularmente favorecido para a mulher pauta-se em justificativa plausível, pois a desequiparação se baseia em razões lógicas**, como no caso dos serviços que expõem as empregadas gestantes e lactantes a atividades insalubres, ou na hipótese de despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante, isso **porque, nessas circunstâncias, a exposição da mulher que carrega o nascituro em seu ventre não só a prejudica, mas sobretudo coloca em risco à saúde da criança.**

O tratamento jurídico entre homens e mulheres, nos termos do artigo 5º inciso I da Constituição Federal, deverá ser isonômico, somente sendo possível excepcional desequiparação quando for observado o binômio “elemento discriminador – finalidade constitucional”, com base em diferenças biológicas peculiares entre os gêneros.

Não é, entretanto, o que ocorre na presente hipótese, onde se busca a proteção íntegra da criança, a ser concretizada no termos do artigo 226 §5º da Constituição Federal (“Os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”), que atribuiu “ao homem e à mulher identidade dos direitos e deveres a serem desempenhados por cada qual”, não só em relação à sociedade conjugal em si, mas, sobretudo, no que tange ao cuidado, guarda e educação dos filhos menores. (BRASIL, 2022, p. 18 e 19, g.n.)

de procedimento de fertilização in vitro e utilização de barriga de aluguel”, quando, na verdade falamos do direito à licença-parental de longa duração a pai, nessa condição, vinculado ao regime estatutário da União.

Os ministros André Mendonça e Nunes Marques convergiram no ponto, de modo que justificaram tal diferenciação de prazo para garantia de recuperação adequada do parto, amamentação e cuidados maternos iniciais decorrentes da incorporação da sociedade dessa divisão social, o que, embora tenha justificado a gênese do instituto, não mais busca a atuação solitária da mãe e não é suficiente a diferenciação pelas peculiaridades biológicas dos responsáveis (BRASIL, 2022).

No entanto, necessário apontar que o Ministro André Mendonça oscila quanto à clareza de tal posicionamento, pois embora traga essa ideia da busca pela inexistência de diferenciação do trabalho doméstico masculino na antecipação de voto, no voto em si alega que apesar das diferenças biológicas com reflexos históricos e sociais que fizeram com que a licença-maternidade fosse maior, não se pode ignorar o direito da criança ao cuidado.

Enquanto o Ministro Nunes Marques, por sua vez, reconhecendo o definhamento das diferenças que justificam o desequilíbrio no prazo de licenças-parentais, apontou que, diante das mudanças culturais que refletiram no direito, essa diferença caminha para a inconstitucionalidade em uma autêntica mutação constitucional.

No ponto, não destoou muito o Ministro Edson Fachin, que além de remeter sua fundamentação a trechos de acórdãos que mencionavam a importância do puerpério, amamentação e desenvolvimento infantil, trouxe a diferenciação em uma curta menção, ao afirmar, assim como os dois ministros acima, que o benefício não tutelava só a mãe, e por isso mesmo sem o fator que diferencie e justifique o instituto nos termos de sua origem, dever-se-ia aplicar o direito em proteção ao infante.

Em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao invés de trabalhar diferenças que justificassem os prazos concedidos, julgou no sentido de que a licença-maternidade “não é dada propriamente ou primariamente no interesse da mãe, pelo parto ou por qualquer outra consequência advinda da gestação, mas, sim, no interesse da criança, para permitir o convívio intenso e direto do pai ou da mãe, ou de ambos” (BRASIL, 2022, p. 102)., sem, contudo, explicar porque entende constitucional a diferenciação.

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, em que pese não discorrer sobre a diferenciação, a nega indiretamente em todos os sentidos ao afirmar que “neste caso, não uma extensão, mas o reconhecimento do direito que é igual, por isso que eu falei em igualação.” (BRASIL, 2022, p. 110).

Enquanto isso, o Ministro Gilmar Mendes traz um voto curioso, quase que contraditório, isso porque, se embasando na pluralidade familiar e nas licenças conferidas aos adotantes,

chama estas de licenças-parentais como se fosse comum e inexistisse diferença entre os institutos no direito moderno ao afirmar que “hodiernamente, chama-se de licença parental, sem realizar-se diferença entre licença maternidade e paternidade.” (BRASIL, 2022, p. 130), deixando de trabalhar especificamente a diferença, ou os motivos de tal diferença, afirmando no máximo que qualquer diferenciação, sem justificativa razoável, que acentue a desigualdade entre servidores federais, como ocorreria no caso, violaria o princípio constitucional da isonomia e a proteção integral e sem discriminação à criança.

Por fim, o Ministro Luiz Fux é claro quanto a que, de fato o direito à licença-parental nasceu como um afastamento para recuperação da puérpera e cuidados iniciais atrelados ao aspecto biológico da mulher e da criança, no entanto, já não se justifica sob este pretexto há muito tempo, se tratando de um direito que assiste à família e à criança.

Nesse sentido, em relação às diferenças iniciais e atuais que justificaram o prazo maior para a licença-paternidade, assim como as soluções em caso de conflito, podemos estabelecer o seguinte quadro resumo:

	<i>Diferença inicial</i> ¹⁹	<i>Diferença Atual</i> ²⁰	<i>Solução</i>
<i>Alexandre de Moraes</i>	Desequiparação da mãe por risco à saúde da criança	Desequiparação da mãe por risco ao bem-estar da criança	Concessão por estar na mesma situação de fato
<i>André Mendonça</i>	Fisiológica/Biológica e cultural	Apenas biológica	Busca pelo compartilhamento das responsabilidades familiares e maior interesse da criança.
<i>Nunes Marques</i>	Biológica e cultural	Apenas biológica	Equiparação gradual das licenças-parentais.
<i>Edson Fachin</i>	Biológica e afetiva (binômio materno-infantil)	Se existe, é pouca, pois o instituto tutela do vínculo parental entre genitores e filhos	Hoje o direito à licença-parental foge às diferenças biológicas dos guardiães
<i>Roberto Barroso</i>	Não são relevantes para a concessão do direito à licença-parental		A licença-parental é dada no interesse da criança, independente da situação dos responsáveis
<i>Cármen Lúcia</i>	Inexistem diferenças entre pais e mães		Reconhecimento de direito igual

19 Considera-se “diferença inicial” aquela que justificava, na sociedade e no momento da edição da lei que justificava um prazo a maior para as mães.

20 Considera-se “diferença atual” aquela entre homens e mulheres na sociedade atual que justifique qualquer tratamento desigual no prazo de licença.

<i>Gilmar Mendes</i>	Trata os institutos como iguais		Diferenciações como estas seriam inconstitucionais.
<i>Luíz Fux</i>	Biológicas	Irrelevantes para a concessão da licença-parental	Direito que assiste à família e à criança

Fonte: Elaboração própria do Autor a partir dos votos apresentados no julgamento do RE nº 1.348.854/SP

Desta forma, apesar da variedade de fundamentos adotados, notamos que os ministros votantes são unânimes quanto à atual inexistência de diferenças entre pai e mãe que justifiquem a diferenciação nos prazos de licença-parental, ao mesmo tempo que reconhecem a necessidade de sua concessão, seja para cuidados da criança, seja para o convívio familiar.

No entanto, não deixa de ser curiosa a contradição na argumentação ministerial com a conclusão final por eles tomada. Isso porque, apesar de apontarem mutação constitucional e até mesmo inexistência de diferença atual entre pais e mães que sejam suficientes para justificar um prazo desigual, mantêm essa desigualdade em vigor no ordenamento.

2.2.2 Licença-parental e a questão da igualdade²¹

Inexistindo a diferenciação que justificaria a concessão de licença-parental prolongada para um guardião em contraposição à licença-parental de 5 ou 20 dias para o outro, o caminho lógico que tomamos é o de garantir igualdade aos responsáveis, tornando relevante a codificação dos votos nesse sentido.

Para tanto, incluiu-se aqui os fundamentos que tivessem como tema o direito à igualdade entre os pais e mães, excluídos os relativos à diferença, que já foram trabalhados no item anterior, mas que se mostram relevantes para uma reinterpretação dos institutos de licença-maternidade, licença-paternidade e licença-adorante, tal como perceber a amplitude da argumentação ministerial.

Assim, como era esperado pela elasticidade do princípio em referência, notamos que apesar de ser fundamento unânime nos votos dos Ministros da Corte, o princípio da isonomia se expressou de inúmeras formas diferentes, enriquecendo o debate com fortes argumentos que permitem uma certa previsão de como continuarão evoluindo as licenças-parentais a medida que o tema foi reapreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

²¹ Neste marcador, em oposição ao anterior, encontram-se as argumentações relacionadas à questão da igualdade na concessão de licença a pais e mães. Discussões sobre a igualdade entre crianças e filhos, por sua vez, encontram-se no marcador “Licença-parental como direito da criança”, do qual trataremos no item 2.2.3 desta monografia.

O Relator, Ministro Alexandre de Moraes, introduz sua argumentação dialogando o direito constitucional à igualdade com o direito à diferença, já trabalhado, trazendo variadas faces do instituto, eventualmente contraditórias. Isso porque, se por um lado iguala os homens e as mulheres em direitos e deveres atinentes à sociedade conjugal, usa o mesmo princípio para dizer que o pai monoparental, especificamente, estaria em desigualdade quando não lhe estendem os direitos garantidos à mulher para cuidado do filho.

No entanto, continua sua argumentação trazendo os julgados desta Corte que garantiram direito à igualdade entre guardiães em situações diversas, tais como adotantes, e registrando pela ótica do direito comparado países que avançaram no sentido de garantir direito isonômico nas licenças-parentais, registrando o princípio da isonomia na tese de repercussão geral que sugeriu²².

Neste ponto, necessário destacar que não foi esta a tese que prevaleceu na corte, pois, após crítica do Ministro Gilmar Mendes pela aparente limitação da tese à isonomia entre homem e mulher, sugeriu sua supressão para que o entendimento adotado não se limitasse a tal modelo de família.

Seguindo a ordem de votação, o Ministro André Mendonça também menciona a igualdade nos papéis atribuídos ao homem e à mulher na sociedade conjugal, como bem manda o artigo 229 da CFRB/1988, mas, assim como o relator, não aprofunda tal igualdade, justificando a concessão do direito mais pela criança do que por seus cuidadores.

O Ministro Nunes Marques, por sua vez, traz o princípio da igualdade como uma bússola para acelerar a mudança cultural trazida pela paternidade responsável que exige maior atuação masculina no ambiente doméstico, trazendo dados de direito para demonstrar o sentido do direito internacional, como fez o relator, ao mostrar que a Espanha igualou as licenças-parentais para, entre outros motivos “(i) conferir maior equalização dos deveres dos cônjuges quanto aos cuidados com o recém-nascido” (BRASIL, 2022, p. 63).

No mesmo sentido, ressalta que a equiparação jurídica dos guardiães quanto às licenças-parentais deve ocorrer por atuação do poder legislativo de modo gradual, haja vista que, como já mencionado no tópico anterior, a desigualdade nos prazos caminha para a inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da igualdade.

22 À luz do art. 227 da CF, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade, a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai, genitor monoparental, em respeito ao princípio da isonomia de direitos entre o homem e a mulher (art. 5º, I, CF).

Curioso, contudo, tal transferência de responsabilidade ao Poder Legislativo. Isso porque, quando estamos falando de adaptação de norma que gradualmente se torna incompatível com a Constituição, não é papel prioritário ou único do Legislativo fazer tal correção, ou pelo menos não tem sido assim que tem entendido a Suprema Corte desde a reinterpretção do Mandado de Injunção, e sim do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição.

Ademais, uma vez que como detalhado no tópico 2.2.1 o mesmo ministro fala que a diferença que justificou a desequiparação no momento de criação do instituto foi biológica e social, e esta última não mais subsiste ou se deseja, não mais teríamos o que a tornaria constitucional. Afinal, pela argumentação do julgador, se a diferença entre as licenças-parentais caminha para a inconstitucionalidade, qual é esta mudança em curso que quando completada acarretará inconstitucionalidade? A menos que ainda seja desigual o dever de cuidado, nenhuma.

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, embora não traga argumentação referente ao princípio da isonomia entre os pais e mães, traz, implicitamente, em sua sustentação a necessidade de tratamento igualitário às famílias monoparentais onde há apenas o pai ao afirmar que “O vínculo paterno não é menor e não pode ser tratado de forma distinta pelo ordenamento jurídico.” (BRASIL, 2022, p. 96).

Já o Ministro Luís Roberto Barroso, trabalhando as múltiplas formas de família – e na linha de direito da licença-parental como independente das características biológicas do genitor – aplica de modo peculiar o princípio da igualdade: como integrativo de lacuna aparente para interpretação extensiva da licença-maternidade ao afirmar que “estamos ampliando um pouco o sentido de maternidade para incluir o pai que esteja na condição de também exercer paternidade e maternidade ao mesmo tempo” (BRASIL, 2022, p. 104), mas sem explicar o que seria essa diferença entre a maternidade e a paternidade, mas deixando claro sua visão de quem seria responsável pelos primeiros cuidados.

A Ministra Cármen Lúcia, por outro lado, nos traz um voto rico, coeso e forte no que toca à igualdade. Aliada ao argumento que gerou a própria licença-paternidade na Assembleia Nacional Constituinte, a Ministra fundamenta o direito à igualdade na licença-parental como o próprio direito de ser pai, como atuante igualitário, e não secundário no ambiente doméstico, tal como a mãe o é majoritariamente nos dias de hoje.

Como a única ministra mulher votante, além de concordar com os votos já listados, se debruçou com profundidade nas desigualdades sociais e nos reflexos da ausência paterna na

criação dos filhos e desempenho das atividades domésticas, demonstrando o interesse feminino em leis que não dificultem, e sim possibilitem a efetividade do direito conquistado, possibilitando aos pais serem iguais as mães no desempenho das tarefas de cuidado.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, traz a isonomia em suas entrelinhas, de modo reflexo ao direito da criança – que será trabalhado no tópico seguinte. Isso porque, embora não cite a igualdade entre os guardiães de forma direta, trabalha como desiguais inúmeras faces do princípio à igualdade que, embora mencionados por alguns dos outros votantes, não foi aprofundada de modo adequado: a pluralidade de famílias.

Ocorre que, quando a pluralidade nas formas de família aparecia como argumento nos demais votos, era mais atrelado à família monoparental, caso em discussão, de modo que os outros votantes anteriormente mencionados não aprofundaram a desigualdade gerada pela concessão de licença-parental à luz da temática de gênero, o que impacta nos filhos de uniões homoafetivas, problematizando a ofensa ao princípio da igualdade que decorreria de licença-parental que discrimine a orientação sexual dos responsáveis ou o meio usado para reprodução.

Ao fim, em seu voto, o ministro Luiz Fux destina um tópico inteiro para trabalhar o Princípio Constitucional da Isonomia, aplicando-o como óbice ao tratamento desigual feito pela licença-maternidade e licença-paternidade em duas óticas: pela desigualdade entre homens e mulheres no cuidado familiar e pelos riscos de tal distinção às famílias plurais.

Quanto à distinção entre homens e mulheres, o Ministro critica o tratamento não isonômico por fortalecer o sexismo ao resgatar o modelo de família patriarcal em que, quando nascida uma criança, esta fica com a mãe em casa, a quem competia o cuidado e educação dos filhos, enquanto o pai está fora desempenhando o trabalho externo remunerado.

Além disso, aponta ofensa ao princípio da igualdade pela conseqüente diferenciação dos distintos modelos familiares, que ficam desabrigados pela inadequação de sua família aos modelos familiares regulados pelo Estado, por não corresponderem à família composta por homem, mulher e filho(a).

Dada a multiplicidade de faces do direito à igualdade, considerando a isonomia entre as múltiplas formas de família e as nuances que diferenciam o direito de ser pai (de cuidar do filho), do dever de ser pai que reflete na igualdade social entre homem e mulher, podemos dividir o fundamento adotado pelos ministros para aplicação do princípio da seguinte forma:

	<i>Igualdade das licenças-parentais para igualdade social entre homem e mulher²³</i>	<i>Igualdade das licenças-parentais para não desigualar as múltiplas formas de família</i>	<i>Igualdade no direito de ser pai e de cuidar dos filhos²³</i>
<i>Alexandre de Moraes</i>	X	X	X
<i>André Mendonça</i>	X		
<i>Nunes Marques</i>	X		X
<i>Edson Fachin</i>			X
<i>Roberto Barroso</i>		X	
<i>Cármem Lúcia</i>	X		X
<i>Gilmar Mendes</i>		X	
<i>Luíz Fux</i>	X	X	X

Fonte: Elaboração própria do Autor a partir dos votos apresentados no julgamento do RE nº 1.348.854/SP

Assim, percebemos que apesar das várias formas em que se expressam o princípio da isonomia, sob a ótica do Supremo Tribunal Federal a distinção entre a licença-paternidade de 5 ou 20 dias, e a licença-maternidade de 120 ou 180 dias, perde progressivamente seu sentido ao caminhar para inconstitucionalidade por ofensa ao princípio constitucional ao tratamento igualitário, por qualquer dos fundamentos adotados.

Contudo, ironicamente, aos olhos da Suprema Corte ainda não seria inconstitucional o tratamento desigual daqueles que seriam iguais em direitos e deveres atrelados ao cuidado.

2.2.3 Licença-parental como direito da criança

Como vimos, os destinatários da norma podem variar. No caso em questão, podemos ter a licença-parental tanto como direito do responsável, enquanto sujeito que gozará do afastamento, não para descanso, mas sim para maior dedicação no trabalho doméstico de

²³ A principal distinção entre a primeira e a terceira coluna desta tabela reside na forma como vemos a licença, naquela dualidade direito-dever. Enquanto na primeira coluna temos uma predominância do direito à igualdade como um fator determinante para o dever igualitário de cuidado, que possibilitaria atingir igualdade social às mulheres no cuidado doméstico; a terceira coluna trabalha o cuidado mais como um direito do pai, levando em consideração o direito de cuidar e conviver com seus filhos, que historicamente foi negligenciado pois erroneamente viam isso como uma tarefa feminina.

cuidado, como direito da criança, enquanto sujeito a quem se destina o afastamento, para que seja cuidado por seus genitores.

Portanto, neste tema, buscamos perceber a incidência da ideia de licença-parental como direito prioritariamente destinado à criança, e não mais aos seus cuidadores. A percepção da incidência desse argumento, demonstra em si uma mudança no entendimento do instituto, pois, como explicado, em sua origem, fora criado para a mãe se recuperar do parto, se transformando em uma licença para destinação aos cuidados infantis.

Por um lado, notou-se uma alta incidência dessa argumentação nos votos analisados, sendo não só unânime entre os votantes, como também ocupando argumentações e exemplos mais longos, o que se refletiu na própria ementa do julgado, que repetiu o tema direito da criança nos itens 2, 4, 5, 6 e 7:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GENITOR MONOPARENTAL DE CRIANÇAS GÊMEAS GERADAS POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO (“BARRIGA DE ALUGUEL”). DIREITO AO BENEFÍCIO DE SALÁRIO-MATERNIDADE PELO PRAZO DE 180 DIAS.

1. Não há previsão legal da possibilidade de o pai solteiro, que optou pelo procedimento de fertilização in vitro em “barriga de aluguel”, obter a licença-maternidade.

2. A Constituição Federal, no art. 227, estabelece com absoluta prioridade a integral proteção à criança. A ratio dos artigos 6º e 7º da CF não é só salvaguardar os direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido.

3. O art. 226, § 5º, da Lei Fundamental estabelece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, não só em relação à sociedade conjugal em si, mas, sobretudo, no que tange ao cuidado, guarda e educação dos filhos menores.

4. A circunstância de as crianças terem sido geradas por meio fertilização in vitro e utilização de barriga de aluguel mostra-se irrelevante, pois, se a licença adotante é assegurada a homens e mulheres indistintamente, **não há razão lógica para que a licença e o salário-maternidade não seja estendido ao homem quando do nascimento de filhos biológicos que serão criados unicamente pelo pai. Entendimento contrário afronta os princípios do melhor interesse da criança, da razoabilidade e da isonomia.**

5. A Nota Informativa SEI nº 398/2022/ME, e Nota Técnica SEI nº 18585/2021/ME, emitidas pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, trazidas aos autos pelo INSS, informam que “em consonância com a proteção integral da criança”, a Administração Pública federal reconhece ‘o direito, equivalente ao prazo da licença à gestante a uma das pessoas presentes na filiação, independente de gênero e estado civil, desde que ausente a parturiente na composição familiar do servidor’”.

6. As informações constantes nas aludidas Notas emitidas pelo Ministério da Economia apenas confirmam que o entendimento exposto no voto acompanha a compreensão que esta CORTE tem reiteradamente afirmado nas questões relativas à proteção da criança e do adolescente, para os quais a atenção e o cuidado parentais são indispensáveis para o desenvolvimento saudável e seguro.

7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Fixada, para fins de repercussão geral, a seguinte tese ao Tema 1182: “**À luz do art. 227 da CF que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade, bem como do princípio da isonomia**

de direitos entre o homem e a mulher (art. 5º, I, CF), a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88, e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai, genitor monoparental, servidor público.” (BRASIL, 2022, p. 1-2).

No entanto, se mostra necessário ressaltar que essa incidência pode (ou não) decorrer da necessidade de um argumento forte usado para uma situação excepcional, qual seja, um pai solteiro de crianças gêmeas desassistido por qualquer licença-parental de longa duração, onde seriam as crianças as principais – embora não as únicas – prejudicadas pela negativa jurisdicional, porque estariam desassistidas.

No voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes, o interesse da criança, tutelado no artigo 227 da CRFB/1988 esteve presente em toda sua argumentação, intercalando com os demais pontos trabalhados nas outras unidades de registro. Como dito, o Ministro justificou a diferença entre o tratamento do pai e da mãe pela existência da criança, objetivando o desenvolvimento seguro e saudável do nascido.

Neste sentido, retomou a ideia que expôs na ADI nº 5.938/DF de que o amparo à maternidade e a proteção à criança são direitos irrenunciáveis e inafastáveis para evitar prejuízos ao recém-nascido, tratando-se de direito fundamental que justificaria determinados direitos trabalhistas, como a estabilidade provisória prevista no artigo 10º, II do ADCT, o afastamento de mulher gestante de ambientes laborais insalubres e as próprias licenças-parentais.

Interessante pontuar que esta foi uma das únicas argumentações que entraram mais no Direito do Trabalho, pois enquanto as demais de limitavam a mencionar artigos referentes, este de fato explicou o motivo da distinção do tratamento dado à mãe ou ao pai trabalhadores, quando estes se encontram em uma situação que poderia prejudicar o bem-estar daquele de quem cuidam, justificando o direito-dever.

Além disso, considerando o direito ao cuidado inicial decorrente da licença-parental, defendeu que prover o recurso extraordinário em questão resultaria em ofensa à igualdade entre os filhos adotivos e biológicos, vedado pelo ordenamento, ao argumento de que, nesta situação, o filho do pai solteiro adotante teria direito à licença-adotante de 180 dias, enquanto o proveniente de fertilização *in vitro*, como era o caso, teria apenas os 20 dias.

Trouxe também, por meio de trecho do voto do Ministro Roberto Barroso no Tema 782 de Repercussão Geral, em que era relator, um relevante guia para interpretação da “absoluta prioridade” dada à proteção infantil pelo artigo 227 da Constituição da República, ao afirmar que “A própria Carta expressa por meio da palavra prioridade, a precedência em abstrato e

prima facie dos direitos dos menores, em caso de colisão com outras normas” (BRASIL, 2022, p. 21).

Ao fim, após as considerações relativas ao direito comparado, o Relator foi direto e claro ao concluir que:

“Nada obstante, consoante toda a fundamentação aqui expendida, conclui-se que o objetivo da licença-maternidade ou adotante é assegurar o melhor interesse da criança, uma vez que é nos primeiros dias de vida que se criam os laços de afetividade com aquele que será o responsável pela criação e educação do menor, elos indispensáveis para a construção de uma personalidade saudável.

Principalmente, na hipótese vertente, na qual a criança não terá o convívio com a mãe que a gerou por meio de fertilização in vitro e de gestação por substituição, **a presença do pai após o nascimento torna-se imprescindível para resguardar a integral proteção da criança**” (BRASIL, 2022, p. 27, g.n.)

Seguindo a mesma ideia trazida pelo Relator, o Ministro André Mendonça trabalha a isonomia no direito da criança ao cuidado parental, em comparação aos demais filhos que seriam assistidos por licenças de 150 ou 180 dias, entendendo ser certo o direito dos filhos do recorrente à licença-parental de longa duração, uma vez que o direito é prioritariamente um instrumento de proteção à criança. (BRASIL, 2022)

Já o Ministro Nunes Marques, ao completar a justificativa da equiparação da licença-parental na Espanha, trouxe como segunda ideia fundamental “(ii) reconhecer que as licenças parentais não são apenas direito dos genitores, mas igualmente da criança, de ser cuidada pelos pais de forma igual.” (BRASIL, 2022, p. 63), que introduziu sua argumentação no mesmo sentido, pois, ao seu ver, a licença concedida aos guardiães teria um caráter dual, que abarca o direito fundamental ao cuidado.

No mesmo sentido, considerando a maior necessidade de atuação paterna no caso em questão, o Ministro reforça o entendimento de que a licença não se destina aos guardiães ao afirmar que negar ao pleito do recorrente “não é a ele que negamos um direito, mas à criança, a qual se verá sem mãe e sem pai presentes após 5 dias de nascida” (BRASIL, 2022, p. 71).

Não é outro o posicionamento do Ministro Edson Fachin, que não só ratifica o posicionamento acima, como traz também como objetivos da licença-parental o direito da criança à convivência e à vida familiar (BRASIL, 2022), pois o “benefício ora em debate serve para a adequada tutela do vínculo paternal entre genitores e filhos, a possibilitar a construção de um ambiente familiar apto ao desenvolvimento sadio da criança” (BRASIL, 2022, p. 92), impossibilitando a negativa de provimento ao pleito extraordinário pela vedação à proteção deficiente.

Assim também entendeu o Ministro Luís Roberto Barroso, que não só foi no mesmo sentido dos demais, isto é, de ser um direito voltado à criança, como justificou seu posicionamento uma pesquisa desenvolvida por James Joseph Heckman (BRASIL, 2022), premiada em 2000 com o Prêmio Nobel de Economia ao demonstrar a eficácia da educação na primeira infância no desenvolvimento cognitivo²⁴.

Já a Ministra Cármen Lúcia foi sucinta no ponto ao remeter ao direito do filho tal como trabalhado pelo Relator, concordando integralmente com o fundamento, mas destinando o seu voto ao destaque do direito à igualdade do pai, como foi trabalhado na unidade de registro anterior.

Por seu turno, o Ministro Gilmar Mendes, considerando que o instituto visa proteger a criança, dedicou sua fundamentação para trabalhar os reflexos da desigualdade gerada pela diferenciação entre pais e mães para a concessão da licença-parental, trabalhando, à ótica do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), que a proteção ao nascido não pode depender de discriminação dos genitores, seja pelo regime jurídico a que se filiam, seja pela orientação afetiva de seus responsáveis (BRASIL, 2022).

Ao final, o Ministro Luiz Fux é claro quanto ao seu entendimento no sentido de que o direito à licença-parental se destina, prioritariamente à criança, trabalhando a isonomia na filiação, e trazendo um capítulo inteiro de seu voto para detalhar o melhor interesse do menor, considerando a omissão do legislador na hipótese inconstitucional por impossibilitar o pai de cumprir suas obrigações constitucionais de cuidado com o filho.

Portanto, considerando os múltiplos direitos atrelados à criança que podem vir a ser feridos pela ausência parental na primeira infância, podemos dividir os argumentos trazidos pelos ministros da seguinte forma:

	<i>Direito de igualdade entre os filhos</i>	<i>Direito à saúde e/ou à educação</i>	<i>Direito ao convívio familiar</i>
<i>Alexandre de Moraes</i>	X	X	X
<i>André Mendonça</i>	X		X
<i>Nunes Marques</i>	X		

24 Veja mais em: <https://www.nytimes.com/2000/10/12/business/2-americans-win-the-nobel-for-economics.html>

<i>Edson Fachin</i>	X	X	X
<i>Roberto Barroso</i>	X	X	X
<i>Cármen Lúcia</i>			X
<i>Gilmar Mendes</i>	X		
<i>Luíz Fux</i>	X		X

Fonte: Elaboração própria do Autor a partir dos votos apresentados no julgamento do RE nº 1.348.854/SP

Desta forma, notamos que apesar de adotado por todos os ministros votantes, diversamente das unidades de registro anteriores, esse argumento possui bases mais escorregadias, pois ao mesmo tempo que suas justificativas sejam mais que suficientes para reconhecer a inconstitucionalidade da diferença das licenças-parentais que vão de 5 a 180 dias, a depender do genitor, servem apenas para o caso concreto, como subsidiárias para preencher uma lacuna aparente no ordenamento.

2.3 Panorama geral da licença-parental no Recurso Extraordinário nº 1.348.854 de São Paulo

Comparando os resultados obtidos, podemos perceber que, apesar do avanço contido na argumentação dos ministros votantes, o que permite apontar para uma evolução próxima, os Ministros mantêm presentes no ordenamento as incoerências que apontaram em seus votos, perpetuando práticas sociais que reconhecem injustas.

Isso porque, pegando quaisquer dos argumentos trazidos para conferir ao pai solteiro a licença-parental de longa duração, e confrontando-o com a licença-paternidade de 5 dias, dispositivo celetista vigente e dito como constitucional pelos Ministros, perceberíamos sua incompatibilidade com os princípios trazidos.

Da primeira unidade de registro, apesar de nascido como fruto das diferenças sociais, os Ministros foram unânimes quanto à inexistência de diferenças entre homens e mulheres que justifiquem o tratamento desigual entre pai e mãe para a concessão de licenças parentais de 5 (ou 20) e 120 (ou 180) dias, respectivamente.

Aliado a isso, a análise feita na segunda unidade de registro deixou claro que garantir igualdade na licença-parental possibilita a) caminhar para uma maior isonomia social entre

homens e mulheres, rompendo com o modelo patriarcal machista que essa desigualdade perpetua; b) atingir a igualdade entre as múltiplas formas de família que, hoje, não se encaixam no modelo familiar visíveis à regulação estatal; e, por último e não menos importante, c) que os pais sejam pais, desempenhando a paternidade tal como as mães desempenham a maternidade.

Com o estudo do terceiro marcador, notamos que, segundo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a licença-parental é, em verdade, um instrumento que existe para a garantia de inúmeros direitos fundamentais das crianças e adolescentes, tais como a saúde, a educação, o convívio familiar e o próprio cuidado, direitos que são, nos termos da Constituição, absolutamente prioritários.

Por outro lado, da leitura dos fundamentos adotados, temos que: i) a licença-parental é direito da criança ao cuidado materno-paterno; ii) o cuidado paterno e materno na primeira infância impactam diretamente no desenvolvimento da criança; iii) negar a licença-parental de longa duração ao pai é negar o direito à criança de convívio ele; iv) nos termos da Constituição, o cuidado desempenhado pela mãe e pelo pai deve ocorrer de maneira igualitária pelos guardiães; e v) a omissão do legislador que impossibilita a obrigação constitucional de cuidado familiar é inconstitucional.

Tudo isso levou, inclusive, alguns ministros a apontar a mutação constitucional que decorre da alteração do modelo de sociedade que desequiparou os guardiães nos prazos concedidos pela licença-parental, de modo que tal diferenciação perdeu o sentido de ser. Resultando, no caso concreto, no preenchimento de lacuna jurídica com direitos mais abrangentes (para o genitor) que nos casos comuns, onde o pai só tem o direito à licença de 5 ou 20 dias.

Não obstante, percebemos que o julgado aponta para a mudança no instituto para garantir a igualdade familiar e social, tal como uma onda de evolução jurídica que já começou no Brasil e nos países estrangeiros, entre os quais, alguns já atingiram a igualdade desejada no instituto, como o caso da Espanha.

Por isto, apesar de não reconhecerem de ofício a inconstitucionalidade da diferença entre as licenças-parentais no Brasil, demonstram que caminhamos para que isso ocorra, o que pode ser acelerado pelos diversos instrumentos sociais que possuímos para pressionar a mudança legislativa e jurisprudencial desejada.

Assim, enquanto juristas, aparelhados com os argumentos que sabemos estarem corretos aos olhos do Supremo Tribunal Federal, podemos ampliar a abrangência deste direito,

questionando, seja pelo controle incidental, seja pelo por via principal, a (in)constitucionalidade das diferenças ainda existentes entre as licenças-parentais, apesar da inexistência de modelo correto de família, tampouco de dever unilateral de cuidado.

CONCLUSÃO

A partir dos votos analisados dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, percebemos que a licença-parental é, de fato, um instituto complexo, cuja complexidade se desdobra em sua pluralidade de sujeitos de direito e de objetivos da licença, agravada pela ainda presente carga social machista e patriarcal que incorretamente divide os papéis sociais dos homens e das mulheres na unidade familiar.

Apesar da unanimidade entre os Ministros de que essas desigualdades são indesejadas e maléficas tanto para os homens quanto para as mulheres, isso não se percebe muito além do argumento adotado, pois fogem de decidir pela real igualdade, ora atribuindo o dever de mudança ao Poder Legislativo, ora deixando escapar que ainda diferenciam a maternidade da paternidade ao dar prioridade para o cuidado materno.

Deixar de decidir pela igualdade justa quando pode é decidir pela perpetuação da desigualdade injusta, e foi o que aconteceu no julgado analisado. Contudo, ainda não podemos ignorar os avanços no direito à licença-parental concedidos pelo julgado, que não se resume à remota hipótese de concessão de licença-parental de longa duração a servidor público pai solteiro que optou pela fertilização *in vitro*.

Isso porque sabemos que muito embora ainda exista controvérsia sobre se as razões de decidir vinculam ou não decisões de tribunais inferiores, ao menos servem de interpretação do posicionamento da Suprema Corte para casos futuros, ou até para levar novos casos à sua apreciação para que através de evolução jurisprudencial ampliemos o direito.

Podemos perceber que os prazos distintos de licenças-parentais não se justificaram pela questão da diferença biológica, mas sim pela diferença cultural em que foi criada e que ainda subsiste, o que nos mostra que é possível a equiparação como fruto da mudança na sociedade em si.

Em verdade, já ocorreu essa mudança social suficiente para evolução do instituto. No entanto, sabemos que o Direito é fruto da sociedade, então, assim como nos outros direitos igualitários que existiram muito antes de serem reconhecidos pelo Estado Regulador, apenas falta visibilidade para a necessária conformidade entre norma e sociedade, o que pode ser conquistado.

Desnecessário listar aqui como seria essa conquista, até porque não quero limitar o brilhantismo de cada um nos variados meios de ampliação na garantia de maiores e mais amplos

direitos, seja em tribunais, seja em movimentos sociais, seja no jogo político, legislativo ou judiciário.

Assim, embora o objetivo deste trabalho não seja indicar os caminhos, mas sim compreender a complexidade que foi incorporada ao instituto e discutir a incompatibilidade dos modelos atuais de licenças-parentais em contraposição à realidade social, confirmando-as à luz do Supremo Tribunal Federal, perceber que essa conquista é possível e que caminhamos a ampliação do direito clama para que cada um do seu jeito a persiga, tal como uma luz no fim do túnel anima aquele que dela necessita.

Ao fim, necessário sempre lembrar que a licença-parental não é um atestado para recuperação de saúde da trabalhadora, tampouco uma licença conferida para descanso ou por premiação daquele que adotou ou gerou um filho. A licença-parental é um direito para que os guardiães possam se dedicar com exclusividade ao direito de cuidado do filho ou da filha.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANSILIERO, Graziela; RODRIGUES, Eva Batista de Oliveira. **Histórico e Evolução recente da Concessão de Salários-Maternidade no Brasil**. Informe de Previdência Social, Brasília, v. 19, n.02, fev. 2007. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_090213-144507-483.pdf. Acesso em: 2 jul. 2023.

AQUINO, São Tomaz. Suma Teológica, I, 96, 4, apud VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Introdução ao estudo do direito**. Brasília: Fortium, 2005.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2006

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ata da 43ª Sessão Da Assembléia Nacional Constituinte, em 1º de abril De 1987. 1987. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/N003.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2023.

_____. **Atas das Comissões**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ata da 309ª Sessão Da Assembléia Nacional Constituinte, em 1º de agosto de 1988. 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/N022.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2023.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: 70, 2016

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jul. 2023.

_____. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 2 jul. 2023.

_____. **Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952**. Dispõe sobre a aposentadoria dos empregados em empresas industriais e de mineração. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 out. 1952. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1711.htm. Acesso em: 2 jul. 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 2 jul. 2023.

_____. **Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10421.htm. Acesso em: 2 jul. 2023.

_____. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.** Dispõe sobre a criação do Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm. Acesso em: 2 jul. 2023.

_____. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para instituir a Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113509.htm. Acesso em: 2 jul. 2023.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm#art253. Acesso em: 2 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 29 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750927271>. Acesso em: 2 de julho de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.348.854 de São Paulo.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 12 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354350482&ext=.pdf>. Acesso em: 2 de julho de 2023.

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo:** a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Politeia, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63 de 14/11/2017.** Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. CNJ: DF, 2017. Acesso em: 2 jul. 2023.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Retrocesso social em tempos de crise ou haverá esperança para o direito do trabalho? Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista TST**, v. 83, n. 3. São Paulo, jul./set., 2017.

DUARTE, Bárbara; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; PEREIRA, Flávia Souza Máximo. **O Desvalor Jurídico do Trabalho Reprodutivo: Uma Crítica Político-econômica do feminismo ao Direito**. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2021v24n47p35-62>. Acesso em: 2 jul. 2023.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

DUTRA, Renata Queiroz; LIMA, Renata Santana. Relações de Trabalho, Reformas Neoliberais e a Pandemia do Covid-19: as Políticas para o Trabalho no Epicentro da Estratégia de Saúde Coletiva. **Revista Direito Público**, v. 17, n. 94. Brasília, jul./ago. 2020.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio. **Porteiro ou Guardião? O Supremo Tribunal Federal em Face aos Direitos Humanos**. São Paulo: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) Brasil/Articulação Justiça e Direitos Humanos (JusDh), maio de 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Informativo da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Rio de Janeiro, v. 48, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2021_v48_informativo.pdf. Acesso em: 2 jul. 2023.

LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADEIRA, Sérgio Danilo; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Do mesmo direito de amar ao direito de amar o mesmo: superando os óbices ao reconhecimento jurídico e social das famílias homoafetivas no Brasil. **Métis: história & cultura**, Caxias do Sul, v. 10, 3 out. 2012. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/1350>. Acesso em: 2 jul. 2023

MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, **Teoria Geral da Relação Jurídica**, vol. I, Coimbra: Almedina, 2003.

MATOS, Mariana Gouvêa de. Licença parental e os processos de constituição subjetiva do bebê. **DESIDADES**, Rio de Janeiro, RJ, v. 1, n. 33, p. 31-42, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/desidades/article/view/50160>. Acesso em: 2 jul. 2023.

MILL, John Stuart. **Da liberdade**. São Paulo: Ibrasa, 1942.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Trabalho de gestantes em ambiente insalubre: gênero e as ambiguidades decisórias do STF na ADI 5938. In: DUTRA, Renata; MACHADO, Sidnei (Orgs.). **O Supremo e a Reforma Trabalhista: a construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 195-215.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C003 - Maternity Protection Convention**. 1919. Disponível em:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312148. Acesso em: 2 jul. 2023.

_____. **Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes**. Genebra: ILO, 1989. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_242615.pdf. Acesso em: 2 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **WHO recommendations on maternal and newborn care for a positive postnatal experience**. Geneva: World Health Organization, 2022. p.8 Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2022/03/9789240045989-eng.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2023.

PLATÃO, Górgias. **O Banquete. Fedro**, tradução, introdução e notas de M. O. Pulquério, M. T. S. Azevedo e J. R. Ferreira (2º ed. Lisboa 1997). Lisboa 1973.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª Edição. 22ª Tiragem. São Paulo. Saraiva. 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito como instrumento de transformação social e econômica**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan. 2003.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à Modernidade. In: **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano 178 (473): 327-424. jan./mar. 2017

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho** (São Paulo), v. nº 132, p. 184-205, 2008, p. 195

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O Fórum Social Mundial: Manual de Uso**. São Paulo: Cortez Editora, 2005.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa. **Cuidado como trabalho: uma interpelação do Direito do Trabalho a partir da perspectiva de gênero**. 2018. 236 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.