



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**O DIREITO DE SER PAI: A (IN)EXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO
FAVORÁVEL**

Lucas Brock

Lajeado, dezembro de 2016.

Lucas Brock

**O DIREITO DE SER PAI: A (IN)EXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO
FAVORÁVEL**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia e Artigo, do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Alice Krämer Iorra Schmidt

Lajeado, dezembro de 2016.

O DIREITO DE SER PAI: A (IN)EXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO FAVORÁVEL

A banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do grau de bacharel em Direito:

Prof. Me. Alice Krämer Iorra Schmidt
Centro Universitário UNIVATES

Prof. Me. Marta Luisa Piccinini
Centro Universitário UNIVATES

Prof. Me. Ana Lucia Bender
Centro Universitário UNIVATES

Lajeado, 14 de dezembro de 2016.

RESUMO

A isonomia no tratamento entre os gêneros, prevista na Constituição Federal de 1988, remete para a sociedade a necessidade em garantir a igualdade de tratamento e, principalmente, a garantia de justiça a ambos os gêneros sexuais. Nos mais variados panoramas da vida em sociedade e no sentido tornar o ambiente social um meio justo, analisa-se que muitas vezes serão adotadas medidas diferentes a um ou a outro gênero, com o objetivo de equilibrar os interesses e torná-los – a partir dessas medidas – em igualdade de condições, pois, como será visto no decorrer da presente análise, os pais e as mães não figuram em paridade de condições em muitas das perspectivas que giram em torno da gravidez e do conseqüente nascimento de um descendente, seja em seu aspecto físico ou então emocional ou legal. No entanto, é possível perceber que ainda assim existem prerrogativas que transparecem uma certa (des)valorização do instituto da paternidade, frente às garantias maternas. Dessa forma, esta monografia tem como objetivo apresentar relevantes apontamentos, que visam estabelecer uma linha de raciocínio voltada aos interesses do instituto da paternidade – sem jamais diminuir ou desprezar as garantias maternas – e alertar para a necessidade de valorização do mencionado instituto como sendo uma necessidade e um meio de fortalecimento da própria estrutura familiar.

Palavras Chave: Direito de família brasileiro. Direitos à paternidade e maternidade. (Des)valorização da paternidade. Isonomia no tratamento entre os gêneros. Estrutura familiar. Constituição Federal de 1988.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	4
2 O DIREITO DE FAMÍLIA E O INSTITUTO DA PATERNIDADE.....	8
2.1 Evolução histórica da paternidade no direito de família brasileiro.....	8
2.2 Conceituação jurídica de família.....	16
2.3 Exercício do poder familiar.....	21
3 PRINCÍPIOS QUE REGEM O INSTITUTO DA PATERNIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO.....	29
a) Princípio da dignidade da pessoa humana.....	29
b) Princípio da solidariedade.....	32
c) Princípio do pluralismo das entidades familiares.....	34
d) Princípio da isonomia no tratamento entre os gêneros.....	36
e) Princípio do planejamento familiar.....	38
f) Princípio do melhor interesse da criança/adolescente.....	39
g) Princípio da afetividade.....	41
h) Princípio da paternidade responsável.....	43
4 A (DES)IGUALDADE DE TRATAMENTO ENTRE OS DIREITOS PATERNOS E MATERNOS.....	46
4.1 Licença paternidade x Licença maternidade.....	48
4.2 Estabilidade no emprego: por que apenas para a mãe?.....	57
4.3 Guarda de crianças/adolescentes.....	61
4.4 Análise hipotética sobre uma possível liberação do aborto no Brasil.....	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERÊNCIAS.....	84
ANEXO A	89

1 INTRODUÇÃO

A capacidade de inovação do ser humano resulta no surgimento de novas perspectivas, as quais conseqüentemente, impõem a necessidade de adequação do meio social e dos conceitos adotados pela sociedade. Vinculando, dessa forma, os institutos, direitos e garantias preexistentes, às novas realidades.

Com esse intuito, a valorização do instituto da família e do dever de ser pai, estabelece ser imprescindível a eclosão de medidas que venham a garantir sustentação às necessidades do titular do direito à paternidade e, principalmente, quando demonstrar interesse em exercer seu direito.

Assim, refere-se como paternidade a condição própria do ser humano em ser vinculado a outra pessoa com uma intensidade que supera os interesses afetivos. Caracteriza-se, portanto, pela responsabilidade de ser pai, independente da vontade, credo, raça ou cor e, também, independente dos interesses maternos em conceder ou não este louvor a quem contribuiu para a geração do descendente.

Não é à toa que a Constituição Federal de 1988 assegurou esse direito-dever como uma necessidade, tendo em vista a sua importância para a evolução histórica da sociedade brasileira, assim como, pela possível dificuldade de a mulher oferecer, sozinha, condições – emocionais, financeiras, etc. – adequadas e favoráveis à criação de seus descendentes. Além, é claro, da importância que a figura paterna pode ter na construção da personalidade do indivíduo.

Diante disso, a paternidade é tida como um direito-dever que pressupõe necessidade mútua de respeito, tanto pela mãe ou gestante, quanto pelo parceiro – que contribuiu para a condição da maternidade, respeitando-se também, aquelas paternidades que não possuem origem natural, isto é, as outras formas de obtenção da paternidade, como, por exemplo, a adoção.

Torna esse assunto interessante aos olhos da sociedade o fato de que possibilita uma abordagem em relação a aspectos e direitos garantidos às mães ou gestantes, mas que, de certa forma, na prática, não são oferecidos em igualdade de tratamento aos pais, ou, então, quando postos formalmente em mesma linha, na prática, prevalecem ainda os maternos. Não se está querendo dizer que o tratamento deve ser absolutamente igual, até porque, por questões de ordem fisiológica, há uma inevitável diferença entre a gestante e o outro genitor. O que se pretende é demonstrar que, para além do parto, homens e mulheres são tratados de forma desigual pelo ordenamento jurídico, mesmo tendo ambos o direito à maternidade e à paternidade.

Diante das implicações e reflexos históricos da maternidade na sociedade brasileira, é atual e justificável o interesse da sociedade em proteger com acentuadas inclinações suas garantias. Tal afirmação não pode ser tratada como consequência de uma visão um tanto conservadora, pois, analisando-se as disposições legislativas que interessam ao tema, fica clara a intenção do legislador – e da sociedade – em garantir de forma intensa os direitos relativos à maternidade.

As perspectivas históricas que envolvem a formação da família e o nascimento de uma criança, por exemplo, dispõem de elevados índices de mães independentes e que são solitariamente responsáveis por fornecer a estrutura e o apoio necessário aos filhos, sem a existência do amparo e do acompanhamento paterno.

O que ocorre é que, diante dessas perspectivas, com o passar dos anos, os direitos paternos foram sendo desvalorizados, independente da existência ou não da

figura paterna na estrutura familiar. Prejudicando àqueles pais que mereçam igual consideração de apreço e tratamento que uma mãe regularmente receba.

Com base nessas condições, justifica-se a opção pela abordagem que será realizada na presente monografia, em relação ao direito à paternidade, expondo hipóteses e fundamentos que demonstram a (des)igualdade de tratamento entre esse instituto e o instituto da maternidade no direito de família brasileiro.

Menciona-se, inicialmente, a diferença entre os benefícios da licença paternidade e da licença maternidade, respectivamente, concedida aos pais e às mães com o nascimento de um descendente. No mesmo sentido, busca-se questionar o advento do instituto da estabilidade provisória e suas implicações em virtude do estado gravídico, bem como, aspectos relacionados à guarda de crianças e adolescentes.

Como se percebe, o direito à paternidade carece de maior atenção, pois, considerando-se as perspectivas, é necessária uma visão que aproxime o interesse social aos direitos paternos, aproximando o equilíbrio de suas garantias, às maternas.

Nesse sentido e objetivando abordar o tema da melhor maneira possível, o primeiro capítulo do desenvolvimento da presente monografia terá como objetivo descrever e apresentar como é inserido o instituto da paternidade no Direito de Família brasileiro, a evolução histórica da paternidade no contexto familiar, conceitos de paternidade, como se dá o exercício do poder familiar na atual sociedade brasileira; no segundo capítulo, buscar-se-á desenvolver a principiologia que normatiza o direito de ser pai no Direito de Família brasileiro; no terceiro capítulo, a análise será própria às discrepâncias de tratamento dos direitos e garantias em relação à maternidade e à paternidade, verificando-se aspectos com relação a licença paternidade e maternidade, a guarda de menores, estabilidade no emprego, entre outros.

Diante disso, será através do método dedutivo e com a utilização de pesquisas qualitativas que se pretende arrazoar o presente trabalho monográfico, utilizando-se especificamente de análises bibliográficas-documentais, bem como, de materiais dispostos em Códigos, na legislação esparsa e, principalmente, na Constituição Federal de 1988.

Frise-se, por fim, que o presente trabalho monográfico não tem a intenção de esgotar o assunto, nem sequer defender a ideia de superioridade paterna com relação à figura materna. A ideia é demonstrar que, embora a legislação não traga essas previsões, pai e mãe são figuras essenciais na vida do indivíduo e que, justamente por isso, merecem tratamento igualitário (na maior medida possível).

2 O DIREITO DE FAMÍLIA E O INSTITUTO DA PATERNIDADE

Tema de frequentes embates e transformações, o Direito de Família pressupõe a necessidade de união entre pessoas, cada qual, preposta de uma função, sendo que, juntas, formam a família. Contribuindo, portanto, para a organização da sociedade.

Assim, deve o instituto da paternidade ser considerado uma alínea importante ao Direito de Família brasileiro, pois colabora para a formação da família, sendo responsável por uma gama de direitos e obrigações que personificam as atitudes daquele que exerce o direito de ser pai, cabendo tanto a ele quanto aos filhos, a garantia de que a paternidade seja exercida atendendo a característica de ser um direito-dever, de forma recíproca.

Portanto, neste capítulo, apresentar-se-á a evolução histórica do direito à paternidade no Direito de Família brasileiro, a conceituação jurídica dos institutos da família e da paternidade, assim como, serão apresentados aspectos que envolvem a administração e o exercício do poder familiar na sociedade brasileira.

2.1 Evolução histórica da paternidade na sociedade brasileira

Desponta a figura paterna entre as peças mais importantes e ainda presentes na sociedade brasileira. Não é à toa que, entre as principais características e os

significativos modelos familiares que marcaram a formação do Brasil, o paternalismo surge como uma linha destacada na história do Direito de Família brasileiro.

Classifica-se o paternalismo, como sendo o modelo familiar em que a autoridade e o poderio eram exercidos unicamente pela figura paterna, o que, por tal motivo, teve atribuído esse nome. Nesse sentido, Coelho (2012, p. 34), dispõe que:

Na família tradicional, que existiu até meados do século XIX, o pai era o poderoso chefe em torno do qual gravitavam os demais membros. A ele competiam todas as decisões: escolher a profissão dos filhos homens, definir as amizades que a mulher e filhas podiam cultivar, determinar os horários em que elas podiam sair de casa e a companhia que estavam autorizadas a ter.

No Brasil, iniciou sua existência já no período colonial e aos poucos, com o surgimento das Constituições sociais, perdeu força até se extinguir. Com a chegada da Constituição Federal de 1988, a qual, muito moldada pelas alterações culturais que desencadearam os movimentos feministas do século XX, garantiu-se de forma axiológica a igualdade de tratamento entre os gêneros, inclusive, no âmbito familiar.

Em consonância ao exposto, Assumpção (2004, p. 32-3) dispõe que:

No curso do século XX, os contornos familiares, inicialmente traçados, sofreram gradativas modificações, de modo que, quando a Constituição Federal de 1988, passou a tratar da família, encontrou a mulher casada em melhor situação jurídica, os filhos ilegítimos com maior acesso ao status de filiação reconhecida e as relações extramatrimoniais produzindo efeitos jurídicos.

Tais transformações acabaram por ser consolidadas na Constituição Federal de 1988, que deu à noção jurídica de família um sentido mais amplo e plural, constituída e estruturada nos laços de afeto e amor, restando valorizado seu aspecto social. Alargando o conteúdo de suas relações, abriu novas perspectivas de análise que acabaram fazendo-se sentir, diretamente, na tutela do referido instituto, buscando na relação entre o indivíduo e a sociedade o critério de valorização dos comportamentos.

Demonstrando-se, portanto, o atual fortalecimento da instituição família e o conseqüente enfraquecimento do modelo paternalista. Dessa forma, salienta-se, que a análise da história do paternalismo no Brasil, deve ser vinculada à valorização ou não do instituto da família, pois, quanto maior a valorização recebida por esse instituto, menor a expressividade do pátrio poder no âmbito familiar.

Nessa linha de pensamento, verificar-se-á que no início, a família era estigmatizada em função do homem – o chefe da família; depois, essa visão foi sendo relativizada e aos poucos possibilitando a garantia de importantes direitos para as mulheres – garantindo-se a elas uma igualdade que até então lhes era denegada.

No entanto, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, o instituto da Família e a isonomia no tratamento entre os gêneros passaram a vigorar como o interesse a ser socialmente protegido.

Posto isso, após um breve panorama sobre o assunto, passa-se a analisar a evolução do instituto família e do instituto da paternidade.

Assim, define-se que na sociedade brasileira a paternidade iniciou sua jornada através das Ordenações Portuguesas. As quais, segundo Assumpção (2004, p. 06), assentavam-se “no direito romano, pensado em termos medievais e informado pelos valores divinos”. Dessa maneira, alude ainda o autor que:

A família era matrimonializada e patriarcal, com o predomínio do homem, na qualidade de chefe de família, com um férreo poder marital, e a subordinação total da mulher. O princípio da indiscutível paternidade do marido da mãe era garantido pelo domínio total sobre a mulher, que deveria ser casta e fiel a ele, podendo apenas permanecer no lar (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 03).

Observa-se, no período, total submissão da mulher ao homem em todos os sentidos, vislumbrando-se o chamado período do paternalismo medieval, considerado o precursor do pátrio poder no Brasil.

De fato, verifica-se que a própria família era uma instituição enfraquecida, considerando os interesses que a sociedade continha à época, inexistindo a aplicação do atual princípio da igualdade material entre os gêneros, prevalecendo-se apenas o interesse patrimonial – em detrimento de questões emocionais ou de outras ordens. O que vem a corroborar Lobo (2011, p. 27), ao afirmar que o direito patrimonial era quem poderia traduzir o interesse de formação da família tradicional,

os quais, resultavam, em suas palavras, “pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados”.

Com o mesmo raciocínio, Coelho (2012, p. 35) dispõe que na família tradicional, os pais do noivo e da noiva contratavam a união dos filhos, o que, claramente, apresenta o aspecto e o interesse patrimonial que envolvia a relação, não privilegiando o viés da afetividade, que atualmente é permeado pelo Estado.

Ainda, verifica-se ser comum o entendimento, pois, conforme Farias e Rosenvald (2010, p. 04):

Mais ainda compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal da família, desenhado com os valores dominantes naquele período da revolução industrial.

Permanecendo-se, por consequência, a concepção social paternalista do período colonial, carregada ainda de conceitos existentes nas Ordenações Portuguesas, e que pouco se importava com os demais entes pertencentes à família, ou seja, apenas garantia os direitos do homem, sopesando negativamente à família, os filhos e a mulher. Observa-se que nessa época, o interesse da sociedade em modificar o panorama familiar ainda era limitado, asseverando com parcimônia o autor, que “as constituições brasileiras anteriores à entrada em vigor do Código Civil de 1916, ou seja, as de 1824 e de 1891, nenhuma referência faziam à família” (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 19)

No entanto, em alusão ao que dispõe o autor, o Código Civil de 1916 deve ser tratado como um importante marco para a sociedade brasileira, considerando que, através dele e de significativas influências estrangeiras, as Constituições brasileiras que surgiram após o seu advento, trouxeram crescente conotação familiar, dispendo, segundo o próprio, que “as Constituições do Estado Social brasileiro (1934 – 1937 – 1946 – 1967 – 1988), em seus antagônicos momentos, que vão do autoritarismo à

democracia formal, destinaram normas explícitas à família” (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 20).

Tratando-se de um avanço na estrutura familiar brasileira, tendo em vista que tornar o instituto da família como o centro do interesse social mostrou ser um indicativo de que a característica paternalista – ou patriarcal –, em que o “homem da família”, sozinho decidia o rumo de todos os outros que a compunham, estava sendo alterada. Por certo, os interesses passaram a visar também às outras pessoas – o que é louvável.

Com relação às Constituições Federais que vigoraram no Estado Brasileiro, Dilvanir José da Costa, doutor e professor em direito civil pela UFMG, dispõe que a Constituição de 1934, foi a primeira a consagrar os direitos sociais e introduziu alterações no Direito de Família brasileiro, diante da reiteração do casamento religioso no interior. Com relação às Constituição de 1937 e 1946, respectivamente, referiram que o casamento era uma união indissolúvel e, a outra, consagrou importantes aspectos com relação ao casamento civil e religioso. A Constituição de 1967, porém, permaneceu com as mesmas percepções das anteriores, sem nenhuma novidade.

Por outro lado, Assumpção (2004) em referência às disposições da Constituição Federal de 1937, sobre os filhos naturais, discorre que o artigo 126 da antiga Constituição passou a buscar pela primeira vez na história brasileira, a igualdade entre os filhos ilegítimos e os legítimos. Assim como, dispõe que as Constituições de 1946 e a outorgada de 1967 não contiveram dispositivos referente ao campo da filiação ilegítima, a qual, atualmente, não é considerada no atual ordenamento jurídico.

Ao longo da história, como se percebe, as Constituições foram sendo adequadas aos anseios sociais, vislumbrando-se a partir de 1916, significativas considerações para a história da sociedade brasileira com o surgimento do Código

Civil. Todavia, apesar de seu advento, o Código ainda apresentou pouco progresso em relação à família e à mulher.

Segundo Barbosa *et al.* (2008, p. 31), “à época do Código Civil de 1916, restrito era o acesso das mulheres aos estudos. A função reservada à mulher era a de procriar, cuidar da prole e do lar”. No entanto, em sequência, o autor refere que os interesses foram sendo modificados, inclusive, em virtude da existência de importantes revoluções feministas, evidenciando-se importantes e igualmente responsáveis pelo surgimento do Código Civil de 2002, o qual, apresentou amplos benefícios à Família e que já traduz a ideia de isonomia no tratamento entre os gêneros, prevista na Constituição Federal de 1988.

Verificando-se, em análise, que o antigo Código Civil, apesar de apresentar importantes paradigmas para o desenvolver do conteúdo, por sua época, ainda não foi capaz de trazer elogiáveis garantias feministas, as quais, somente foram garantidas pelo atual Código.

Assim, entre o período do Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 – esse último carregado de total influência da Constituição Federal de 1988 –, importa ainda destacar a existência de outras duas construções jurídicas que trouxeram significativos benefícios às prerrogativas da mulher e da família. Cita-se, portanto, a criação do Estatuto da Mulher Casada, no ano de 1962, bem como, a Lei do Divórcio, em 1977, regramentos que, respectivamente, trouxeram garantias que de certo modo, enfraqueceram a sociedade paternalista do século XX.

Nessa linha, primeiramente, o Estatuto da Mulher Casada, atribuiu-lhes, em palavras de Barbosa *et al.* (2008, p. 31), “capacidade plena, sem restrição de direitos, como ocorria anteriormente, em que sua capacidade era equiparada à dos menores púberes, silvícolas e pródigos”.

Depois, segundo os próprios autores, a Lei do Divórcio, garantiu que “famílias que viviam à margem da lei, vez que fundadas em relações tidas até então como concubinárias, puderam ser, então, legitimadas” (BARBOSA, et al., 2008,31).

Dessa forma, demonstrando-se o fortalecimento da sociedade feminista e o interesse em extinguir ou, pelo menos enfraquecer a sociedade paternalista, tendo em vista que, até então, as mulheres ficavam à merce dos interesses machistas e muitas vezes obrigadas a viver sob uma relação de opressão sem a garantia mínima de direitos ou formar qualquer vínculo aos seus interesses.

Aos poucos, surgiram novidades com ideais contemporâneos pela busca da equiparação e pela busca de garantias aproximadas aos direitos concedidos para os homens. Nessa linha, no século XX, movimentos feministas se intensificaram em território brasileiro e ao redor do mundo pela busca de direitos básicos, como por exemplo, o direito de trabalhar ou então, uma garantia nem tão antiga assim, como a de exercer o sufrágio.

Por fim, com o advento da Constituição Federal de 1988, considerada a mais humana das Constituições, o paternalismo perdeu sua força de vez, dando lugar ao fortalecimento da estrutura familiar, a qual se tornou uma das bases mais sólidas e responsáveis pelo crescimento social no país. Nessa lógica, dispõe Dias (2015, p. 32) que a atual Constituição:

Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.

Nesse ínterim, a família tornou-se o ente a ser tutelado, definindo com interesse, que o pai, antes titular e responsável pelo pátrio poder, passaria agora a ser tratado como apenas parte de um sistema, o qual, aqui é representado pelo instituto da família, ou, em seu atual entendimento, através da entidade familiar.

Farias e Rosenvald (2010), em síntese, dispõem em quadro comparativo, as prerrogativas atinentes à Família com o Código Civil de 1916 e, por outro lado, as prerrogativas da Família com o advento da Constituição Federal de 1988 e com o

Código Civil de 2002, demonstrando-se claramente a evolução social. Conforme segue:

Família no CC/16	Família na CF/88 e no CC/02
Matrimonializada	Pluralizada
Patriarcal	Democrática
Hierarquizada	Igualitária substancialmente
Heteroparental	Hetero ou homoparental
Biológica	Biológica ou socioafetiva
Unidade de produção e reprodução	Unidade socioafetiva
Caráter institucional	Caráter instrumental

Em constante evolução, percebe-se que a sociedade continua a alterar suas configurações, de modo em que, particularidades que antigamente não eram suportadas, hoje já são tratadas com total civilidade e até carregam as mesmas prerrogativas jurídicas que contém o padrão familiar socialmente aceito desde os tempos antigos.

Nessa lógica, já é possível vislumbrar decisões judiciais que permitem, na atualidade, pessoas de mesmo gênero constituírem matrimônio¹, fornecendo para a vida civil uma confusão positiva dos direitos à paternidade e dos direitos à maternidade, fugindo à lógica da família tradicional, o que obriga – portanto –, considerar que, inclusive nessas condições, o direito à paternidade é um direito a ser fortemente exercido, podendo uma pessoa ser detentora do direito ao registro da

¹STJ, REsp 1.183.378 (Ministro Luis Felipe Salomão, 25/10/2011).

TJRS, AC 70057974750, 8ª Câmara Cível (Relator – Ricardo Moreira Lins Pastl, 20/03/2014).

dupla paternidade, como é o caso do matrimônio e da adoção por casais homoafetivos.

Pois, como bem define Luis Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378:

Atentando-se a isso, o pluralismo familiar engendrado pela Constituição – explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF –, impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas.

Demonstrando-se, assim, a adequação dos institutos jurídicos às evoluções sociais e culturais desencadeadas na sociedade brasileira, após o advento da Constituição Federal de 1988.

2.2 Conceituação jurídica de família e paternidade

A vida em sociedade pressupõe a existência de laços capazes de garantir o equilíbrio necessário à convivência humana. Assim sendo, dispõe-se das mais variadas formas, que entre os institutos confiados a socializar as pessoas, encontram-se: uma cultura bem delineada e capaz de suportar as implicações da vida em sociedade, uma legislação legítima e aceita socialmente, assim como, o instituto da família.

Por esse motivo, a família deve ser tida como um dos maiores bens da vida em sociedade, devendo ser resguardada a todo custo, como bem faz a Constituição Federal de 1988.

Sobre a formação do instituto da família Coelho (2012, p. 24) define que:

Podem-se estudar as famílias, mas não a família. Numa determinada sociedade, definida por vetores de tempo e lugar, é possível descrever uma ou duas estruturas predominantes de organização familiar. Mas não tem sentido buscar uma única trajetória evolutiva que explique satisfatoriamente como se estruturam e quais são as funções de todas as famílias.

Diante disso, verifica-se que o interesse do Estado é garantir que a família possua a estrutura necessária à luz da legislação brasileira, considerando, portanto, a adoção do conceito de entidade familiar, o que torna materialmente amparada, dessarte, todas as variadas formas de união de pessoas. Assim, assegura-se uma gama interessante de prerrogativas, de forma em que, aos filhos, sejam garantidos – além de tudo – os afetos paterno-maternais.

Atualmente é grande a dificuldade em definir, em simples conceito, o que apenas deve ser considerada como uma entidade familiar, tendo em vista a complexidade e a amplitude com que esse instituto é tratado na sociedade brasileira, devendo-se reproduzir o que renomada doutrinadora dispõe sobre o assunto, considerando as origens e gêneros de composição familiar e a adoção do conceito de entidade familiar:

Como a sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou ele união estável. Viu-se então o legislador na contingência ele regulamentar esse instituto e integrá-lo no Livro do Direito de Família. No entanto, olvidou-se de disciplinar as famílias monoparentais, reconhecidas pela Constituição como entidades familiares. Iguamente, nada traz sobre as famílias homoafetivas, que receberam reconhecimento no âmbito do direito das famílias (DIAS, 2015, p. 34).

Em critérios objetivos, a felicidade e a liberdade são perspectivas que, aos olhos da Constituição Federal de 1988, não devem sofrer limitações meramente formais à garantia de direitos e condições que, considerada a maturidade da sociedade brasileira, tornaram-se conceitos ultrapassados. Portanto, nessa linha, a ideia de entidade familiar pressupõe a evolução do conceito de família utilizado até poucos anos atrás. Nesse sentido, Dias (2015, p. 34) menciona que “houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses

mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, respeito e amor”.

Partes frequentemente integrantes de uma família, em conjunto ou individualmente, pais e mães são necessidades únicas e que merecem destaque. Sem rodeios, dispõe-se que o titular do direito paterno é o pai e a titular do direito materno é a mãe. Assim, surge para a sociedade o interesse em individualizar a filiação do descendente, pois a titularidade desses direitos é personalíssima e garantidora também de deveres ao portador da condição.

Nessa linha, identificar quem é o sujeito garantidor do direito-dever de figurar na condição de ser pai ou de ser mãe de uma pessoa, parece matéria carregada de certa obviedade e redundância, no entanto, conforme dispõe Giorgis (2007, p. 57), a atividade pode sim apresentar dificuldades:

O progresso científico e a evolução dos costumes foram atropelos que mudaram os paradigmas da paternidade e da maternidade, antes assentados na procriação, na filiação e no prazer.

Para hoje, gerar-se, não é preciso a relação sexual, o parto pode ser operado por outro útero, os bancos de sêmen contribuem com o material para substituir a participação masculina, os filhos têm diversas mães, o que se deve a recomposições familiares, à adoção, às técnicas de reprodução assistida, aos arranjos derivados de novas uniões, ao divórcio.

A regra geral é ter-se uma mulher que contribui com óvulos e útero gestante, enquanto o homem adere com seus espermatozoides, o que, através do congresso genésico, origina um ser com um pai e uma mãe.

Considerando os apontamentos, entidades familiares podem ser consideradas uniões complexas de pessoas, que apresentam laços afetivos, biológicos e também legais, mas que devem ser consideradas individualmente e caso a caso, nas mais variadas situações que a sociedade protagoniza para o Direito.

Atribui-se importante destaque ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069/90, pois, com o seu advento, a criança que até então possuía poucas garantias, passou a ser considerada perante o ordenamento jurídico

brasileiro, como sujeito de direitos, pressuposto que fez alterar conceitos importantes e diretamente relacionados à família.

Dessa forma, indica Barbosa *et al.* (2008, fl. 30), “a necessidade primordial a ser considerada passou a ser a da criança, atendendo à finalidade básica da família e à diferença entre lugares e funções. A doutrina que vige é a de proteção integral da criança e do adolescente, ou o que se denomina princípio do superior interesse da criança e do adolescente”.

Assim, dispõe-se que é interesse da criança que a ela sejam fornecidas condições adequadas de crescimento, bem como, dentro do que propõe a legislação brasileira, é direito da criança que lhe seja oportunizada uma estrutura familiar considerável.

Com relação ao titular do direito paterno, refere Assumpção (2004, p. 51) que paternidade “na perspectiva jurídica, remete ao conteúdo do vínculo jurídico entre pai e filho, traduzido nas atribuições e nos deveres paterno-filiais explícitos ou implícitos em lei”. Nesse sentido, não só a paternidade biológica merece destaque, mas também a paternidade afetiva, resultante da adoção, a qual, segundo o autor, “o liame legal de paternidade e filiação que se estabelece é irrevogável, uma vez que o adotado é desligado de qualquer vínculo com os pais de sangue (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 52)”.

A paternidade é uma garantia importante, de forma a tornar recíproca a existência do equilíbrio familiar, entre pai e filho, pois, seja ela qual for, biológica, socioafetiva ou então a adquirida por meio da adoção, interessa e tem maior valor jurídico aquela que transmita o sentimento da afetividade.

Portanto, é interesse do ordenamento jurídico brasileiro que as relações paterno-filiais se desenvolvam de maneira a acarretar benefícios tanto para uns quanto para outros. Definindo com a mesma visão, Barbosa (et al., 2008, fl. 30):

À visão da família como um sistema composto de individualidades, deve submeter-se a doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente e a consideração dos direitos da personalidade de todos os integrantes da família. Sendo a família composta de lugares e funções complementares, é importante que seja levado em conta o bem-estar de todos os membros da família. Deve-se lembrar que o superior interesse da criança não está dissociado do interesse dos pais, fazendo parte da personalidade, e de seus direitos, o exercício das funções materna e paterna. O não exercício destes direitos, necessariamente, traz consequências psíquicas e sociais, mesmo que não conscientes, para seus detentores.

Após essas considerações, fica claro ser atual o interesse em considerar o instituto da família como um dos entes de peculiar importância no ordenamento jurídico, verificando-se, liminarmente, que as ações devem ser voltadas aos interesses comuns, pois, todos são considerados individualmente, em direitos e garantias, tratando-se ao titular do direito paterno como um dos pilares de sustentação desse instituto, em igualdade de condições a todos os outros que a compõem, atendendo formalmente ao majestoso princípio da isonomia de gêneros ou tratamento.

2.3 Exercício do poder familiar

A autoridade que torna legítimo o direito dos pais em definir as condições que seus filhos serão submetidos, é considerada a base do poder familiar na sociedade brasileira.

Assim, ultrapassada a ideia do pátrio poder, em que a família era chefiada por uma só pessoa, comumente o pai, hoje o poder familiar é considerado uma reunião de interesses e atividades em prol dos filhos, envolvendo tanto os pais quanto as mães, afetivos ou biológicos, conforme já mencionado anteriormente.

Nessas condições, atualmente, o poder familiar está ligado de forma íntima à isonomia de tratamentos garantida pela Constituição Federal de 1988, entre homens e mulheres, eliminando a antiga prevalência paternalista em que era acometida a família brasileira.

Desde logo e em simples palavras, o poder familiar é considerado a prerrogativa que os pais possuem, em direcionar a vida do filho, buscando condições favoráveis e de seu interesse. Dispondo, dessa maneira, Dias (2015, p. 461):

De objeto de poder, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar sempre é trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores mas que serve ao interesse do filho.

Seguindo essa mesma lógica, considera-se, conceitualmente, como poder familiar aquele em que os pais – que possuem legitimidade para o seu exercício – direcionam as ações e circunstâncias na qual um descendente conviverá, até que esse atinja a plena capacidade civil.

Torna-se necessário atentar aos casos em que, mesmo após o descendente atingir a maioridade e, teoricamente, atingir a capacidade para o exercício dos atos da vida sem a necessidade de supervisão de um responsável – os pais –, entretanto, ainda assim permanece sob a imposição do poder familiar, tendo em vista a existência de alguma circunstância que ainda lhe seja devido acompanhamento, e sujeito, portanto, à curatela, conforme dispõe o Código Civil brasileiro em vigência.

Desse modo, segundo Dias (2015, p. 462), “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e socioafetiva”. Considerando-se, portanto, o poder familiar uma necessidade para a convivência e progresso familiar, independente da origem e do vínculo que une os tutores e tutelados, demonstrando-se, nas palavras da autora, a força que advém dessa prerrogativa, inclusive, com destaque ao instituto da paternidade.

A condição de ser pai ou de ser mãe não deve ser considerada puramente uma questão de direito, pois, através dela, surge tanto direitos quanto deveres e

obrigações aos genitores. Por conseguinte, o exercício do poder familiar, através da paternidade ou da maternidade, deve ser visto como a aplicação de um direito-dever, cabendo a ambos os genitores, conforme Madaleno (2009, p. 499):

(...) é ao mesmo tempo dever e interesse natural dos pais propiciarem as melhores condições para os seus filhos, tanto no respeitante à sua educação e formação como no pertinente aos seus interesses físicos, morais, sociais, intelectuais e afetivos, porque todos esses elementos contribuem na boa estruturação intelectual e psíquica da criatura por eles trazida ao mundo.

Necessariamente, todos são sujeitos de direito e obrigações e devem refletir sobre aquilo que aspiram e transmitem. Nessa linha, imagine-se que no exercício do poder familiar, um pai e uma mãe representam e respondam por seu filho, pois esse não atingiu a maioridade – consequentemente a plena capacidade civil – ou é tornado incapaz de seus atos, por alguma outra circunstância.

Desse modo, cabe aos pais garantir durante toda a vida, ou até que cesse a incapacidade, os direitos e garantias que são remetidos a qualquer outro cidadão para o filho. Responsabilizando-se em igual modo, como se tal fossem, pelos atos que, mesmo sem permissão, o filho dependente fizer e causar algum prejuízo ou dano a algum patrimônio ou pessoa.

Assevera-se, portanto, conforme observa Lobo (2011, p. 312), que “os pais respondem pelos danos causados por seus filhos menores, que estejam submetidos a seu poder familiar. Trata-se de responsabilidade civil transubjetiva, pois a responsabilidade pela reparação é imputável a quem não causou diretamente o dano”

No entanto, exercer o poder familiar, na condição paterna ou materna, pressupõe a necessidade de refletir sobre aquilo que um filho aspira e transmite para a sociedade, vinculando-se inevitavelmente aos resultados, pois, responsável por ele na constância do exercício do poder familiar.

Sem delongas, ser pai ou mãe remete a uma ideia de responsabilidade e regramento em relação a administração da vida de um descendente, de forma

constante e a garantir uma série de direitos e obrigações, baseada em princípios de retorno basicamente afetivos.

Nessa linha, Rizzardo (2007, p. 606-7), define que o poder familiar estabiliza-se por ser considerado um *munus* público, pois, “ao Estado interessa o seu bom desempenho, tanto que existem normas sobre o seu exercício, ou sobre a atuação do poder dos pais na pessoa dos filhos”. Segundo o autor:

É o poder familiar indispensável para o próprio desempenho ou cumprimento das obrigações que têm os pais de sustento, criação e educação dos filhos. Assim, impossível admitir-se o dever de educar e cuidar do filho, ou de prepará-lo para a vida, se tolhidos o exercício de certos atos, o cerceamento da autoridade, da imposição ao estudo, do afastamento de ambientes impróprios etc. Daí a íntima relação no desempenho das funções derivadas da paternidade e da maternidade com o exercício do poder familiar. E para bem dirigir ou encaminhar os negócios do filho, é necessário que a lei lhe reconheça o direito de administrar o patrimônio respectivo.

Assim, não se infere a existência de apenas um regramento capaz de disciplinar a relação que envolve os direitos e os deveres que implicam a condição de ser pai ou de ser mãe, pois, administrar uma vida é arte capaz de envolver todas as áreas de interesse da sociedade, principalmente, pois, atendida a multidisciplinaridade do tema.

O Direito de Família brasileiro é pautado intensamente nas disposições previstas na Constituição Federal de 1988. Considerando, nesses termos, a necessidade em garantir a eficácia dos princípios que norteiam a legislação brasileira e, em consequência, o Direito de Família e as atribuições que englobam o poder familiar devem ser as máximas.

Assim, o exercício do poder familiar é regulamentado não só pela Carta Maior, mas também pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, além de disposições esparsas na legislação brasileira. O Código Civil de 2002, desde logo e expressamente em seu artigo 1.634, elenca nove situações em que os pais são obrigados a amparar os filhos menores:

CC, 1.634: Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I – dirigir-lhes a criação e a educação;
- II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nesse sentido, dispõe a doutrinadora, que “nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho” (DIAS, p. 465). Precisando-se atentar, portanto, que o poder familiar não implica, necessariamente, no exercício de atividades objetivas e previstas em lei, vinculando aos pais a necessidade em também garantir condições subjetivas ao ponto de sustentar para os filhos um ambiente saudável e propenso a um futuro favorável.

Inclusive, com relação a esse tema, tem-se percebido no Poder Judiciário ações em que os filhos postulam em desfavor dos pais, indenização por danos psicológicos, sob o argumento de terem sido objetos de abandono afetivo, isto é, quando jovens ou então recém-nascidos, foram abandonados pelo pai ou pela mãe, solicitando, portanto, uma compensação financeira no futuro pela falta, em virtude dos abalos morais sofridos².

Conforme mencionado anteriormente, tanto a paternidade quanto a maternidade devem ser tratadas como espécies de direito-dever, pressupondo-se, afinal, que o exercício do poder familiar é, quem sabe, o momento em que o binômio

²REsp 1159242 (2009/0193701-9, Ministra Nancy Andrighi – 10/05/2012)

mencionado, venha a ser mais fortemente inserido em sua prática. Nesse sentido, dispõe a doutrinadora:

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho. O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim, reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir do poder familiar. Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa prejudicar o filho, o Estado deve intervir. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais.

A suspensão e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicadas aos genitores por infração aos deveres que lhe são inerentes, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. O intuito não é punitivo – visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-se de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar.

A perda ou suspensão do poder familiar de um ou de ambos não retira do filho menor o direito de ser por eles alimentado. Entendimento contrário premiaria quem faltou com seus deveres. Tampouco a colocação da criança ou do adolescente em família substituta ou sob tutela afasta o encargo alimentar dos genitores (DIAS, 2015, p. 444-5).

Todavia, como o exercício do poder familiar envolve a administração de vontades, a existência de conflitos pode ser frequente, cabendo aos pais, naturalmente, escolher a opção que melhor se adapta aos filhos.

Ultrapassada essa questão, ou seja, constatado que tanto os interesses da mãe quanto os do pai são propensos ao descendente, surge, então, a necessidade em delinear qual é a melhor opção para o momento, isto é, entre as duas opções, qual é a que agregaria maior valor atual e futuro ao descendente.

Após definida a opção, espera-se que ambos os pais trabalhem no sentido de alcançarem os objetivos definidos em prol de seu descendente, perpetuando-se, em virtude, o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, que é o objetivo a ser alcançado e priorizado dentro do aspecto social da família. Assim como, estabiliza-se que também é interesse primordial do Estado, a garantia do princípio da dignidade do ser humano, garantindo-se aos pais e mães, o exercício da paternidade e da maternidade.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê de forma expressa qual vontade deverá prevalecer, isto é, quando não houver nenhum fato que diferencie e fortaleça o interesse materno ou então paterno, como por exemplo, a guarda de fato ou de direito. Desse modo, cabe à jurisprudência e à doutrina estabelecerem metas e, considerando as perspectivas, atendo-se às peculiaridades do caso. Sobre o tema, Madaleno (2009, p. 500) define que no ordenamento jurídico brasileiro, existe um conjunto de direitos e de deveres que obriga aos pais desempenharem sua função com perseverança, valendo-se, nas palavras do autor, “da sintonia de seus deveres e dos seus direitos como pais, na tarefa de bem administrarem a pessoa e os bens dos seus filhos, com vistas a alcançarem a integral e estável formação dos seus filhos”.

Certo é que, jamais será saudável a existência de conflitos entre os pais, quando esses tiverem que decidir alguma circunstância que envolva o presente ou o futuro de um filho, sendo que, sempre, quem sofrerá as piores consequências é justamente o descendente.

Analisando-se as questões relativas à evolução do poder familiar no ordenamento jurídico brasileiro, vislumbra-se, nas palavras de Barbosa (et al., 2008, fl. 29) que:

Além das questões propriamente relativas aos direitos das mulheres, a divisão de papéis existentes antes da revolução nas identidades de gênero a que assistimos, atualmente, espelhava-se nas questões relativas à guarda de filhos. A mãe, em geral, ficava com a guarda e o pai com o dever de fiscalização e o direito de visitas. Esta divisão, refletia-se nos poderes atribuídos a cada um: a mulher era como se fosse “dona” dos filhos e o homem “dono” dos bens. À mulher cabia a parcela amorosa da afetividade e ao pai o exercício da autoridade. A expressão da subjetividade era mais própria da mulher, e a da objetividade mais própria do homem. Atualmente, cada vez mais se reconhece a possibilidade de tais recursos de forma não exclusiva e ligada ao sexo biológico, e enfatiza-se a complementaridade das funções.

Com relação a esses dizeres, atenta-se serem de primordial interesse ao presente trabalho monográfico, eis que, os institutos da paternidade e da maternidade, em que pese devem ser conceitos equivalentes em todas as etapas e

circunstâncias da vida em sociedade e, principalmente, em família, na prática, em muitas circunstâncias não estão sujeitos à aplicação do princípio da isonomia de gêneros.

Caracterizando-se esta dissidência como um equívoco em uma sociedade ainda carregada de conceitos pré-constitucionais, isto é, conceitos que, embora já estejam delineados pela Constituição Federal de 1988, ainda sofrem a incidência de perpetuações e anseios enraizados na sociedade e que não garantem a aplicação da atual Carta constitucional.

Dessa forma, ao que parece, os pais – detentores da paternidade – têm muitos de seus direitos limitados, ainda que reflexos, pois, considerando o entendimento de Barbosa *et al.* (2008) acima mencionado, a sociedade continua a definir a mãe como a responsável por atender os aspectos da afetividade e o pai por digladiar, através da autoridade.

Ora, é notório o fato de que as pessoas tendem a ser afeiçoadas àqueles que lhes trate com o maior dos afetos, bem como, que aqueles que exercem uma função mais imperativa dentro da família, podem vir a não ser os preferidos. Dessa forma, o detentor do instituto da paternidade, em alusão ao entendimento de Barbosa *et al.* (2008), por exercer a prerrogativa da autoridade, pode possuir desvantagem na garantia de direitos em relação ao princípio da isonomia de tratamento, pois, por exemplo, a criança ou o adolescente, naturalmente escolheria à mãe ao pai, se fosse questionada sobre quem deveria receber a guarda.

3 PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO À PATERNIDADE

Qualquer tema apontado e que possua interesse juridicamente relevante a um ordenamento deve ser conduzido por dogmas, aos quais, há necessidade em serem precisos ou ao menos delineadores. É imperioso que essa condução, desdobre à sociedade os privilégios da ordenação e segurança jurídica sobre os assuntos que reflitam ao tema.

A cada dia são especuladas novas tentativas e argumentos a fim de flexibilizar ou estender direitos com relação a esses dogmas, ditos princípios, que regulam as relações sociais, alargando a base daquilo que se entende por direitos.

Nesse sentido, o direito de ser pai é calcado em princípios dispostos tanto pela Constituição Federal de 1988, como pela legislação infraconstitucional e esparsa no ordenamento jurídico brasileiro. Considerando, portanto, que nas entrelinhas destas disposições, implícita ou explicitamente, há princípios regulamentadores do direito à paternidade, sobre os quais, considera-se imprescindível analisá-los a partir deste momento, sem qualquer tentativa de esgotamento.

a) Princípio da dignidade da Pessoa Humana

Erigido como um dos princípios mais importantes da atualidade, é deste que decorrem tantos de suma importância e que servem de garantia e estabilização a

valerosos direitos fundamentais. Dispõe-se, portanto, que poucas necessidades básicas poderiam ser concedidas sem passar pelo arrazoado desse princípio.

Não é à toa que está previsto logo no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e, conforme Dias (2015, p. 45), “o princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade”.

Segundo Pereira (2012, p. 114), “o princípio da dignidade é hoje um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não é mais possível pensar em direitos desatrelados da ideia e conceito de dignidade”, afirmando o autor, ser esse o princípio de sustentação do Estado Democrático de Direito.

De fato, o homem é tornado um mapa de valores quase que insaciável, cujas ações são carregadas de valores éticos, morais e principalmente legais, contudo, nenhum interesse deve superar o interesse à dignidade da pessoa humana. Devendo, nesse sentido, que o próprio homem respeite esse macroprincípio, tornando-o norte para a vida em sociedade.

Considerando o tema proposto, a dignidade da pessoa humana tem grande relevo quando se menciona o conceito de entidade familiar e também o instituto da paternidade, haja vista a possibilidade de sua violação, exemplificativamente, quando o pai não possui o filho registrado como seu, ou, quando, embora pretenda, está impedido de exercer o poder familiar – em conjunto com a mãe.

Porém, considerando ser um princípio e, como tal, dotado de completa carga de subjetividade, muitas vezes é tornado insubsistente e injusto, quando da existência de conflitos entre as intenções. Por exemplo, explica-se que quando os interesses de duas pessoas divergem ou possuem sentidos opostos, a probabilidade de serem sopesados os direitos de uma pessoa sobre os de outra, é grande.

Assim, quando um pai e uma mãe não chegam a um consenso com relação ao descendente, possivelmente, o sentimento daquele que não teve seu interesse atendido, em uma possível decisão judicial, é o de que restou prejudicado e ferido em sua dignidade. Podendo inclusive, ambos os pais saírem insatisfeitos com a decisão, porquanto, o interesse social final é a dignidade da criança, em alusão ao princípio do melhor interesse da criança.

O que vem a tornar uma problemática para o direito, é definir o limite e o que fica restrito ao princípio da dignidade humana, ou melhor, é complicado definir o que – atualmente – o princípio da dignidade não tem afetação, pois, conforme já mencionado,

Inegável, entretanto, são as garantias que toda e qualquer pessoa possui sobre os principais direitos existenciais e básicos de manutenção da vida em sociedade, assim como, ao pai, é afeto à sua dignidade, que lhe seja reconhecido o título de merecedor do direito à paternidade, quando esse direito lhe favorecer. Não devendo ser desamparado, em suma, por mero desleixo ou falta de concordância materna.

Assim, abruptamente, considera-se que ao pai é digno ser pai. Apesar da redundância, o interesse é claro em demonstrar que a paternidade não é uma perspectiva independente às necessidades humanas, bem como, ilustra-se que ela deve ter seus direitos garantidos em condições igualmente dignas às da maternidade, pois, um dos interesses sociais garantidos na Constituição Federal de 1988 é justamente o da isonomia no tratamento entre os gêneros.

Entretanto, pretende-se demonstrar que, com relação ao pai, ou melhor, com relação às prerrogativas garantidas ao titular do instituto da paternidade, o advento do nascimento ou do estado gravídico, sequer é garantia de estabilidade no emprego, assim como, sequer garante mais do que 20 (vinte) dias de afastamento³, a título de licença paternidade, podendo ainda o empregador considerar pela

³Art. 10, §1º ADCT c/c art. 1º, II, da Lei n. 11.770/08.

hipótese de concessão de apenas 05 (cinco) dias de afastamento, nos termos da atual legislação.

Pomposa diferença no tratamento dessas garantias, por uma situação comum aos pais, é causa admirável que não sejam objeto de maiores manifestações sociais, em interesses próprios, aos pais buscarem a efetivação do princípio da isonomia de gêneros. Sabe-se que o interesse econômico é causa determinante no presente tema, visto que, tratar-se-ia de numerosa mão de obra afastada pelo mesmo motivo. Mas aí que cabe o questionamento: não é digno aos pais a manutenção de seus empregos ou então permanecer e acompanhar o crescimento inicial, em igualdade material de condições às da mãe ou gestante?

A crítica realizada é nesse sentido, considerando válida a concessão da licença maternidade e da estabilidade no emprego, entretanto, sopesando que tais garantias deveriam ser concedidas de forma igualitária aos pais. Pois, é digno ao pai afastar-se do trabalho e acompanhar o crescimento de um filho, bem como, prestar auxílio às necessidades maternas, sem prejuízo algum com relação ao seu emprego.

Segundo Luiz Roberto de Assumpção (2004, p. 560), é “necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana”, portanto, entende-se que a dignidade é uma constante em movimento, considerada um direito moldada às alterações culturais. O que, não seria forçoso dizer, que a garantia de benefícios materialmente assemelhados aos benefícios maternos, dependerá de exasperada e paulatina conquista paterna.

b) Princípio da solidariedade

A família é uma união empenhada às necessidades e em condições recíprocas entre os integrantes, por isso mesmo, Dias (2015, p. 48) refere que “solidariedade é o que cada um deve ao outro”.

Em efeitos práticos e elucidando o previsto no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, inicialmente, caberá aos pais o dever de sustentar os filhos quando incapazes e, aos filhos, o dever de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, impondo à família, um dever de amparar seus familiares antes mesmo do Estado, com base no princípio da solidariedade. Segundo Dias (2015) trata-se de uma tentativa do Estado em se esquivar da garantia de ser obrigado a assegurar todos os direitos previstos ao cidadão na Constituição.

Nesse mesmo sentido, Lobo (2011, p. 64) dispõe que:

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4º).

Portanto, o princípio da solidariedade pressupõe ao titular do direito de ser pai a obrigação em exercer de forma efetiva a paternidade, amparando seus descendentes, bem como, o direito de – quando necessitá-lo – haver a quem se socorrer.

Diante disso, é importante destacar que a condição de ser vinculado a uma família, não pressupõe apenas a existência de laços afetivos ou sanguíneos, mas, principalmente, direitos e deveres que interessam ao mundo jurídico e para a sociedade em si.

Assim, Pereira (2012, p. 224) define:

A solidariedade, antes concebida apenas como dever moral, compaixão ou virtude, passou a ser entendida como princípio jurídico após a Constituição da República de 1988, expressamente disposto no art. 3º, I. Este princípio também está implícito em outros artigos do texto constitucional, ao impor à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro a proteção da entidade familiar, da criança e do adolescente e ao idoso (arts. 226, 227 e 230, respectivamente). Portanto, advém do dever civil de cuidado ao outro. É resultante da superação do individualismo jurídico, como ocorria na sociedade dos primeiros séculos da modernidade e se preocupava predominantemente com interesses patrimoniais e individuais.

Atualmente, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 conseguiu implementar importantes garantias sociais, apesar de estar enrustida em um mundo inteiramente movimentado por interesses econômicos, o que torna demasiadamente simpática às necessidades brasileiras. Nesse sentido, manifesta-se com intensidade:

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Preâmbulo constitucional, ressaltou que o princípio da solidariedade se afirma por meio dos valores contidos nas normas constitucionais vigentes. Portanto, mais que um imperativo axiológico, traduz uma das essências da hermenêutica constitucional. Os valores contidos no preâmbulo devem assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. A fraternidade está compreendida no contexto da solidariedade e reciprocidade (PEREIRA, 2012, p. 225-226).

Tenta demonstrar o autor, que a solidariedade é um direito e uma circunstância inerente à sociedade e principalmente à família, a qual, supõe-se ser garantia substancial à ideia do bem-estar social, inclusive, substanciada no artigo 3º, I da Constituição Federal de 1988.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Dessa forma, consagra-se o princípio da solidariedade com o objetivo de conduzir a vida familiar, propondo-o em uma esfera de interesse primordial ao equilíbrio da família, ante a reciprocidade de afeto e responsabilidades entre os que a integram.

c) Princípio do pluralismo das entidades familiares

A evolução social pressupõe a abertura e o alargamento de conceitos, como é o caso do acolhimento do atual conceito de entidade familiar. Em consequência, o casamento deixou de ser a “regra” de união adotada entre as pessoas, passando-se a existir diversas possibilidades, conforme observado por Lobo (2011, p. 80):

1. Homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
2. Homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e não biológicos, ou somente com filhos biológicos;
3. Homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
4. Homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável);
5. Pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental);
6. Pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental)
7. União de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;
8. Pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
9. Uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
10. Uniões concubinatórias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
11. Comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação.

O Código Civil de 2002 prevê expressamente a adoção de algumas das espécies de união mencionadas acima, já outras, consideradas “novidades” jurídicas, estão sendo aos poucos analisadas e a tendência é que permaneçam no ordenamento jurídico, cada vez com a garantia de mais direitos, equiparando-se ao casamento, que é o interesse do Estado. Nesse sentido, Dias (2015, p. 49) dispõe que:

Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais – agora chamadas de uniões homoafetivas – e as uniões paralelas – preconceituosamente nominadas de “concubinato adulterino” –, são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias.

No entanto, apesar de muito importante para a aplicação de diversos panoramas sociais, elucida-se, com vigor que o princípio da pluralidade das formas de família é um princípio muito recente. Porquanto, dispõe Pereira (2012, p. 192):

O princípio da pluralidade das formas de família, embora seja um preceito ético universal no Brasil, teve seu marco histórico na Constituição da República de 1988, que trouxe inovações ao romper com o modelo familiar fundado unicamente no casamento, aos dispor sobre outras formas de família: união estável e família monoparental.

Assim sendo, qualquer forma de união instituída com o propósito em constituir família merece ser possuidora de interesses jurídicos ou sociais, pois, como bem refere Dias (2015, p. 49), a exclusão do âmbito jurídico de entidades familiares compostas por elos de afetividade e com interesses correspondentes, apenas fomentaria a aplicação de injustiças sociais sem qualquer propósito.

d) Princípio da isonomia no tratamento entre os gêneros

Importante garantia prevista na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 5º, o princípio da isonomia no tratamento de gêneros defende que a todos deve ser preservado tratamento igualitário e com isonomia nas relações jurídicas, não merecendo qualquer exclusão social ou com relação a direitos familiares por conta de ser possuidor, de uma ou de outra identidade de gênero.

Considerando, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro é baseado em concepções e acontecimentos históricos, tem-se que a existência do princípio da isonomia de tratamentos é mais uma dessas aplicações. Nesse sentido, Pereira (2012, p. 164), dispõe:

A aplicação do princípio da igualdade dos direitos entre homens e mulheres como um imperativo ético do nosso tempo tornou-se um princípio constitucional a partir de 1988. Tal inscrição na Carta Magna (arts. 5º, I, e 226, §5º, I) é fruto de uma evolução histórica que está estreitamente vinculada ao patriarcalismo, aos modos de produção e mais recentemente ao movimento feminista, que foi a revolução do século, como dizia Norberto Bobbio. Mesmo sendo um imperativo ético, um princípio constitucional e apesar dos vários textos normativos, particularmente o Código Civil de 2002, a igualização de direitos dos gêneros ainda não se efetivou. A dificuldade prática está em que a pretensa igualdade é estremeada de uma complexidade que o pensamento jurídico, por si só, não é capaz de responder.

Cita o autor a presença de dificuldades na aplicação do princípio, o que vem a argumentar posteriormente, afirmando que o obstáculo reside justamente na necessidade em alterar uma ideologia latente e incorporada aos moldes culturais e

econômicos da sociedade, ideologia que, considera responsável por aprovar a desigualdade dos gêneros sustentada em uma suposta superioridade masculina.

Diante dessas concepções, pressupõe-se que a igualdade material entre os gêneros merece ser aplicada em isonomia perante todas circunstâncias que envolvem as relações jurídicas. O que se quer dizer, nesse sentido, é que não basta essa condição figurar nos ordenamentos jurídicos, bem como na Constituição vigente, mas, na prática, e em diferentes situações, não espelhar o disposto e tornado como norte regulamentador das relações jurídicas.

Portanto, ao titular do direito paterno é necessária a proteção das mesmas provisões maternas, pois, tanto uns quanto outros, figuram como responsáveis e titulares de direitos por seus descendentes, prescrevendo, nesse sentido, a garantia da igualdade de condições para proporcionar – além de tudo – afetação e segurança em equivalência de oportunidades.

Prescreve-se pela indispensabilidade da igualdade material entre os gêneros, pois, formalmente, a própria Constituição já estabiliza. Nesse sentido, não haveriam de ser prescritos tratamentos diferenciados às pessoas, unicamente pela questão de gêneros. Por exemplo, com relação à licença maternidade – já mencionada anteriormente na análise do princípio da dignidade da pessoa humana –, preza-se pela necessidade de manutenção dessa prerrogativa, nos moldes em que está instituída, no entanto, não sendo possível compreender qual o fundamento que apenas faz garantir a quantia de no máximo 20 (vinte) dias de licença paterna aos pais.

Ora, se o fundamento da concessão da licença maternidade é a recuperação da mulher, bem como, sua adaptação e a possibilidade em acompanhar o crescimento e estabelecer uma relação afetuosa entre mãe e filho, questiona-se o fato de o pai não ter a aplicação desse direito em igualdade de condições materiais, pois, seguramente é quem, em idênticas proporções à mãe, possui legitimidade e

preocupação com relação ao bem-estar do seu descendente e ainda, poderá os ter com relação à mulher, companheira/cônjuge.

e) Princípio do planejamento familiar

O princípio do planejamento familiar, considerado significativo desdobramento do macroprincípio da liberdade, tem sentido quando, à família, é concedido o condão do autoplanejamento sem a interferência do Estado.

Com esse fundamento e de forma mais incisiva, Lobo (2011, p. 70), ensina que:

A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar, que “é livre decisão do casal” (art. 226, § 7º, da Constituição), sem interferências públicas ou privadas; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.

O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral.

Sustenta-se, portanto, que o Estado apenas influirá na família brasileira naqueles momentos em que realmente for necessário, como por exemplo, em referência a assuntos de destacável interesse público. Em mesmo sentido, bem define Pereira (2012, p. 179) que “no seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio de convivência. Desta órbita interna exsurgem as disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeite, e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualmente”.

Demonstra-se, com esses entendimentos, que o Direito de Família é um ramo do ordenamento eivado de implicações puramente privadas, e que regulamentam as relações entre os integrantes da família, sobrevivendo a necessidade de atuação do Estado apenas em flagrantes situações, como, por exemplo, questões que envolvem a administração e a vida de menores incapazes.

A família, desse modo, deve ser entendida como uma entidade livre, porém, cerceada por condições que podem vir a ser submetidas ao interesse e atuação do Estado, na aplicação de outros e não menos importantes dogmas, nesse caso, e como referência, citando-se a aplicação do princípio do melhor interesse da criança.

Entretanto, tornando a análise própria ao seio familiar, verifica-se que a ambos os pais subsiste o poder de direcionar o andamento da estrutura familiar, o que, nesse caso, representa uma necessidade em conduzir e aplicar de todos os outros princípios que regulam o ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, o Direito de Família.

Nesse ínterim, dispõe-se que o exercício do princípio do planejamento nada mais é do que o fundamento de aplicação do exercício do poder familiar.

Exercício que se manifesta no sentido de que ambos os pais podem ter legitimidade para delinear as condições em que seus descendentes (filhos) serão submetidos. O que ocorre, portanto, é que a estrutura organizacional da família e o exercício desse poder, provém unicamente da possibilidade de a Família ser planejada por seus próprios interesses, caso contrário, não haveria necessidade de os pais delinarem sobre uma coisa que a lei define como concreto e obrigatório.

f) Princípio do melhor interesse da criança

Tornado um dos nortes do Direito de Família brasileiro, o princípio do melhor interesse da criança ou, comumente chamado de princípio da proteção integral à criança e adolescente, vem definido pela Constituição Federal de 1988 (art. 227) como sendo dever da família, da sociedade e do Estado, amparar com absoluta prioridade os Direitos Fundamentais às crianças e adolescentes.

Nesse sentido, e com absoluta propriedade, define Dias (2015, p. 50):

A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração constitucional do princípio que assegura a

crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, 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. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227).

A forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no ECA (Lei 8.069/1990), microsistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito. O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.

Em alusão ao que define Maria Berenice Dias, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA é claro exemplo da evolução histórica da sociedade brasileira. A mudança de paradigmas no Direito de Família visa abarcar com especial proteção àqueles que não possuem condições de garantirem a subsistência de forma independente, isto é, crianças e adolescentes, tornando, inclusive, a família responsável antes mesmo do Estado.

Nesse sentido, Pereira (2012, p.148) menciona que “o menor ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho. Precisa dos pais – ou de alguém que exerça a função materna e paterna – para lhe conduzir ao exercício de sua autonomia”.

Desse modo, necessário se faz concluir que a sociedade busca proteger, com certeza, o seu próprio futuro, garantindo direitos para quem um dia será tornada a parcela ativa de uma sociedade e que será responsável por movimentar os aspectos econômicos e sociais.

Pereira (2012, p. 150) menciona a dificuldade em averiguar qual é a extensão do princípio da proteção ou do melhor interesse da criança. Nesse sentido, questiona, como pode ser definida a melhor opção para a criança, em relação à guarda – paterna ou materna –, adoção, ou então, quem serão as pessoas que conviverão com a criança. No entanto, o autor, garante a existência de estreita

ligação deste princípio, aos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente.

Fato inconteste é que o princípio em análise jamais deverá ser tratado de forma objetiva, a julgar pelas inúmeras possibilidades e circunstâncias que podem ser apresentadas à sua aplicação, o que garante à criança e ao adolescente uma análise primordial de sua situação e a escolha da decisão que melhor adequa-se ao seu interesse.

Portanto, as atividades da Família devem ser ajustadas em prol da garantia do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, considerado vulneráveis aos olhos do ordenamento jurídico brasileiro e incapazes de subsistência independente.

g) Princípio da afetividade

O princípio da afetividade remete a tanto outros princípios que torna dificultado o diagnóstico de sua origem. Importa, entretanto, destacar que ganhou força com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo citado de forma implícita em importantes dispositivos dessa Carta, que serve de base ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, dispõe-se que ao equiparar o vínculo da consanguinidade ao da afetividade, como, por exemplo, realiza a Constituição, em relação ao filho adotivo e ao natural, impõe-se à característica da afetividade, grau de importância equivalente à consanguinidade. Assim sendo, a afetividade deve ser considerada um princípio regulador da ordem familiar, o que, sem ele, tornar-se-ia um instituto com pouco nexos e função social.

Imagine-se uma família constituída por pessoas que não possuem ligação afetiva, mas, mesmo assim, são obrigadas a conviver umas com as outras, unicamente por apresentarem um aspecto em comum, que é a consanguinidade.

Nesse sentido, considerando as políticas estatais em prezar pela manutenção do instituto da família, bem como, serem notórios os benefícios desse instituto para a sociedade, questiona-se: o interesse do Estado é manter a Família a todo e qualquer custo?

Aparentemente não, e quem justifica essa afirmação é justamente o princípio da afetividade. Pois, se não fosse ele, não haveriam fundamentos e nem garantias para a existência do instituto da adoção e da união socioafetiva, nem mesmo, aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, conforme o atual conceito de entidade familiar, a afetividade deve imperar como sendo a base da união e tornar as pessoas inter-relacionadas, em respeito mútuo.

Portanto, em acordo com o já mencionado no presente trabalho, propriamente no tópico 2.1.2 – “Conceituação jurídica de família e paternidade”, interessa e tem maior valor jurídico a relação que transmite um o outro sentimento da afetividade.

Nesse sentido, manifesta-se Dias (2015, p. 52):

Mesmo que a palavra afeto não esteja no texto constitucional, a Constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. Reconhecida a união estável como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica, como ela se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ou seja, houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais.

A aplicação do princípio da afetividade garante aos pais e filhos, prerrogativas inerentes às próprias condições. Desta feita, o pai tem direito ser relacionado com o filho, assim como, o filho tem direito de manter relacionamento com o pai. Em outra linha, diz-se que um pai tem direito a adotar um filho com base no princípio da afetividade, assim como, tem direito um filho em ser adotado por um pai, diante do mesmo fundamento.

Dispondo no mesmo sentido, celebra Assumpção (2004, p. 54) que “a paternidade afetiva deve ser considerada como a mais relevante, pois é a determinada por um construir diário e não por um mero fator de sangue”. Assim sendo, trata-se de importante princípio do Direito de Família brasileiro, devendo permanecer ativo e permanente nas implicações que envolvem o tema, tendo em vista as diferentes hipóteses em que pode ser aplicado, bem como, sua importância às necessidades.

h) Princípio da paternidade responsável

Considerado um princípio de aplicação recente na sociedade brasileira, o qual, possui associação à ideia de que um filho necessita de ambos os pais para que seja promovido o desenvolvimento necessário, mencionando-se, nesse sentido, o desenvolvimento de aspectos econômicos, sociais e, principalmente, psíquicos, como, por exemplo, a demonstração de afeto e carinho por ambos os pais.

Viu-se a necessidade em fortificar a estrutura familiar, pois, muitas das fragilidades enfrentadas por crianças ou adolescentes advém justamente de uma família desequilibrada e sem a existência de condições favoráveis ao desenvolvimento positivo.

Conforme Pereira (2012, p. 243), o princípio da paternidade responsável não interessa apenas às relações privadas, tendo em vista as implicações que uma paternidade irresponsável pode vir a gerar, possui interesse direto, portanto, ao Estado. De certo modo e com palavras do autor:

(...)na medida em que a irresponsabilidade paterna, somada às questões econômicas, tem gerado milhares de crianças de rua e na rua. Portanto, é um princípio que se reveste também de caráter político e social da maior importância. Se os pais não abandonassem seus filhos, ou, se exercessem uma paternidade responsável, certamente o índice de criminalidade seria menor, não haveria tanta gravidez na adolescência etc.

A paternidade responsável tornou-se noma jurídica, traduzida em regras e princípios constitucionais. Os arts. 226, § 7º, e 229 da Constituição da República dão juridicidade ao dever de cuidado recíproco entre pais e filhos,

e tornam expresso este princípio, que é um dos pilares do Direito de Família. (Pereira, 2012, p. 243-4).

Impossível não vincular esse importante princípio ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, nada mais digno a uma criança que tenha presente em sua vida, pais ativos e que acrescentam benefícios ao menos mínimos à sua existência e crescimento.

Nessa análise, notavelmente, inclinar-se-á às prerrogativas paternas, haja vista o interesse em demonstrar aspectos relacionados ao instituto da paternidade e a (des)igualdade com relação as prerrogativas maternas contemporâneas. Portanto, infere-se que o princípio da paternidade é uma alusão histórica ao significativo índice de abandono afetivo por parte de pais, bem como, à tentativa de guarnecer o Estado em ficar responsável por suportar o ônus do desamparo.

Assim sendo, dispõe Pereira (2012, p. 252) que, “o descompromisso de pais com seus filhos, independentemente do divórcio, tem sido tão frequente em nossa realidade brasileira que já se tornou 'sintoma' de nosso tempo. Muitos filhos não tiveram outra alternativa a não ser recorrer aos tribunais para buscar algum amparo ao seu desamparo advindo da ausência voluntária do pai”. Diante disso, segundo o autor, impõe-se que uma das alternativas em diminuir “os prejuízos” suportados pelos filhos, é justamente buscar, através de uma decisão judicial, a transformação da falta de amparo afetivo ou assistência paterna, em pecúnia.

Pois bem, verifica-se que a paternidade responsável constitui-se por ser um princípio de severa importância para a evolução e progresso da cultura brasileira. Não há fundamentos que autorizem o abandono afetivo, nem mesmo a falta de dever de cuidado por parte dos pais, no entanto, em contrapartida, verifica-se que não é qualquer situação considerada como hipótese de abandono afetivo, havendo uma tênue linha entre o abandono afetivo e falta de acompanhamento no crescimento por parte de algum genitor.

Entende-se, assim, que a transformação do carinho paterno/materno ou da convivência familiar é difícil ser mensurada, ao ponto de transformar e substituir por valores financeiros⁴, pois, nas palavras da Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, “afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro”, dessa forma, para condenação em reparação de danos, o instituto da responsabilidade civil pressupõe a necessidade da existência de ilícito e de dano, sendo que essas hipóteses devem ser comprovadas pelo filho.

Diante disso, é natural a existência de decisões judiciais no sentido de que a postulação de indenização em virtude de abandono afetivo, muitas vezes, sequer é causa de indenização⁵.

Por fim, atenta-se que deve ser interesse do Estado, garantir a oportunidade de convivência e a transmissão de afeto, recíproca entre pais e filhos, assim como, meios que dificultam que crianças/adolescentes venham a sofrer danos em virtude de uma paternidade irresponsável.

⁴TJ-MG - AC: 10145074116982001 MG, Relator: Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 16/01/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/01/2014

AP Cível Nº 70067498436, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 03/12/2015;

⁵AP Cível Nº 70066058405, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 19/11/2015;

AP Cível Nº 70063635619, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 27/05/2015;

4 A (DES)IGUALDADE DE TRATAMENTO ENTRE OS DIREITOS PATERNOS E MATERNOS

A base para a construção de uma sociedade justa e livre justifica-se, entre outros princípios, na aplicação da igualdade de tratamento entre os gêneros. Assim, alude-se que não basta vigorar a igualdade entre somente os homens e, por outro lado, entre somente as mulheres. É necessário, desse modo, que sejam estabelecidos parâmetros para tornar as condições que acarretam e venham a formar a desigualdade entre homens e mulheres, em ambientes igualitários.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo 5º, estabelece que todos serão iguais perante a lei, sem a distinção de qualquer natureza, frisando-se, desse modo, no inciso “I”, a igualdade de tratamento inclusive entre homens e mulheres.

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;

Segundo espelha Martinez (2012, p. 629):

A ressalva, claramente indicativa do reconhecimento de uma igualdade mitigada, deixou confessado que, em nome do paralelismo essencial entre homens e mulheres, não se poderia deixar de admitir diferenças biológicas evidentes. Enfim, apesar de juridicamente iguais, homens e mulheres são fisiologicamente e psicologicamente dessemelhantes, sendo essa uma constatação inelutável. Por serem apenas formalmente iguais, homens e mulheres, nos estritos termos da Constituição, podem ser tratados de modo desigual, sem que isso implique,

segundo a vontade do constituinte originário, uma violência à isonomia, mas sim um tratamento desigual com foco corretivo da desigualdade.

No entanto, verifica-se que o entendimento do doutrinador é atinente a questões mais relacionadas à própria proteção da mulher ao trabalho, implementadas no ordenamento sob a justificativa da real existência de diferenças fisiológicas e biológicas. Dessa forma, verifica-se que a fala em questão, não se refere a perspectivas especificamente relacionadas à dicotomia maternidade-paternidade.

Conforme Nascimento (2005, p. 952), a Convenção n. 3 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, em 1919, estabiliza que:

A Convenção n. 3, de 1919, da OIT realça, como principais aspectos sobre os quais deve recair a proteção da lei, os seguintes: a) a licença antes e depois do parto, mediante atestado médico que comprove a gravidez e, se possível, com a data provável do parto, com a duração de 6 semanas antes e 6 semanas depois deste, propondo que o descanso prévio seja facultativo e o descanso posterior obrigatório; b) a garantia do emprego consubstanciada na impossibilidade de despedimento concomitantemente com o afastamento para dar à luz e na ineficácia de aviso prévio durante esse mesmo período; c) a assistência à maternidade, consistente num auxílio econômico destinado a cobrir o acréscimo de despesas supervenientes, nessas ocasiões, a ser pago pelo Poder Público, ou pelas instituições previdenciárias de cada país, além de assistência gratuita de médico ou parteira; d) Facilidades durante a amamentação do filho, com direito a dois repousos especiais diários, de meia hora cada um. A maternidade merece a proteção da legislação, através, entre outros, de dois princípios básicos, a estabilidade da gestante e a licença-paternidade.

Neste caso, em alusão aos fundamentos do autor, refere-se que o ordenamento jurídico tem se preparado, apresentando à mulher diversos panoramas diferenciados sobre aqueles apresentados ao homem, como, por exemplo, vedações a qualquer tipo de discriminação pelo gênero sexual, aposentadoria com idade inferior, isenção em relação ao serviço militar obrigatório – mesmo que em atividade administrativa –, limites no uso da força muscular, períodos de descanso exclusivos, etc.

No entanto, no presente trabalho, buscar-se-á abordar aspectos relacionados à diferenças no tratamento, entre homens e mulheres, relacionados ao advento da maternidade e da paternidade, apresentando uma análise com relação às diferenças

entre as licenças maternidade e paternidade, aspectos relacionados à guarda de crianças, uma análise sobre a estabilidade provisória em virtude do estado gravídico, assim como, uma análise hipotética com relação a uma possível liberação do aborto no Brasil.

4.1 Licença maternidade x licença paternidade

Um dos maiores benesses da sociedade moderna, a licença maternidade, surge com o intuito de proteger a trabalhadora em diversos quesitos, quando em estado de gravidez, submetida ao parto, aborto não criminoso ou então adoção. Em um primeiro momento, diz-se que protege a mãe trabalhadora e vinculada ao instituto da previdência social de seu próprio vínculo de empregatício, isto é, evita que retorne precocemente ao trabalho, prejudicando-se a si e ao seu filho. Em um segundo ponto, busca-se garantir maiores cuidados à aproximação entre a mãe e o filho nos primeiros meses de vida.

Nesse sentido, o objetivo no presente tópico é comparar os principais benefícios da licença maternidade, às mulheres vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social, em relação àqueles garantidos aos pais pela licença paternidade, em paridade de condições, realizando-se um comparativo entre os direitos, como, por exemplo, o da diferença entre a concessão do período de afastamento das atividades laborais, através das licenças, e também sobre o recebimento ou não de pecúnia durante o período de afastamento.

Justifica-se uma abordagem sintática com relação ao assunto, visando unicamente comparar as diferenças no tratamento entre os institutos, tendo em vista tratar-se de assunto com demasiado conteúdo e não sendo objetivo no presente trabalho monográfico uma abordagem extensiva e conclusiva sobre o tema. Bastando, assim, analisar as diferenças de tratamento entre os benefícios paternos e maternos com o advento do nascimento, em relação especificamente ao trabalhador comum vinculado ao Regime Geral da Previdência Social, bem como, ao

nascimento de um filho comum aos pais, isto é, sem abordar aspectos relacionados à adoção. Embora, sejam similares na maioria de suas implicações.

Dessa forma, infere-se que a licença maternidade surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro em 1943, através da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sendo que, conforme informe da Previdência Social, publicado em fevereiro de 2007, com autoria da estudiosa Graziela Ansiliero, a licença maternidade referia-se como um benefício que concedia “de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto; que neste período a mulher tinha direito ao salário integral e que, em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher tinha direito a um repouso remunerado de duas semanas, assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento”, sendo que, o salário-maternidade era suportado pelo empregador.

Demonstrava-se, desde o seu início, possuir conteúdo com interesse e importante inclinação a proteger os interesses femininos, visto que, àquele tempo, quem suportava o ônus do afastamento da empregada era o próprio empregador.

Importa destacar que, a partir da edição da Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974, o salário-maternidade foi incorporado e passou a ser uma das obrigações concernentes à previdência social, inserida, inclusive, à própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 201, II.

CF/88, Art. 201: A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

Assim, verifica-se que na época antecedente à atual Constituição Federal, a trabalhadora possuía direito ao afastamento de suas atividades laborais, pelo período de 84 (oitenta e quatro dias) e, também, à remuneração concernente a esse afastamento.

No entanto, após o período que compreende os anos de 1974 e 1988, apesar de terem existido diferentes modificações à forma da licença-maternidade, conforme preconiza Graziela Ansiliero (2007, p. 02), a Constituição Federal de 1988, acertadamente, estabeleceu que a licença maternidade passaria a ser tratada como um Direito Social, nos termos do próprio artigo 7º da Carta, garantindo-se a duração de 120 dias, conforme exposto:

CF/88, Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Sendo assim é tamanha sua importância às mulheres, que, através da fortificação desse instituto, foi possível garantir de forma reflexa, à família, estrutura para facilitar e acompanhar o crescimento dos descendentes de forma digna.

Nesse mesmo sentido, em atenção à aplicação da Lei n. 11.770/2008, bem como, à necessidade de a mãe estar presente e acompanhar o crescimento do descendente, dispõe Barros (2011, p. 863):

Vinte anos após a Carta de 1988, a lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, criou o programa Empresa Cidadã, destinado a assegurar, por mais 60 (sessenta) dias, a licença-maternidade a que alude o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal. Essa prorrogação é garantida à empregada gestante, desde que a pessoa jurídica adira ao programa e a prorrogação seja requerida pela empregada até o final do primeiro mês, após o parto, e concedida imediatamente depois da fruição da licença-maternidade (art. 7º, XVIII, da CF/88). A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de crianças. É vedado à empregada exercer qualquer atividade remunerada no período de prorrogação da licença-maternidade a que se refere essa lei, tampouco poderá a criança ser mantida em creche ou organização semelhante (art. 4º da Lei n. 11.770/08).

Devido à sua importância, não é possível consignar que a licença maternidade é um direito estabilizado e livre de mutações. Inclusive, pois, mesmo após a definição da Constituição Federal sobre o tema, a licença permaneceu constante a mudanças, mesmo que formais.

Garantir que a mulher tenha condições apropriadas nos primeiros meses de vida do filho, para poder transmitir todo amor e carinho, é fruto de um ordenamento organizado e voltado às necessidades sociais da família como um todo, sem falar, ainda, sobre a existência dos direitos concernentes aos pais, nesse caso, referindo-se à licença paternidade.

Em tempo e, por ora, sem o objetivo de explorar o instituto da licença paternidade, indaga-se que, seguindo a lógica e aplicação do princípio da isonomia no tratamento entre os gêneros, alguém que não possua conhecimento sobre a legislação brasileira, poderá considerar como idênticos em prerrogativas, ambos os institutos.

Assim, poderia considerar permanecer à licença paternidade as mesmas garantias previstas às da licença maternidade, visto que, além do mais, são utilizadas as mesmas bases de fundamento para a concessão dos afastamentos. Dessa forma, verifica-se que são calcadas na aplicação material do princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio do planejamento familiar, bem como, no princípio da proteção integral da criança do e do adolescente, tratando-se da proteção da maternidade um importante direito social, garantido pela própria Constituição.

Após essa breve introdução à problemática a ser desenvolvida na presente análise, volta-se ao instituto da licença maternidade, pois, após o advento da Constituição Federal de 1988, ainda merecem destaque, entre tantas alterações, a inclusão da Empregada doméstica gestante ao instituto da licença maternidade, assim como, e de maior interesse para o presente trabalho monográfico, a criação da Lei 11.770/2008 – denominada lei que institui o “Programa Empresa Cidadã” –, a qual, passou a permitir a prorrogação da licença, de 120 (cento e vinte) para 180 (cento e oitenta) dias, desde que a empresa venha a aderir ao programa cadastrando-se junto à Receita Federal. Em retorno, a empresa receberá um abatimento no imposto de renda.

Lei 11.770/2008, Art. 1º: É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal;

Em relação à licença maternidade, as mães e as gestantes recebem dois benefícios que merecem ser destacados e que farão parte da análise comparativa com os benefícios paternos. Assim sendo, primeiramente, verifica-se a possibilidade do afastamento das atividades laborais pelo período de 120 (cento e vinte) a 180 (cento e oitenta) e, também, o gozo durante esse período, do salário-maternidade, custeado pela previdência social.

Conforme indica Romar (2015, p. 662):

Para a segurada empregada, o salário-maternidade consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral e será pago pela empresa, efetivando-se a compensação quando do recolhimento de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

Levantados os principais benefícios relacionados às mulheres, parte-se para uma análise com relação ao instituto da paternidade, abarcando informações, nos mesmos moldes realizados com relação ao instituto da maternidade, sendo que, como objetivo final, buscar-se-á averiguar as diferenças de tratamentos entre as licenças, sugerindo-se adequações ou não.

Assim sendo, pode-se entender que a licença paternidade é a contrapartida aos direitos maternos e a garantia prevista no inciso XIX, do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, que surge em virtude do nascimento e/ou adoção de um descendente.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

No entanto, diferentemente da licença maternidade que foi fixada pela Constituição Federal em um montante de 120 (cento e vinte) dias de afastamento, a própria Carta apenas fixa a licença paternidade em um período de afastamento de 5

(cinco) dias para os pais, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, especificamente em seu artigo 10, § 1º.

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

Assim sendo, verifica-se, que a própria Constituição fixou o período de licença paternidade em quantidade muito inferior ao concedido para a licença maternidade. Impossível considerar-se medida adequada, pois, entende-se que em atendimento ao próprio texto constitucional (art. 5º, caput e inciso I), deveria ter previsto disposições que atendessem ao princípio da isonomia no tratamento entre os gêneros, tendo em vista que, como veremos adiante, essa diferença causa prejuízos tanto às mulheres quanto aos homens que, nesse caso, figuram na qualidade paterna e, em última análise, aos filhos, que se veem privados dessa convivência nos instantes iniciais da vida.

Felizmente, com o advento da Lei n.13.257/2016, que acrescentou dispositivos à Lei n.11.770/2008, abriu-se a possibilidade de ser aumentada a licença paternidade para o período de 20 (vinte) dias. No entanto, esse benefício apenas é estendido para empresas aderentes ao “Programa Empresa Cidadã”, em analogia às disposições maternas.

Permanecendo, portanto, e com origem no mesmo fato gerador, considerável diferença nos tratamentos entre as licenças, ou seja, pelo advento do nascimento de um descendente. Portanto, questiona-se: em não havendo motivo justo, não seria flagrante caso da falta de aplicação do princípio da isonomia no tratamento entre os gêneros?

Em resposta a esse questionamento há o pensamento biológico, em que se prega que a mulher necessita de maior período para se recuperar do parto e também para garantir a amamentação de forma correta, vinculando-se, nesse caso, a matéria à aplicação da premissa de que os pais e as mães não figuram em

igualdade de condições com o advento do nascimento. Contudo, verifica-se que ainda não seria o suficiente para justificar tal diferença entre as licenças, embora, trate-se de forte fundamento.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 41/2015, de origem no Senado Federal, busca alterar o disposto na Constituição Federal e ampliar os benefícios da licença maternidade e da licença paternidade, respectivamente, para 180 (cento e oitenta) e para 30 (trinta) dias, ao alterar o disposto nos incisos XVIII e XIX do artigo 7º, e revogar o disposto no §1º, artigo 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A intenção é válida, principalmente no que tange aos direitos relacionados à maternidade, pois, considera-se que as mulheres realmente necessitam de demasiado repouso e dedicação ao filho, principalmente quando nos primeiros meses de vida. No entanto, ainda é inconcebível o fato das intenções futuras, não atenderem aos interesses paternos e satisfazer o que a própria Constituição refere com relação ao tratamento entre as figuras paternas e maternas.

O que se pretende demonstrar, portanto, é que o instituto da paternidade está desvalorizado frente as garantias maternas, justificando-se, ainda, que tais medidas podem vir a desmotivar os pais de honrar seus compromissos, pois, pouco tempo possuem e pouco podem acompanhar o crescimento de seu próprio descendente, falhando inclusive na troca recíproca de afetos.

Por outro lado, dispõe Barros (2011, p. 868-9) que:

Outra será a situação se é a empregada que falece no curso da licença-maternidade ou durante o parto. Nesse caso, haverá extinção do contrato de trabalho e cessa a obrigação do pagamento correspondente, pouco importando seja o encargo do órgão previdenciário ou do empregador. O ideal seria que o restante da licença fosse concedido ao pai para cuidar da criança, como já procede a legislação espanhola, a jurisprudência italiana, a legislação da Colômbia e do Chile. Lembre-se que há jurisprudência do TST, da década de 50, estendendo a referida licença ao cônjuge supérstite, em benefício da criança⁶⁴, exatamente como procedeu a jurisprudência italiana.

⁶⁴Em caso de falecimento da empregada após o parto, mas ainda no curso do período durante o qual prevalece a proibição de atividade estabelecida no art. 392 da CLT, deve ser assegurado o

Conforme a autora, poderia ganhar direito a usufruir de período de licença mais extenso do que o previsto em lei, quando, em substituição, aos deveres maternos – como no caso de falecimento da mãe/gestante – esse venha a ocupar seu lugar. Portanto, percebe-se que, de fato, não é apenas a questão biológica e de que a mãe precisa de tempo para se recuperar e/ou amamentar o descendente. Busca-se, com a legislação, melhores condições ao próprio filho. Portanto, dever-se-ia considerar o estabelecimento de maior período de tempo para a licença paternidade.

Assim sendo, afeta ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, visto que, conforme demonstrado, um dos fundamentos para a concessão da licença maternidade, é a possibilidade em oportunizar que a mãe transmita amor e carinho ao filho, enquanto que, até pouco tempo atrás, os pais apenas possuíam 05 (cinco) dias para exercer a função, e que, muitas vezes, a dividiam com a de auxiliar a gestante.

Nascimento (2005, p. 954), dispõe com atenção, mas com palavras simples, que a licença-paternidade tem como objetivo a finalidade de o pai acompanhar a mulher e o filho recém-nascido, sendo suportado o ônus do afastamento pelo empregador.

Este tema tornou-se, desde logo, objeto de grande repercussão, pois, conforme Martinez (2012, p. 635):

A proteção à maternidade e à infância alçou, por isso, a qualidade de direito social, nos termos do artigo 6º da Constituição de 1988. Percebe-se que a lei protege o instituto “maternidade”, e não unicamente a gestante, o nascituro ou o recém-nascido, entendendo-se como um complexo que envolve um conjunto de estados temporários, todos merecedores de diferenciada atenção. O art. 201, II, do texto constitucional é claríssimo nesse sentido. Dispõe que a Previdência Social oferecerá 'proteção à maternidade, especialmente à gestante'. A gestante, nesse contexto, é, sem dúvida, a protagonista do espetáculo que envolve a reprodução humana, mas a proteção não se destina unicamente a ela, embora, obviamente, se destine especialmente a ela.

pagamento do salário-maternidade até o final desse período, ao cônjuge superstite em benefício do herdeiro recém-nascido”. TST – 2ªT. - Proc. 6.210/51, Rel.: Min. Edgard Sanchez, Pub. DJ de 24.12.54

Realizando-se uma análise com outro viés, percebe-se que a legislação não prevê situações hipotéticas em que seria do interesse familiar o pai permanecer junto à criança nos primeiros meses de vida, isto é, em licença pelo período em que – em regra – a mulher é quem ficaria.

Frise-se, novamente, que não se está a defender a ideia de possibilitar ao pai a licença-paternidade em detrimento da mãe da criança. Está-se a questionar se o ordenamento jurídico brasileiro não é demasiadamente inflexível nessa questão. As inúmeras situações da vida podem levar a situações ainda não cogitadas pelo legislador, e, muitas vezes, isso acaba por gerar injustiças no exercício da paternidade e da maternidade.

Sabe-se que, em grande parte, após algum tempo, as mulheres voltam à normalidade de suas vidas, assim como, que é comum à sociedade brasileira o fato de recém-nascidos não amamentarem, utilizando-se de sustento artificial.

Portanto, percebe-se, nesse sentido, o prejuízo que a sociedade brasileira sofre com uma legislação incapaz de acompanhar a evolução social. Justificando-se, nesse caso, que a inclusão da mulher no mercado de trabalho, assim como, a natural e atual possibilidade de o homem exercer as funções domiciliares e, portanto, não dispor de renda mensal para auxiliar nas despesas, não deve restar prejudicada a necessidade de sustento familiar. Não estaria o legislador, no estado atual das coisas, reafirmando a ideia de que o homem é o provedor da casa, enquanto que a mulher é quem deva ficar com a prole?

Para garantir-se a isonomia efetiva, o entendimento final é que deve ser prezada a necessidade de adequação da licença paternidade aos moldes da licença maternidade, na medida do possível, pois, é interesse tanto do recém-nascido, quanto da gestante e de toda estrutura familiar, que os pais estejam presentes e auxiliando-os em todos os difíceis momentos do pré e pós-parto.

4.2 Estabilidade no emprego: por que apenas para a mãe?

Outra grande questão é que ainda causa muita repercussão na vida em sociedade, portanto, merecedora de análise no presente trabalho monográfico, refere-se à estabilidade no emprego em virtude do estado gravídico ou puerperal.

É certo que o interesse a ser tutelado, com a estabilidade no emprego da mulher gestante ou recém-mãe, é também o da criança, visto que, busca-se com a garantia da continuidade do vínculo laboral, que a mãe tenha condições de sustento próprio, além de oportunizar que o nascimento e o início de vida do filho sejam dignos.

Portanto, a estabilidade da gestante no emprego, nos termos do artigo 10, II, "b", dos Atos de Disposições Constitucionais Provisórias, caracteriza-se como sendo aquela que torna vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa, da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto.

Com propriedade, Nascimento (2005, p. 750) discorre que "a estabilidade no emprego, assim considerado o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei. É a estabilidade no sentido jurídico". Diagnosticando, portanto, o que prevê a Constituição de forma provisória.

Dessa forma, infere-se que a crítica reside justamente no fato de que, aos pais, a legislação não garante nenhuma medida em termos aproximados aos garantidos às mulheres.

Já dizia Barros (2011, p. 874):

Acirrada discussão foi travada outrora acerca da garantia de emprego da gestante, deixando de ser relevante por determinado período, porque o art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição da República de 1988, disciplinou a matéria, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, não incluindo a doméstica na garantia de emprego.

A constituição da República vigente ampliou os institutos jurídicos assegurados ao empregado doméstico, conferindo-lhe, além de outros, a licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário, deferindo ao empregado do sexo masculino a licença-paternidade de cinco dias (art. 7º e parágrafo único da Constituição e art. 10, §1ª, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Assim sendo, nas palavras da doutrinadora, percebe-se que apenas foi garantido aos pais, a licença paternidade pelo período de 05 (cinco) dias, nada sendo estabelecido com relação à estabilidade provisória no emprego.

No entanto, é inquestionável o fato de a estabilidade à gestante ser uma importante garantia social, tendo em vista que torna muito facilitado o planejamento e a estruturação familiar, durante o período gestacional, assim como, no período inicial após o nascimento do descendente.

Inclusive, a legislação trabalhista atua no sentido de coibir quaisquer atos de discriminação contra a mulher trabalhadora grávida ou, então que possui o interesse em engravidar, dispondo, nesse sentido os artigos 391 e 391-A da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, ao afirmarem que:

Art. 391 – Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único – Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea, *b*, do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ainda, Barros (2011, p. 884), dispõe que “inobstante os referidos preceitos, é comum o empregador investigar as circunstâncias pessoais, como estado civil ou gravidez da mulher e levar a cabo discriminação na época de seleção de pessoal ou no curso da relação de emprego”, dispondo, em sentido, de prática recorrente no mercado de trabalho brasileiro.

A autora, em sequência, insere que admitir que a trabalhadora passe por essas séries de testes e exames, na fase de seleção de pessoal, restaria por prejudicado o princípio da não discriminação, pois, em havendo probabilidades de surgirem descompassos na relação empregatícia, como, por exemplo, o gozo de uma licença-maternidade e, em consequência, da estabilidade no emprego em virtude do estado puerperal, podem servir de óbice à contratação de uma empregada mulher, embora a legislação proíba qualquer tipo de discriminação nesse sentido.

Portanto, designar somente para as mulheres gestantes a estabilidade no emprego é fato que, não deveria, mas poderá fomentar a segregação obscura de oportunidades.

Atualmente não há previsão legal para que os pais, titulares do direito e do exercício da paternidade, gozem de estabilidade no emprego ao mesmo tempo que a mãe ou a gestante. Entretanto, a Lei complementar nº 146/2014, com absoluta propriedade, estabeleceu que deve ser estendida a estabilidade provisória prevista no artigo 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos casos de morte da trabalhadora gestante, a quem detiver a guarda de seu filho. Portanto, o legislador, mesmo que recentemente, preocupou-se em salvaguardar os benefícios do recém-nascido, no falecimento de sua mãe ou gestante, impondo ao responsável pela guarda o seu gozo, podendo, nesse caso, vir a ser o pai.

Importante ressaltar, porém, que – desde 1997 – permanece em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 3.829/1997, apresentado pelo deputado Arlindo Chinaglia (PT/SP), que busca estabelecer o instituto da estabilidade provisória ao emprego do trabalhador, cuja companheira estiver grávida, proibindo, a dispensa arbitrária pelo período de 12 (doze) meses contados a partir da concepção.

Assim sendo, é nítido que o interesse da estabilidade no emprego é também o de proteger os interesses do feto e do recém-nascido. Entretanto, a grande

questão reside no fato de que, ao pai – em condições normais – não é concedida a estabilidade no emprego, embora, a criança/feto também venha sofrer prejuízos, caso o pai for dispensado de suas atividades laborais, pois, na grande maioria das vezes a realidade brasileira, implica na necessidade de ambos os pais exercerem atividades remuneradas para que seja garantido o sustento da família.

Poder-se-ia justificar tal necessidade, ainda, através do princípio da proteção às crianças e adolescentes, ou então, adotando-se o entendimento de Nascimento (2005, p. 756), sobre o conceito geral de estabilidade no emprego, que justifica a função alimentar do salário:

A favor da estabilidade, afirma-se que há um direito ao emprego, desenvolvendo-se a teoria francesa da propriedade do emprego. Por outro lado, o princípio da dignidade do contrato de trabalho corresponde à ideia de que o emprego deve ser mantido porque o salário tem função alimentar, provendo meios para a subsistência pessoal e familiar do assalariado, da qual se veria privado quando despendido do emprego.

Atenta-se que a garantia da estabilidade do emprego para os homens, em entendimento igual ao adotado para as mulheres, poderia consolidar diversos anseios. Nessa ordem, tal entendimento, ajudaria a eliminar a discriminação da mulher na relação de trabalho, pois, estaria em paridade formal e material de condições aos homens, ou seja, tanto os homens quanto as mulheres estariam sujeitos à estabilidade no emprego.

Ainda, prescreve-se que a paridade atenderia ao interesse constitucional montado através do princípio da igualdade no tratamento entre os gêneros, pois, em se tratando dos institutos da maternidade e da paternidade, verifica-se que, embora seja extremamente necessária sua concessão às mulheres, também deveria ser estendido ao menos de forma aproximada aos homens.

Por fim, justifica-se, com base no princípio do melhor interesse/proteção da criança e do adolescente e também, no princípio da proteção da família, a garantia a ambos os pais a estabilidade provisória no emprego, pois, é interesse da norma proteger, além da gestante, do feto e do recém-nascido, a própria estrutura familiar.

4.3 Guarda de crianças/adolescentes

O Direito de Família revela-se importante defensor das relações sociais, prescrevendo medidas e alternativas para numerosas hipóteses e situações, envolvendo significativos sentimentos e podendo decidir, para o bem ou para o mal, em relação ao afastamento ou a união de pessoas.

Assim, a antiga família tradicional, formada pelo pai, pela mãe e pelos filhos, não é unanimidade na atual sociedade brasileira, tendo em vista que, as relações pessoais tornaram-se intensificadas nas últimas décadas, bem como, verifica-se o enfraquecimento da religião em assuntos que envolvem o tema Família.

É comum, na atualidade, a existência de pais separados, em que os filhos apenas convivem com o pai, ou então que apenas convivem com a mãe, ou, ainda, e atualmente considerada como uma das melhores hipóteses, em que o filho convive com ambos os pais.

Nesse sentido, manifesta-se Ramos (2005, p. 06):

O aumento no número dos divórcios, a diminuição do número de casamentos, a aparição das novas entidades familiares, trouxe-nos uma nova realidade, na qual o que era exceção no passado passou a virar regra: os filhos são educados e criados sem que seus pais morem juntos.

Portanto, em alusão ao disposto pela doutrinadora, a guarda dos filhos é assunto de deveras importância na sociedade brasileira. Considera-se, nos termos do artigo 5º Código Civil, que são incapazes de praticar os atos da vida civil aqueles que ainda não atingiram a maioridade, por esse motivo, o legislador brasileiro preocupou-se em garantir consideráveis medidas a fim de proteger os interesses dos menores.

Art. 5º, CC/02: A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Assim, a legislação considera que a proteção dos direitos de um menor de idade, não deve ser apenas feita pelos pais e responsáveis, enquadrando-a como matéria de interesse público e sujeita à intervenção do Ministério Público.

Embora já mencionado no presente trabalho monográfico, lembra-se que através da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, impõe-se ao Estado, à sociedade e à família, atuar em prol de tarefas que venham a atender o interesse da criança e do adolescente, frente a quaisquer outros interesses, fundamentando-se tais afirmativas, com base no próprio e justo princípio do melhor interesse e no da proteção da criança e do adolescente.

Coloca-se assim, a criança ou o adolescente no topo de uma esfera, enquanto que os pais – pai e mãe – caracterizam-se por, em igualdade de condições, formarem a base de suporte dos anseios e necessidades do filho.

Por esse motivo, torna-se difícil a tarefa do julgador, quando, diante de uma situação em que um pai e uma mãe duelam pela guarda de um filho, vê-se à análise entre os princípios do melhor interesse da criança (filho) e da isonomia no tratamento entre gêneros (pai e mãe).

O homem contemporâneo tem se mostrado com muito interesse no acompanhamento da vida dos filhos, tornando-se o inverso ao homem tradicional, nesse sentido, Ramos (2005, p. 04) expressa que:

O homem, por sua vez, tem se mostrado disponível e interessado em exercer a paternidade, cuidando dos filhos e participando ativamente de sua educação. A vontade de estar perto e manter esse convívio com os filhos manifesta-se não só durante o casamento, mas também após a separação.

Dessa forma, no intuito de modificar o panorama social, surge a Lei nº 13.058/2014, tornando-se como objetivo-regra a fixação da guarda compartilhada, a qual, visa estabelecer uma organização familiar voltada à equivalência do tempo de convivência entre ambos os pais, com os filhos.

É claro que não deve ser tratada como obrigatória, pois, há situações em que é até desaconselhável a fixação desse regime de guarda. Embora, ainda assim, é tratada pelo Direito de Família brasileiro com certo fastígio, quando, diante da necessidade em definir a guarda de um menor de idade. Principalmente, quando ambos os pais postulam pelo interesse dessa guarda.

Assim, urge-se, que a guarda compartilhada nasce com o intuito de garantir idêntico tratamento a ambos os pais, bem como, com o objetivo de angariar benefícios aos filhos, tornando-o próximo dos dois.

Como se refere a recente instituto, portanto, com aplicabilidade há pouco iniciada, busca-se no presente trabalho monográfico, apresentar aspectos que tornavam e, ainda podem vir a tornar, a guarda de crianças um benefício, em maior quantidade, estendido às mulheres que aos homens.

Embasa-se tal necessidade, através da elucidação de dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (doc.1 – tabela 508 – Registro Civil), os quais, no ano de 2014, estabelecem que 220.418 (duzentos e vinte mil, quatrocentos e dezoito) filhos, menores de idade, foram envolvidos em um processo de divórcio e definição de guarda. Desse total, verificou-se que: 83,72% (184.540), permaneceram sob a guarda da mãe; 8,48% (18.700), sob a guarda de ambos – compartilhada; 5,75% (12.682), permaneceram sob a guarda do pai; 1,07%, sob a guarda de terceiros e 0,96, não declararam.

Portanto, verifica-se significativo predomínio materno na fixação da guarda. Infelizmente, analisando-se tais dados, não é possível mensurar quantos pais abriram mão da guarda dos filhos, nem mesmo quantos tinham o interesse em manter a guarda para si, no entanto, o que torna espantoso, é a ampla diferença na fixação da guarda materna.

Conforme a promotora de justiça do Rio Grande do Sul, Adalgisa Wiedemann Chaves (2008), em artigo publicado através do Instituto Brasileiro de Direito de

Família - IBDFAM, o sistema judicial brasileiro não fora imparcial quanto à fixação da guarda, pois, em seus dizeres:

(...) é de se mencionar que ainda persiste no nosso sistema judicial um certo ranço, no sentido de haver certa preferência, se é que se pode dizer assim, pela guarda materna. Embora o Primeiro Grau de Jurisdição seja bastante inovador e venha, muitas vezes, acolhendo pleitos de pais em litígio, deferindo aos homens a guarda dos filhos menores, tem-se que o Segundo Grau ainda se mostra conservador, dificilmente optando pela guarda paterna. Infelizmente, ainda há um entendimento, até mesmo entre a população leiga, de que o lugar dos filhos é com a mãe, cabendo ao pai apenas pagar a conta, ou seja, alcançar os alimentos a prole. Mais uma vez é de se repetir que as mudanças impostas pela vida moderna, aliada a efetiva inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como a existência de uma geração de pais conscientes e participativos nos cuidados dos filhos, ainda que recém nascidos, faz com que qualquer um dos genitores tenha iguais condições de assumir a guarda da prole comum. Logo, pais e mães são iguais em direitos e obrigações, cabendo ao Poder Judiciário partir desta premissa para identificar, em caso de litígio, qual dos genitores será o melhor cuidador.

Percebendo-se a necessidade em modificar esse panorama, o legislador atribuiu à guarda compartilhada a necessidade em tornar os responsáveis e detentores do direito à paternidade mais próximos de seus correlatos, ditos filhos.

Nessa linha, em artigo também publicado no Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, a estudiosa Ana Carolina Silveira Akel, dispõe que “a igualdade constitucional de direitos e obrigações entre marido e mulher, bem como do companheiro e da companheira, não mais justificam a predominância feminina da guarda quando da ruptura da relação. Sendo assim, o próprio Código Civil alterou essa questão”.

Além disso, percebeu-se que aquele que não detinha da guarda para si, muito se afastava, pois, como bem observa Ramos (2005, p. 02), “o afastamento do não guardião gera uma dificuldade no relacionamento pai-mãe-filho e vem acirrar disputas entre os pais do menor, trazendo graves consequências psicológicas para as crianças, notadamente quando os genitores não mantêm bom relacionamento entre si”.

Portanto, em atenção ao princípio da dignidade humana, bem como, ao princípio do melhor interesse da criança, deve o julgador estabelecer em suas decisões a guarda compartilhada, objetivando maior participação dos pais no convívio e no exercício do direito-dever da paternidade.

Dispõe-se, nesse caso, que deve o instituto da paternidade ser tornado em igual modo ao materno, pois, em questão de direito, ambos são equivalentes à participação da vida do filho.

4.4 Análise hipotética sobre uma possível liberação do aborto no Brasil e o eventual conflito entre os genitores

Talvez seja a proposição de maior polêmica no presente trabalho monográfico, devendo, dessa forma, ser tratada com certa cautela. Abordar sobre a prática ou não do aborto refere-se a delicado mote, portanto, simploriamente, buscar-se-á nessa abordagem, verificar qual seria o principal papel do homem, na condição de possível detentor do instituto da paternidade, caso venha a ser autorizada essa prática no ordenamento jurídico brasileiro, buscando em todos os momentos, não se manifestar sobre ser favorável ou não à prática.

Dessa forma, principalmente, buscar-se-á verificar como tal tema é tratado em outros países, utilizando-se como base o artigo publicado pelo mestre e doutor em Direito Constitucional e ex-Procurador da República, Daniel Sarmento, atentando às implicâncias que remetem ao homem, na condição de real interessado.

Inicialmente, cumpre destacar que no ordenamento jurídico brasileiro a prática do aborto é proibida, tornada inclusive crime a sua realização quando não há necessidade ou então quando não há justificativa aceita⁷. Assim, permite-se inferir que há exceções com relação à regra de vedação ao aborto, quais sejam: gravidez resultante de estupro, quando há risco de vida para a mulher, causado pela gravidez, ou se o feto for diagnosticado como portador de anencefalia⁸.

⁷Artigos 124 a 128 do Código Penal brasileiro.

⁸ADPF 54/2012

Apesar de ser considerado um Estado laico, o Brasil permanece vinculado aos ideais e antigos movimentos conservadores religiosos. Essa afirmação não deve ser tida como uma crítica às concepções religiosas, pois, apenas serve para ilustrar que muito do que a atual Constituição Federal de 1988 carrega em suas disposições, reflete àquilo que a própria sociedade continua a aspirar, pois, embora diga-se referir a um estado laico, de grande parcela da população brasileira não é possível dizer o mesmo⁹ e, naturalmente, isso espelhará no ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação à prática do aborto, Nunes e Jurkewicz (2002, p. 22), elucidam que “em 1987, quando se desenvolveram os debates na sociedade brasileira, para a elaboração da nova Constituição, houve iniciativas da Igreja Católica em consonância com deputados evangélicos, para que o aborto fosse declarado crime”. Diversos são os argumentos de sustentação sobre o entendimento religioso, no entanto, para não desviar do foco e evitar juízos de valor, no presente trabalho esses não serão abordados.

Notadamente, o ordenamento jurídico, através do Código Penal – artigos 124 a 128 – atribuiu como prática criminosa a realização do aborto no Brasil, exceptuando-se somente as hipóteses acima já mencionadas. Por outro lado, são frequentes os movimentos, principalmente feministas, pela alteração do ordenamento jurídico e a consequente liberação do aborto.

Nesse sentido, resume Sarmiento (2005, p. 01):

No mundo todo, a questão relativa ao tratamento jurídico que deve ser conferido ao aborto desperta polêmicas intensas e até passionais, pondo em campos opostos os defensores do direito à escolha da mulher e os que pugnam pelo direito à vida do nascituro. As divergências são profundas e não se circunscrevem aos argumentos jurídicos, morais ou de saúde pública, envolvendo também crenças religiosas. E, no Brasil, não teria como ser diferente. Aqui, vigora na matéria o Código Penal, editado em 1940, que optou pela criminalização do aborto nos seus arts. 124 a 128.

⁹Revista Veja – Editora Abril: “O IBGE e a religião – Cristãos são 86,85 do Brasil; Católicos caem par 64,6%; evangélicos já são 22,2%”. Publicada em 29/10/2012;

Portanto, em se tratando de tema que desperta grandes interesses, motivou-se uma abordagem nesse sentido, para verificar como é realizado o aborto em outros países e, como também é tratada a questão da paternidade. Dessa forma, havendo uma alteração do panorama brasileiro e, sendo liberada e descriminalizada a prática do aborto, poder-se-á ter uma percepção prévia sobre como serão suas disposições.

Pois bem conforme Sarmiento (2005, p. 05), nos Estados Unidos, a questão não está bem regulamentada, sendo que se adota o entendimento da Suprema Corte no julgamento do caso “Roe x Wade”, realizado no ano de 1973, em que o entendimento final priorizou o direito à privacidade da gestante em decidir se o aborto seria realizado ou não. Nesse sentido, manifesta-se o autor:

No julgamento em questão, a Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre aborto. No primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. No segundo semestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação – período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extra-uterina -, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe (SARMENTO, 2005, p. 6-7).

Verifica-se que o doutrinador apresentou importantes questões, inclusive, referindo sobre a participação da paternidade na decisão sobre a liberação ou não do aborto. O autor assevera que a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da lei que condicionava o exercício do direito ao aborto, ao consentimento do pai do nascituro.

Portanto, a prática do aborto nos Estados Unidos torna-se desvinculada à aceitação paterna, porém, liberado até certo ponto e com base única e exclusivamente à decisão da gestante.

No artigo, o autor ainda apresentou aspectos com relação à prática do aborto na França, Itália, Alemanha, Portugal, Espanha e Canadá, sobre os quais, utilizar-se-ão de seus ensinamentos para apresentar o presente tópico.

Na França, de acordo com Sarmiento (p. 8-9), em linhas aproximadas ao aplicado nos Estados Unidos, o país definiu pela liberação do aborto de forma controlada mas espontânea, com base nas semanas de gestação do feto, para que a interrupção da gravidez seja realizada apenas no período que compreende as primeiras 12 (doze) semanas de gestação. No entanto, nada mencionou sobre a anuência ou não do pai do nascituro.

A Itália (p. 10-12), por outro lado, através de sua Corte Constitucional, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo criminal que punia a prática do aborto em seu país. Diante disso, o legislador alterou as disposições italianas, permitindo a realização do aborto quando a continuação da gestação ou o parto podem vir a causar graves perigos à vida, saúde física ou psíquica da gestante e, ainda, nas palavras de Sarmiento (p. 11):

(...) a gestante pode, nos primeiros noventa dias de gravidez, solicitar a realização do aborto em casos: (a) de risco à sua saúde física ou psíquica; (b) de comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; (c) em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou (d) em casos de má-formação fetal. Nestas hipóteses, antes da realização do aborto, as autoridades sanitárias e sociais devem discutir com a gestante, e, se esta consentir, com o pai do feto, possíveis soluções para o problema enfrentado, que evitem a interrupção da gravidez. Afora casos de urgência, foi estabelecido também um intervalo mínimo de 7 dias entre a data da solicitação do aborto e sua efetiva realização, visando assegurar o tempo necessário para a reflexão da gestante.

Portanto, na Itália, o pai do feto possui o condão de participar da decisão sobre a realização ou não da prática do aborto, notadamente, a evitar a interrupção da gravidez..

Sobre a Alemanha (p. 12-15), sem mencionar nada com relação ao papel do pai na escolha sobre a realização da prática, dispõe-se que, além das necessidades médicas e outras questões ligadas a crimes (estupro, por exemplo), que justificariam

o aborto, também passou a ser permitido o aborto quando existente uma situação que aborda graves prejuízos psicológicos e sociais para a gestante.

Por outro lado, passou a ser permitida a prática do aborto nas primeiras doze semanas de gestação do feto, por livre e espontânea vontade, desde que a mulher seja submetida a prévio serviço governamental de aconselhamento.

Em Portugal (p. 15-17), em linhas aproximadas ao entendimento adotado pelo Brasil, o aborto apenas é permitido em casos específicos, quando houver risco de morte ou à saúde materna, má-formação ou então doença incurável do feto, bem como, gravidez decorrente de violência sexual. Por inexistir a possibilidade de realização do aborto com base em questões de livre e espontânea vontade, mas sim, por motivos justos, não há qualquer menção sobre a necessidade de consentimento do pai com relação a essa prática.

Na Espanha (p. 18-19), atualmente, seguindo a linha de raciocínio do Brasil e de Portugal, o aborto é prática proibida, no entanto, passou a ser permitido em casos específicos, quando houver risco à saúde física, psíquica ou à vida materna, em qualquer momento. Nos casos decorrentes de estupro, somente é permitido o aborto nas primeiras 12 semanas de gestação e, em caso de má-formação fetal, nas primeiras 22 semanas.

Nesse mesmo sentido, tendo em vista não considerar pela realização do aborto, sem ser em virtude de justo motivo, não há menção sobre a necessidade de consentimento do pai.

Por fim, o último país de análise do autor refere-se ao Canadá (p. 19-20), o qual, possui garantida a liberação da prática do aborto, sob o fundamento de que a sua não realização poderia trazer considerável abalo emocional para as gestantes, além de aumentar o risco para a sua saúde. No entanto, também não menciona a participação dos homens na escolha.

Utilizando-se dos ensinamentos de Sarmiento (2005, p. 47-8), este afirma que:

A Constituição de 88, neste particular, foi taxativa: “homens e mulheres são iguais, nos termos desta Constituição” (art. 5º, inciso I). Porém, há ainda muito a se avançar para que se cumpra o mandamento constitucional. E uma das tarefas urgentes é a revisão do “entulho machista”: normas elaboradas no passado, por um legislativo composto quase exclusivamente por homens, que refletem estereótipos impregnados de preconceitos, e que implicam no congelamento ou até no aprofundamento da desigualdade entre os gêneros. Para desenvolver esta tarefa, é fundamental, como asseverou Flávia Piovesan, “criar uma doutrina jurídica sob a perspectiva de gênero, que seja capaz de visualizar a mulher e fazer visíveis as relações de poder entre os sexos”, o que seguramente demandará a análise do “padrão de discriminação e as experiências de exclusão e violência sofridas por mulheres”.

Ora, um caso típico de legislação androcêntrica no Brasil é exatamente a que trata do aborto, elaborada sem nenhuma consideração em relação aos direitos e interesses femininos envolvidos. Ela viola a igualdade, na medida em que gera um impacto desproporcional sobre as mulheres, já que as afeta com intensidade incomparavelmente maior do que aos homens, de forma tendente a perpetuar a assimetria de poder entre os gêneros presente em nossa sociedade. Só a mulher, quando não se conforma com a legislação proibitiva e busca o aborto, se sujeita a graves riscos à sua vida e saúde, ao submeter-se a métodos quase sempre precários de interrupção da gravidez; só ela, quando obedece à contragosto a lei, acolhendo em seu ventre e depois gerando um filho que não desejava, vê seu corpo instrumentalizado e perde as rédeas do seu próprio destino.

Dessa forma, verifica-se que o entendimento sobre o tema é, ao mesmo tempo complexo, porém, justificável. Pois, é possível atualmente, através da utilização do próprio princípio da igualdade no tratamento entre os gêneros, definir que, os homens não estão nem próximos ao sofrimento da mulher com a gravidez e por isso não devem fazer parte dessa escolha, muitas vezes, sequer são citados nos ordenamentos jurídicos, pois flagrante a supremacia do interesse materno na questão.

O homem, ao contrário do direito que a mulher possui sobre seu próprio corpo, deve apenas ser tratado como interessado naquilo que está dentro do corpo da mulher, pois, não tem legitimidade para decidir algo que apenas causa penúria à própria gestante. Podendo, entretanto, conforme o disposto por Luís Lavoura, “dar opiniões, pedir favores à mulher, oferecer-se para a ajudar, ameaçá-la de não a ajudar, etc; mas não pode dar-lhe ordens sobre aquilo que ela há de fazer com o seu corpo, e com o feto que ele carrega”.

E é nesse sentido que se imagina a liberação do aborto no Brasil – caso isso venha a ocorrer em algum momento de sua história –, devendo ainda, além de todas as alterações Constitucionais e a preparação das redes de saúde para realizar esse trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro trabalhar buscando prerrogativas de desestímulo à prática, como é realizada nos países em que o aborto é permitido, como, por exemplo, na França e na Alemanha.

Bem como, deve tratar o interesse paterno como mera expectativa de direito, sem qualquer espécie de indenização se essa não vier a ser concretizada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após finalizada a abordagem sobre interessante tema do Direito de Família, propriamente à (des)valorização do instituto da paternidade na atual sociedade brasileira, cumpre a partir de agora apresentar as conclusões e os ensinamentos sedimentados com a realização do presente trabalho monográfico.

De início, revela-se com grande relevância, para todos aqueles que porventura vierem a ler o presente trabalho, que o entendimento é o de que as críticas e apontamentos realizados não possuem o intuito de sopesar as prerrogativas maternas, nem mesmo diminuí-las.

Acredita-se que elas são tratadas com a devida importância e, deveriam ser protegidas inclusive com maior entusiasmo. Por outro lado, busca-se demonstrar que o instituto da paternidade é visto em desvalorização aos interesses maternos, mesmo, ainda, com relação à aplicação do princípio da isonomia no tratamento entre os gêneros.

Conclui-se no sentido de que o instituto da paternidade no Direito de Família brasileiro está sujeito e intimamente ligado às mudanças culturais, pois, atualmente, verifica-se na sociedade um forte anseio pela garantia dos direitos maternos, bem como, ante o recente histórico da sociedade, marcado por fortes traços machistas, há uma certa repreensão aos direitos do homem.

Sabe-se, porém, que os temas abordados no presente trabalho também possuem forte impactação econômica. Pois, a garantia dos direitos, como fora justificada a necessidade, muitas vezes acarretará em ambos os pais estarem afastados de seus empregos, recebendo salário e benefícios, sem produzir nada durante o período.

Antes que alguém caracterize tal abordagem no presente trabalho monográfico um tanto “machista”, ressalta-se que o objetivo é verificar, em alguns casos, que além do pai ser prejudicado, pode a estrutura familiar e o próprio descendente sofrer prejuízos com a legislação e com as prerrogativas paternas dispostas dessa maneira.

Assim, buscou-se no presente trabalho, apresentar hipóteses sobre pontos específicos da legislação e que poderiam ser tratados de forma diferente ou, então, devem permanecer à luz do atual entendimento, pois ditos em consonância às prerrogativas e ditames legais.

Como já fora mencionado, atribui-se a (des)valorização do instituto da paternidade às concepções culturais do momento, desse modo, passamos agora a avaliar os fundamentos que determinam a possibilidade de tal pensamento.

No primeiro capítulo da presente análise, buscou-se apresentar as principais características históricas que envolvem o Direito de Família e o instituto da paternidade. Nesse sentido, verificou-se que o início da sociedade brasileira ficou marcado por herdar as características do paternalismo português, caracterizado por resistentes concepções machistas e que tornavam a família e a mulher objetos de segundo plano.

Àquele tempo, o interesse a ser protegido era unicamente o patrimonial. Dessa forma, era o homem quem escolhia e determinava com quem seus descendentes se casariam, não havendo nenhuma forma de garantia de afeto. Observa-se, no período, total submissão da mulher ao homem, demonstrando-se, afinal, ser a família uma instituição há muito enfraquecida diante da figura daquele.

Felizmente, com a evolução do pensamento social, aos poucos surgiram diferentes manifestações e movimentos feministas, que vieram a calhar em importantes avanços para o ordenamento jurídico brasileiro. As novidades, a partir das novas constituições, acrescentaram em muito no modo de pensar e, aos poucos, percebia-se uma mudança cultural no sentido de que o homem deixara de ser o centro das atenções, ante as definições acerca da fortificação do instituto da Família e da mulher.

Percebeu-se que, após as ordenações civis de 1916, as próximas Constituições já vieram carregadas de novos institutos e prerrogativas que, até então, jamais constavam de seus assentamentos.

A Constituição Federal de 1988 muito bem traduz os movimentos que se sucederam pelo Brasil no século XX, no entanto, antes mesmo da própria Constituição, viu-se o surgimento da Lei do Divórcio e do Estatuto da Mulher Casada, dando indícios de que as mulheres e o instituto da família realmente se tornariam os institutos a serem protegidos no ordenamento jurídico brasileiro.

A estabilização de princípios, como o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade jurídica entre homem e mulher, na atual carta constitucional, agregam muito à análise realizada no presente trabalho. Ambas fornecem estrutura aos principais atos da vida em sociedade e, devem ser respeitados ao máximo por aqueles que a compõem, bem como, pelo próprio legislador.

Vislumbra-se, nesse sentido, que o interesse da Constituição, é o de que homens e mulheres devem ser tratados de forma idêntica, quando em situações idênticas se encontram. Dessa forma, encontrando-se prejudicados em alguma circunstância alheia à sua vontade, como, por exemplo, em referência a aspectos físicos, naturalmente, aquele que está em desvantagem, deverá ter maior auxílio para que se instaure o equilíbrio necessário. Citando-se, por exemplo, a mulher quando diante de atividades laborais.

Com relação à família, infere-se que a positiva evolução no Direito brasileiro, possibilitou a prática de importante carga principiológica prevista à Constituição. A afetividade tornou-se um dos bens jurídicos a serem tutelados nas relações, assim como, a aplicação dos princípios do melhor interesse da criança e o da proteção da família, fizeram com que a cultura brasileira fosse modificada, tornando a Família o bem jurídico a ser protegido e a mulher posta em posição de paridade com o homem.

Assim sendo, verifica-se até o presente momento, a saída de um período marcado pelo total descaso com a família e com a mulher, ante a supervalorização do homem, em um momento de sua história em que a sociedade aspirava por fortes concepções machistas, voltadas puramente a interesses patrimoniais e, se entra em um período em que a família passou a ser o ente tutelado, bem como, a mulher tornou-se equiparada aos interesses relativos ao homem.

Portanto, sucede-se que após intensas e exasperadas manifestações, principalmente as desencadeadas no século XX, os movimentos feministas conseguiram alterar os padrões culturais e acrescentar importantes prerrogativas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Constata-se, também, que o conceito jurídico de família tornou-se ultrapassado, passando-se a adotar o atual conceito de entidade familiar, o qual, parte do pressuposto de que a família deve se desvincular ao antigo conceito da família tradicional (pai-mãe-filhos) e, com base no princípio do pluralismo das entidades familiares e dos princípios da afetividade e da felicidade, aceitar como entidades familiares várias formas de união de pessoas, conforme demonstrado no decorrer do trabalho, revelando-se aceita inclusive e como última novidade, as uniões homoafetivas.

Outro ponto muito importante abordado refere-se ao exercício do poder familiar. Por conceito, adota-se que o exercício do poder familiar é aquele em que os

pais, titulares dos direitos da paternidade e da maternidade, direcionam a vida do filho, sempre à busca de condições favoráveis e com interesse ao seu futuro.

Procura-se demonstrar a importância de ambos os pais acompanharem o crescimento do filho, pois, cada um tende a apresentar e contribuir com sua respectiva parcela à formação do descendente. No entanto, também é possível retirar conclusões de que o exercício do poder familiar não pressupõe apenas direitos, mas também, deveres para com e por seus filhos.

Portanto, em conclusão ao exposto anteriormente no desenvolver do conteúdo, entende-se que ser pai é tornar-se responsável em relação à administração da vida de um descendente, garantindo-se de forma constante, uma série de direitos e obrigações, os quais, recebem em retorno basicamente sentimentos afetivos.

O exercício do poder familiar é um dos atributos de maior importância garantido aos pais e não deve ser tratado de qualquer forma por esses. É através dele que irradiam os principais direitos e obrigações, bem como, todos os valores e as circunstâncias que formarão a personalidade da criança/adolescente. As ações devem ser guiadas através do princípio do melhor interesse da criança, bem como, garantindo-se a transferência de afeto, tornada uma das principais bases das relações familiares.

Conforme verificado na análise, apesar da crescente evolução cultural, permanece na sociedade um certo ranço com relação ao período em que não vigorava o princípio da isonomia no tratamento entre os gêneros, momento em que o pai (homem) era o responsável pela imposição da autoridade, enquanto que a mãe pela transmissão da afetividade. Vigorando-se, portanto, um certo ressentimento cultural ao novo modelo de ser pai.

No segundo capítulo da monografia, apresentou-se os principais princípios que envolvem o direito à paternidade no Direito de Família brasileiro, concluindo-se,

que o princípio da dignidade da pessoa humana é a base de estruturação do ordenamento jurídico.

Define-se porém, com propriedade, que a relação familiar envolve a aplicação conjunta de todos os princípios mencionados, uns sopesados aos outros, diante das diversas situações e possibilidades que podem envolver a vida em família, porém, sempre em busca da melhor solução para o momento.

Por exemplo, sendo o foco da presente análise a verificação da (des)valorização do instituto da paternidade, infere-se que, seguramente, muitas vezes seremos visto diante de uma situação em que será necessário realizar a ponderação entre os princípios do melhor interesse da criança e o princípio da isonomia no tratamento entre os gêneros. Por óbvio, se não for possível que atuem em harmonia, dever-se-á prevalecer àquele que protege a criança e/ou adolescente.

Por fim, no último capítulo, buscou-se analisar especificamente três disposições reais e outra hipotética, que muito influenciam na organização da sociedade, na estrutura familiar e na vida de todos que integram a própria Família. Dessa forma, a partir de agora, apresentar-se-ão, as conclusões de análise com relação à “licença paternidade x Licença maternidade”, “estabilidade no emprego decorrente de estado gravídico”, “guarda de crianças” e, por fim, sobre “quais seriam os direitos do pai com relação à escolha sobre a prática do aborto”.

De início, verifica-se que se é digna a garantia ou a estabilidade do emprego para uma gestante, afastada de suas atividades laborais em virtude do estado gravídico, ou então, se é digna a licença materna nas proporções de 120 (cento e vinte) a 180 (cento e oitenta) dias, poucos são aqueles que questionam, vislumbrando-se serem matérias carregadas de necessidades especiais e inquestionáveis em matéria de dignidade.

Nessa mesma linha, utiliza-se como norte no presente trabalho que o objetivo não é desmerecer as conquistas femininas, muito pelo contrário, o objetivo é

demonstrar que as prerrogativas masculinas – ditas paternas – encontram-se defasadas ante as maternas, cujos ditames estão em totais necessidades ao tema.

Tais discrepâncias encontram-se afetas ao princípio da isonomia no tratamento entre os gêneros, garantido na Constituição Federal de 1988, pois, como passaremos a verificar a partir de agora, acarreta em prejuízos para toda estrutura familiar, ainda que indiretos e especificamente aos pais e aos filhos.

Em um primeiro ponto, buscou-se analisar sobre as diferenças entre a licença maternidade e a licença paternidade. Verificou-se que a primeira consiste no afastamento da gestante, de seu emprego, por um período de até 180 dias, sendo que, continuará a recebendo a remuneração integral mas custeada pela previdência social, enquanto que, a segunda, garante ao titular da paternidade um afastamento de no máximo 20 dias, com remuneração custeada pelo empregador.

A licença maternidade possui como fundamentos, além de outros, a garantia da aproximação da gestante ao filho, através da amamentação e da transmissão de afeto, bem como, proteger a gestante de seu próprio vínculo empregatício, evitando que retorne precocemente ao emprego sem estar devidamente recuperada do parto.

A licença paternidade, conforme referido no presente trabalho, subsiste na necessidade do pai auxiliar a mãe e o recém-nascido nos primeiros dias após o parto. Portanto, nada se fala, nem mesmo se induz à transmissão de afetividade e a possibilidade dopai acompanhar o crescimento inicial do filho.

Ora, a própria legislação subestima o nascimento de um filho, pois, considera que a gestante e recém-mãe somente necessita de auxílio pelos primeiros 20 dias? Claro, se a empresa aderir ao Programa “Empresa Cidadã”, caso contrário, a legislação acredita que a mãe e o descendente apenas necessitam de auxílio por um período de 05 dias.

Se isso não se refere a flagrante caso de incompatibilidade com o princípio da isonomia no tratamento entre os gêneros, bem como, que afeta ao próprio princípio

da dignidade da pessoa humana de todos aqueles que compunham a estrutura familiar, não se poderá, dessa forma, crer em uma sociedade que possui essas garantias estabilizadas na mais social de todas as Constituições de sua história.

Por outro lado, alude-se que também resta prejudicado o pai, quando, a legislação não prevê a possibilidade de que esse venha a ocupar a posição da mãe e permanecerem em casa com o recém-nascido, enquanto que ela retorna às suas atividades laborais.

Pois bem, nesse caso, logo se pensaria que seria óbice as questões biológicas, como, por exemplo, a necessidade de amamentação e o período de recuperação da mulher, no entanto, há muitos casos em que a criança sequer amamenta e também, a mãe não necessita de tamanho período para recuperação.

Ainda assim, com a integração da mulher às relações de trabalho, é cada vez mais comum a existência de pais que venham a cumprir a função domiciliar, enquanto que a mulher é quem exerce atividades externas, percebendo os valores que sustentam toda estrutura familiar.

Portanto, o entendimento é o de que deve ser adequada a licença paternidade aos moldes da licença maternidade, pois, é tanto interesse do recém-nascido, quanto da gestante/mãe, que os pais estejam presentes e auxiliando em todos os momentos no período pós-parto.

Porém, como alternativa, sugerir-se-ia a adoção de sistema em que o homem pudesse permanecer em gozo do período de licença maternidade, pelo período em que a mulher deixou de usufruir, por retornar à sua atividade laboral. Ou então, adotar medida que tornasse o homem mais próximo de sua família, permanecendo em atividade laboral, contudo, em horário reduzido pela metade.

Com relação à estabilidade no emprego, verificou-se se tratar de medida conferida unicamente às gestantes. Dessa forma, através da legislação constitucional, a empregada tem vedada a sua dispensa arbitrária pelo período que

compreende a confirmação da gravidez e até cinco meses após o parto, salvo em caso de justo motivo.

Conforme analisado, refere-se que essa é outra medida que não possui o condão de apenas aproveitar os interesses da gestante, pois, forte nos fundamentos do princípio do planejamento familiar, é garantia de toda a estrutura familiar que se forneça para o recém-nascido, a oportunidade de ele iniciar sua vida de forma digna.

Portanto, apesar de se considerar a presente prerrogativa como mais uma importante garantia materna, nos mesmos moldes das implicações referentes à licença-maternidade, ambas podem vir a acarretar prejuízos de ordem indireta à empregada. Como se sabe, infelizmente, é prática recorrente no mercado de trabalho brasileiro a discriminação das mulheres.

Tais práticas possuem relação direta às medidas que apenas são garantidas a classe feminina, dessa forma, havendo duas pessoas a escolher, entre elas um homem e uma mulher, acredita-se que o homem pode vir a possuir certa vantagem, justamente por não possuir nenhuma medida que possa causar transtornos ao empregador, como, por exemplo, a licença maternidade e a estabilidade provisória.

Conforme mencionado no presente trabalho, a falta de estabilidade ao titular do direito à paternidade, é causa que acarreta em prejuízos a toda estrutura familiar, pois, caso o pai venha a perder o emprego, também deixará de contribuir para as despesas da família e, poderá prejudicar o período que antecede o nascimento, bem como, o início da vida de seu descendente.

Assim sendo, conclui-se que a estabilidade no emprego deverá ser estendida aos pais, pois, o interesse a ser tutelado é justamente o da estrutura familiar e o do feto ou recém-nascido, pois, mesmo que se tratando de pais separados, ao menos, ele possuirá emprego e terá condições de arcar com os alimentos.

Outro ponto abordado na presente monografia, refere-se à guarda de crianças. Como foi possível perceber, através dos dados levantados pelo Instituto

Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 2014, foi desproporcional a fixação da guarda para as mães, bem como, nas palavras de Adalgisa, o sistema judicial possui certa preferência na escolha pela guarda materna.

Por óbvio, entende-se que essa situação deve ser alterada, como a pouco fez a legislação através da guarda compartilhada. O princípio da isonomia no tratamento entre os gêneros pressupõe essa necessidade, visto que, ambos os pais possuem os mesmos direitos e obrigações com relação ao filho.

Mantendo-se a estrutura como ela era até antes do advento da guarda compartilhada, apenas causaria mais prejuízos à própria criança, pois, conforme verificado no trabalho, aquele que estava afastado do direito-dever à paternidade ou maternidade, naturalmente, não acompanhava o crescimento e sequer conseguia prestar a devida atenção ao descendente.

Dessa forma, conclui-se entendendo que a guarda compartilhada poderá vir a alterar o panorama social, verificado pelo IBGE no ano de 2014, em que as mães eram as responsáveis por permanecer com a imensa parcela das guardas em crianças e adolescentes.

Por último, realizou-se uma análise hipotética sobre quais seriam os direitos do pai, caso fosse liberada a prática do aborto no Brasil, utilizando-se como parâmetro, artigo publicado pelo renomado doutrinador e ex-Procurador da República, Daniel Sarmiento.

Segundo os dados levantados pelo autor e conforme o verificado, nos países em que é liberado o aborto, por livre e espontânea vontade, pouco se fala com relação aos direitos do pai. Nesse sentido, verifica-se que, de fato, a gravidez é uma circunstância que afeta com forte intensidade a parte física e psicológica da mulher, enquanto que, ao homem, apenas resta aguardar o nascimento.

Dessa forma, não seria justo que, caso a prática do aborto fosse liberada em território brasileiro, ficasse vinculada à aceitação ou não do possível pai. Assim

sendo, também não poderia o pai buscar qualquer tipo de indenização, pois, dever-se-ia enquadrar tal circunstância como mera expectativa do direito de ser pai, ainda que se soubesse que provavelmente esse possível pai, jamais teria outra oportunidade de efetivamente se tornar.

Portanto, entende-se que a gravidez e suas implicações, assim como, uma decisão sobre realizar ou não o aborto, é causa determinante à gestante, cabendo ao possível pai, apenas acompanhar, opinar ou então auxiliá-la naquilo que lhe compete, sem possuir qualquer condição de exigir algo. Até o nascimento, o pai não deverá tratar nada como sendo seu, pois, a própria natureza determina que o feto é parte integrante do corpo feminino.

Conclui-se, nesse sentido, que o instituto da paternidade atualmente encontra-se desvalorizado com relação a algumas garantias maternas, como, por exemplo, as analisadas no presente trabalho monográfico (licença paternidade, estabilidade provisória e a guarda de crianças).

Com relação ao último, diz-se que está desvalorizado em termos, pois, as guardas concedidas até 2014, ou seja, até o advento da guarda compartilhada, em sua imensa maioria, foram concedidas às mães. Após, ainda não se tem um panorama oficial, embora, acredite-se que o judiciário vem a cumprir com o disposto na legislação, cabendo àqueles pais que de forma injusta não carregam a guarda consigo, se assim consideram a decisão judicial, requerer ao poder judiciário a modificação da guarda unilateral para guarda compartilhada.

Ainda, conclui-se que a desvalorização do instituto da paternidade, frente aos temas propostos em análise, não causa prejuízos somente aos pais. Verifica-se que além do maior interesse oferecido pelo pai moderno em participar ativamente da vida familiar com seus filhos, a estrutura familiar e a própria mulher, mesmo que indiretamente, sofrem com essas desvalorizações.

Veja-se, a estrutura familiar, nesse caso, é obrigada a realizar um planejamento que comporta o auxílio do pai, à criança e à mulher, por apenas e no

máximo 20 dias, bem como, deve-se planejar para que, caso o pai seja demitido de seu emprego, não venha a Família depender única e exclusivamente dos possíveis ganhos mensais dispendidos pela licença-maternidade.

Por outro lado, a mulher sofre prejuízos, pois, ao ser portadora de todas essas importantes prerrogativas, infelizmente, é vítima de constantes práticas discriminatórias no mercado de trabalho brasileiro, tendo em vista que, é notório o fato de que empregadores preferem a contratação de mão de obra masculina às femininas, diante da possibilidade das últimas causarem “transtornos” ao contrato de trabalho.

Por certo, muito há que se evoluir para se chegar à igualdade apregoada na Constituição Federal de 1988, no entanto, acredita-se que a sociedade brasileira caminha para um futuro com imponente aplicação material desse princípio e, claro, sempre respeitando as diferenças.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina. Guarda compartilhada: um avanço para família moderna. **Sindicato dos Oficiais de Registro Civil – MG**. Belo Horizonte, 27/05/2008.

Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Ana%20Carolina%20Silveira%20Akel>>.

Acesso em: 21/10/2016.

ANSILIERO, Graziela. Histórico e Evolução Recente da Concessão de Salários-Maternidade no Brasil. **Ministério da Previdência Social**. Brasília, fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_090213-144507-483.pdf>. Acesso em: 15/10/2016.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Reinaldo. O IBGE e a religião – Cristãos são 86,8% do Brasil; Católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%. **Revista Veja – Editora Abril**. São Paulo, 29/09/2012. Disponível em:

<<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/o-ibge-e-a-religiao-%E2%80%93-cristaos-sao-868-do-brasil-catolicos-caem-para-646-evangelicos-ja-sao-222/>>.

Acesso em: 24/10/2016.

BARBOSA, Águida Arruda; CIEIRA, Claudia Stein. **Direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Lei n. 11.770, de 09 de setembro de 2008. **Programa Empresa Cidadã**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de agosto 2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Registro Civil 2014 – Divórcios. Disponível em: <http://servicodados.ibge.gov.br/Download/Download.ashxu=ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2014/ods/05divorcios_ods.zip>. Acesso em: 20/10/2016.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 de agosto 2016.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

BRASIL. Projeto de lei nº 3.829/97. **Estabilidade de emprego paterna**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20289>>. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Proponente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Marco Aurélio de Mello. Aborto de Feto Anencéfalo. Brasília. DF. 12/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.aspincidente=222695>>. Acesso em: 24/10/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378, da 4ª Turma. Recorrente: K R O. Recorrido: L P. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 20/10/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsplivre=1183378&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>>. Acesso em 24/10/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242, da 3ª Turma. Recorrente: A.C.J. DOS S. Recorrido: L.N. DE O. S. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24/04/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsplivre=1159242&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>>. Acesso em 24/10/2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2011.
CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A guarda dos filhos na separação. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte, 10/08/2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Adalgisa%20Wiedemann%20Chaves>>. Acesso em: 20/10/2016.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família sucessões**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Dilvanir José da. A família nas Constituições. **Senado Federal**. Brasília, março de 2006. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf?sequence=6>>. Acesso em: 23/10/2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed. - revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. O Direito do Pai. **Maria Berenice Dias**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_477\)6_o_direito_do_pai.doc](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_477)6_o_direito_do_pai.doc)>. Acesso em 24/10/2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LAVOURA, Luís. Aborto: os direitos do pai. **Movimento social liberal – Liberalismo em Portugal**. Disponível em: <<http://www.liberal-social.org/aborto-os-direitos-do-pai>>. Acesso em: 24/10/2016.

LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 10145074116982001, da 5ª Câmara. Apelante: V.S.P. Apelado: Menor representado(a)(s) p/ mãe A.C.L.C. Relator: Des. Carlos Levenhagen. Belo Horizonte. MG, 16/01/2014. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsplistaProcessos=10145074116982001>. Acesso em: 24/10/2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder família r e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70057974750, da 8ª Câmara. Apelante: C.S.M e H.C.F. Apelado: J.Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. RS, 20/03/2014. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.phpnome_comarca=Tribunal+de+JustiE7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70057974750&num_processo=70057974750&codEmenta=5691531&temIntTeor=true>. Acesso em 24/10/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70067498436, da 7ª Câmara. Apelante: J.A.A. Apelado: K.S. Relator: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre. RS, 03/12/2015. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.phpnome_comarca=Tribunal+de+JustiE7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70067498436&num_processo=70067498436&codEmenta=6590949&temIntTeor=true>. Acesso em 24/10/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70063635619, da 7ª Câmara. Apelante: R.H.T. Apelado: R.E.S. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre. RS, 27/05/2016. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.phpnome_comarca=Tribunal+de+JustiE7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70063635619&num_processo=70063635619&codEmenta=6304248&temIntTeor=true>. Acesso em 24/10/2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. **Mundo Jurídico**. Disponível em:

<http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmetodaniel.pdf>. Acesso em 24/10/2016.

ANEXO A – IBGE – Divórcios x Guarda de filhos

Lugar da ação do processo	Divórcios concedidos em 1ª instância, a casais com filhos menores de idade				Número de filhos menores de idade							
	Total	Responsáveis pela guarda dos filhos			Total	Responsáveis pela guarda dos filhos						
		Marido	Mulher	Ambos os cônjuges		Outro	Sem declaração	Outro	Sem declaração			
Brasil	146 898	8 069	124 951	11 040	1 438	1 400	220 418	12 682	184 540	18 700	2 359	2 137