

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

NATÁLIA TENORIO FIREMAN CAMELO

LICENÇA PARA CUIDAR:
O PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL NA PERSPECTIVA
CIVIL-CONSTITUCIONAL E A SUA REPARAÇÃO PELA
RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

MACEIÓ
2021

NATÁLIA TENORIO FIREMAN CAMELO

**LICENÇA PARA CUIDAR:
O PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL NA PERSPECTIVA
CIVIL-CONSTITUCIONAL E A SUA REPARAÇÃO PELA
RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para a obtenção do grau de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Barros Correia Junior

MACEIÓ

2021

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

C1811 Camelo, Natália Tenorio Fireman.

Licença para cuidar: o princípio da parentabilidade responsável na perspectiva civil-constitucional e a sua reparação pela responsabilidade social empresarial / Natália Tenorio Fireman Camelo. – 2022.

197 f.

Orientador: José Barros Correia Junior.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2021.

Bibliografia: f. 177-197.

1. Cuidado (Direito). 2. Parentabilidade responsável. 3. Família democrática. 4. Responsabilidade social empresarial. I. Título.

CDU: 347.6

A Júlia, Davis, João Pedro e Kleber, a
razão dos meus cuidados.

AGRADECIMENTOS

Há mais de mil dias estou comprometida em dissertar sobre um assunto que se despertou para mim como um enredo de filme. O que para alguns poderia ser um drama, a meu ver arrancou lágrimas, suspiros e muitos risos, e poderia ser classificado como uma verdadeira aventura, quiçá a maior de todas.

A trama que tanto me inspirou se passou em uma família cujos vínculos de filiação se formaram pela adoção de uma criança de menos de dois anos, a qual já andava, mas pouco se comunicava. Contava com uma estatura e peso muito abaixo do desejado, bem como completamente fora da curva de crescimento esperada. A saúde fragilizada decorria de uma mazela que consumia suas forças, fruto de uma parentalidade irresponsável, mas foi incapaz de lhe apagar o brilho nos olhos.

Os cuidados que lhe foram negados por mais de vinte meses, graças à sua verdadeira família, aquela que se transformou com sua chegada, foram restaurados em abundância. Mas a criança, ainda assim, pouco falava, mesmo bem nutrida, assistida e protegida de toda negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, tal como lhe assegura o texto constitucional. Para o seu completo desenvolvimento, faltava-lhe ainda tempo com seus pais, aquilo ao que o legislador chama de convivência familiar. Com a mãe a comunicação foi instantânea, talvez porque o vocativo era também a única palavra que a criança dizia. Chamar pelo pai, contudo, demorou um pouco mais, não só pela própria demora esperada na regularização da função da linguagem, como também pelo tempo necessário para estreitar a relação com o pai, enquanto autoridade parental masculina, desprovida de significado até o seu encontro.

O ano era 2016 e o dia era um sábado quando o chamado ocorreu, apenas um par de meses após a concessão da guarda judicial. A mãe se ausentou em razão dos preparativos para uma comemoração tão aguardada: naquele domingo, seria celebrado seu primeiro dia das mães. O filho ficou aos cuidados do pai, de forma exclusiva, pela primeira vez até então. Em um dia inteiro, de intensa interação e estímulo, demonstrou-se a importância da convivência familiar que proporcionou àquela família, no dia seguinte, o presente do chamado paterno pelo filho. Um termo a mais se incorporou ao vocabulário infantil, mas que carrega um valor imenso, pois representou uma confirmação, repleta de significados, do poder da palavra pai e da relevância da função paterna.

A história é verdadeira e sobre ela tive profundo conhecimento como patrona nos autos da ação de adoção, o processo mais emocionante da minha carreira como advogada. Para todo pesquisador o objeto de estudo é escolhido por ter despertado inquietação, e sobre o qual se põe a pensar. Foi por meio dessa história que o sonho de ser mestra se fez realidade, com o propósito de investigar o porquê de o ordenamento jurídico ainda permitir um tratamento entre pais e mães de forma diferente, mesmo com o valor da igualdade entre homem e mulher ser corolário do princípio fundamental da dignidade humana, e há diversas normas além do Artigo 5^a afirmando isso. O que faltava, ao meu ver, era a compreensão de que para cuidar é preciso convivência, tal qual ilustra a adoção que assisti acontecer. E animada pelo compromisso de devolver para a sociedade todo o investimento público depositado em minha graduação e, agora, com o mestrado, empenhei-me em construir um trabalho de excelência e que tenha o condão de ajudar e transformar as famílias brasileiras em ninhos ainda mais democráticos.

Nem mil dias e nem oitenta mil palavras me parecem suficientes para discorrer sobre as dimensões do cuidado, sobre as quais me propus escrever. Mas dentro de mim repousa a certeza da grandiosidade da conquista em poder inaugurar um estudo que ainda tem muito a dizer, e por meio do qual excedi, inclusive, as minhas próprias ambições acadêmicas.

Para chegar até aqui, além de muito estudo, renúncias e muita privação de sono (eufemismo para as inúmeras madrugadas insones), pessoas foram essenciais, assim como a manifestação divina, que me deu fôlego para mergulhar em um tema tão complexo que me alegria ver alcançar tamanha distância. Princípio por Deus, a razão de tudo, e por Nossa Senhora das Graças, pela inspiração e disposição hercúlea para gerir de forma simultânea os diversos papéis a mim confiados. Aos meus pais, o meu mais sincero reconhecimento, pura expressão do amor divino e os melhores cuidadores, sem os quais eu jamais alcançaria tamanho êxito, não só pela educação e afeto que me proporcionaram, mas por terem sido esteio para que eu não fraquejasse. Ao meu filho, João Pedro, eu agradeço pelo milagre que é a sua vida, por me permitir ser sua mãe, e por tudo o que esse grande presente representa em minha existência. Que eu seja merecedora também do seu orgulho, tantas vezes manifestado, responsável por renovar sempre as minhas forças, e cuja delicadeza dos afagos me ajudaram a persistir. Ao meu marido, Kleber, obrigada por escolher a liberdade de cuidar, por mergulhar abraçado comigo em todas as dimensões do cuidado e me ajudar a olhar o mar que é a parentalidade, com a mesma imensidão e fulgor descritos por Galeano. Obrigada pela confiança despertada na importância da minha pesquisa. Aos meus irmãos, Davi e Marcus, agradeço a torcida e entusiasmo constantes, e por toda paciência e tempo dispensados como ouvintes dos meus

desabafos. À minha avó, Fila, sogra Betânia, e tias, agradeço pela intercessão alcançada em suas orações que me fortaleceram a escrever. Às minhas irmãs de coração, Kata, Marina e Tamara, agradeço pelo carinho, olhar atento e solidário, bem como pelo amparo que me auxiliou a chegar até aqui. Ao meu amigo Eduardo, serei eternamente grata por toda parceria comprometida, revelada desde os estudos prévios à aprovação no programa, e cuja companhia fez florescer uma amizade sincera, que foi indispensável nessa jornada de muita dedicação e esforço. Às minhas amigas queridas – Heleine, Allana e Michelle –, agradeço por todo apoio, pelo ombro amigo e pelas palavras de conforto tantas vezes necessárias. Aos meus sócios, gratidão pela paciência, companhia fraterna diária e pelo acesso às bibliografias, suporte que foi indispensável para que possamos compartilhar os frutos desta conquista.

Na pessoa da Belle, Nath, Amanda, Gabi e Jéssica agradeço a amizade conquistada neste triênio e por toda companhia nas inúmeras aulas e seminários. Em nome de todas elas saúdo a toda a turma 14 do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, casa que mais uma vez me acolheu e que foi essencial à minha formação profissional e como cidadã.

Expresso minha gratidão, ainda, à Viviane Galvão, que de colega de faculdade se fez guia para o mestrado, auxiliando meu raciocínio para que eu reconduzisse meu projeto, destinando-o à linha 2, na qual ele teve todo o mérito reconhecido. À minha prima Ana Luiza, gratidão pelo apoio e revisão do projeto de pesquisa, cujo olhar experiente foi indispensável à minha aprovação. À querida Paula Falcão, que com seu acolhimento e generosos conselhos, tornaram a minha jornada no mestrado mais completa e assertiva.

Cumprir consignar, também, os mais íntimos e sinceros agradecimentos aos meus mestres, que ministraram as aulas mais profundas e proveitosas da minha vida acadêmica. Ao professor Andreas, obrigada por me introduzir ao pensamento crítico e à obra de Heidegger, bem como por toda a profundidade filosófica alcançada pela minha pesquisa, como resta evidenciado na primeira seção deste estudo. À professora Elaine, agradeço pelo sorriso acolhedor e pela referência nos estudos sobre o feminismo. À professora Juliana sou grata por ter me apresentado tantas descobertas com os estudos norte-americanos sobre os direitos fundamentais. Ao professor Marcos Mello, foi uma honra ter sido mais uma vez sua aluna, meu profundo reconhecimento pelo comprometimento em nos dar aulas, ainda presenciais, no auge dos seus 83 anos à época, e por despertar em mim a admiração por Pontes de Miranda. Ao professor Barros, com quem divido meu respeito pela literatura de Machado de Assis e a convicção no poder reparador da responsabilidade social empresarial, tenha a certeza da minha gratidão. Aquele que foi meu mestre desde os tempos da graduação e que se construiu para mim

como exemplo de generosidade e gentileza; obrigada por ter me orientado desde a prova de estágio da PFN sobre exceção de pré-executividade em 2005, pela oportunidade de assistir às reuniões do CONREP entre 2019/2020, e a quem foi confiada a minha orientação neste mestrado. Agradeço pela força e pelo olhar compreensivo que sempre me dedicou. Ao professor Marcos Erhardt serei eternamente grata por toda oportunidade de participar de grandes debates entre brilhantes mestres civilistas nos encontros organizados sob sua direção e que por certo engrandeceram a minha investigação. Obrigada por me apresentar às atas das reuniões da Assembleia Constituinte, cuja leitura muito me emocionou pelo sentimento de esperança na nova ordem e que renovaram em mim o respeito e apego pelo texto constitucional. Sou grata por não ter economizado em sugestões e por ter sido sempre incansável em provocar em mim reflexões que guiaram meus estudos, amadureceram minhas ideias e ajudaram a iluminar o meu raciocínio. Bem assim, aos professores George, Adrualdo e Querino, agradeço pelos ensinamentos, pela disponibilidade e pela generosidade na transmissão do conhecimento absorvido.

Enfim, minha gratidão eterna a todos que, de alguma forma, contribuíram para o desenvolvimento desta dissertação.

Se podes olhar, vê.

Se podes ver, repara.¹

¹ Excerto do Livro dos Conselhos de El-Rei D. Duarte, reproduzido por José Saramago na epígrafe da obra “Ensaio sobre a Cegueira”. “A epígrafe resume a empreitada do escritor, como de cada leitor. Não se trata só de reparar no significado das coisas, mas também de proceder à reparação do que foi perdido, ou mutilado” (Original não destacado). NESTROVSKI, Arthur. In: SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. contracapa.

RESUMO

Trata-se de análise do valor jurídico-filosófico do cuidado para a existência e para o livre desenvolvimento da personalidade humana nas relações de parentalidade-filiação. A partir de uma interpretação principiológica do *caput* do art. 227 e art. 226, § 5º, ambos da Constituição Federal e do art. 22 da Lei nº 8.069/90, foi realizada uma decomposição hermenêutica do cuidado em duas dimensões a partir da metodologia civil-constitucional. Na primeira, ele foi reconhecido como um direito-dever, titularizado pelos filhos e cominado aos pais, e, na segunda, como sendo um direito de cuidar de titularidade dos pais. A investigação abordou ainda o dissenso jurisprudencial quanto ao conceito do direito ao cuidado expressado em julgados do Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais (REsp) nº 1.579.021/RS, nº 1.887.697/RJ e nº 1.159.242/SP, bem como na compreensão do Supremo Tribunal Federal observada no Recurso Extraordinário (RE) nº 898060-SC, e a sua vinculação com o direito à convivência familiar. Verificada a correlação do direito de cuidar com a parentalidade responsável, o princípio também foi examinado de forma mais profunda, demonstrando-se estruturado em duas liberdades: no direito fundamental ao planejamento familiar e no direito fundamental de cuidar da prole. Por meio de um estudo histórico-comparativo da proteção da criança e da maternidade e paternidade no ordenamento jurídico brasileiro e nas declarações internacionais, com recorte temporal a partir do início do século XX, observou-se que mesmo na atualidade denunciaram fortalecer comportamentos tradicionalmente antidemocráticos nas famílias. Observou-se que no atual estado da arte, também reforçam supostos papéis de gênero além de serem inservíveis para acolher todos os arranjos familiares, quer por vínculos biológicos ou socioafetivos, em prejuízo da função social das famílias na promoção da dignidade de todos os seus integrantes e da busca do pleno emprego. Nessa perspectiva, a abordagem se constitui por meio de metodologia dedutiva de revisão bibliográfica, cuja análise do tema recebeu ênfase do Direito Constitucional e Direito Civil, e, em menor medida, no panorama do Direito do Trabalho, Direito Previdenciário e Direito Empresarial, compreendendo o estudo de periódicos científicos, obras específicas, relatórios e pesquisas internacionais, além de dissertações de mestrado e teses de doutorado. Outrossim, a construção se desenhou a partir do método comparativo, analisando textos legislativos europeus, estadunidenses, indianos e neozelandeses pertinentes à problemática da dissertação, com o intuito de identificar os dispositivos e os princípios que fundamentam e norteiam a disciplina jurídica da questão. Por fim, analisadas as propostas de alteração legislativa tendentes a cumprir o art. 7º, XIX, da CF, foram investigadas soluções encontradas no ordenamento interno de outros países. A investigação também tem natureza propositiva calcada em estímulo na participação de outros atores sociais, as empresas, com esteio em boas práticas de Responsabilidade Social Empresarial, com amparo na Teoria dos *Stakeholders*, para resguardar o direito de cuidar no exercício da parentalidade responsável.

PALAVRAS CHAVE: Direito de cuidar; Parentalidade responsável; Família democrática; Função social; Responsabilidade social empresarial

ABSTRACT

It aims to analyze the juridical-philosophical value of care for the existence and free development of the human personality in parent-child relationships. Based on a principle related interpretation of the main section of art. 227 and art. 226, § 5, both of the Federal Constitution, and of art. 22 of Law 8069/90, a hermeneutic decomposition of care in two dimensions was performed based on the civil-constitutional methodology. In the first, it was recognized as a right-duty held by children and assigned to parents, and in the second, as a right to care held by parents. The research also addressed the jurisprudential disagreement regarding the concept of the right to care expressed in judgments of the Superior Court of Justice in Special Appeals (REsp) Nos. 1.579.021/RS, 1.887.697/RJ and 1.159.242/SP, as well as in the understanding of the Supreme Court observed in Extraordinary Appeal (RE) No. 898060-SC, and its link to the right to family coexistence. Having verified the correlation of the right to care with responsible parenthood, the principle was also examined in a deeper way, proving to be structured in two freedoms: the fundamental right to family planning and the fundamental right to care for the offspring. Through a historical-comparative study of child protection and maternity and paternity protection in the Brazilian legal system and in international declarations, with a time frame starting in the beginning of the 20th century, which even today denounce traditionally anti-democratic behavior in families. It was observed that in the current state of the art, they also reinforce supposed gender roles besides being unfit to accommodate all family arrangements, whether by biological or socio-affective bonds, to the detriment of the social function of families in promoting the dignity of all its members and the search for fully employment. From this perspective, the approach is constituted by means of a deductive methodology of bibliographic review, whose analysis of the theme was emphasized in Constitutional Law and Civil Law, and, to a lesser extent, in the panorama of Labor Law, Social Security Law, and Business Law, comprising the study of scientific journals, specific works, reports, and international research, in addition to master's and doctoral theses. Furthermore, the construction was based on the comparative method, analyzing European, American, Indian, and New Zealand legislative texts that are relevant to the thesis' problematic, with the purpose of identifying the provisions and principles that ground and guide the legal discipline of the issue. Finally, after analyzing the proposals for legislative changes aimed at complying with art. 7, XIX, of the Federal Constitution, solutions were found in comparative law. The research also has a propositional nature based on stimulating the participation of other social actors, the companies, based on good practices of Corporate Social Responsibility, supported by the Theory of Stakeholders, to safeguard the right to care in the exercise of responsible parenthood.

KEYWORDS: Right to care, Responsible parenting, Democratic family, Social role, Corporate social responsibility

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI: Ação de Declaratório de Inconstitucionalidade

CC: Código Civil

CDC: Código de Defesa do Consumidor

CF: Constituição Federal

CJF: Conselho da Justiça Federal

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

DDE: Departamento de Desenvolvimento do Emprego

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

FEM: Fórum Econômico Mundial

IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IN: Instrução Normativa

INSS: Instituto Nacional da Seguridade Social

LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento

OIT: Organização Internacional do Trabalho

OMS: Organização Mundial da Saúde

ONU: Organização das Nações Unidas

PL: Projeto de Lei

PLS: Projeto de Lei do Senado

PNAD: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio

RE: Recurso Extraordinário

RGPS: Regime Geral de Previdência Social

RESP: Recurso Especial

RSE: Responsabilidade Social Empresarial

STJ: Superior Tribunal de Justiça.

STF: Supremo Tribunal Federal.

TNU: Turma Nacional de Uniformização

UNESCO: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

.

.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O CUIDADO E A DIGNIDADE HUMANA	18
2.1 CUIDADO COMO RAZÃO ESSENCIAL	18
2.2 O VALOR JURÍDICO DO CUIDADO NAS RELAÇÕES DE PARENTALIDADE-FILIAÇÃO	23
2.3 A TUTELA DA CRIANÇA NA DIMENSÃO DO TEMPO.....	37
2.4 AS DIMENSÕES DO CUIDADO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	50
3 LICENÇA PARA CUIDAR.....	62
3.1 A SEGUNDA DIMENSÃO DO CUIDADO E O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO PARENTAL	62
3.2 A PARENTALIDADE RESPONSÁVEL E OS CUIDADOS COMPARTILHADOS	75
3.3 A TUTELA DA MATERNIDADE E DA PATERNIDADE.....	84
3.3.1 ORIGENS E EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO	85
3.3.2 A PROTEÇÃO E SEUS ANACRONISMOS NA ATUALIDADE.....	92
3.4 O DISCRÍMEN DA MATERNIDADE E A EMANCIPAÇÃO FEMININA	110
4 O PODER REPARADOR DA RESPONSABILIDADE SOCIAL NA PROMOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL	119
4.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PARENTALIDADE E O QUE CUSTA PARA UMA LICENÇA PARA CUIDAR	119
4.2 O PLENO E LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PESSOA HUMANA E A FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS	142
4.3 WIN-WIN: A RESPONSABILIDADE SOCIAL CONCILIANDO OS INTERESSES DAS EMPRESAS E DAS PESSOAS	149
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	168
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	177

1 INTRODUÇÃO

Espírito que anima esta pesquisa, o cuidado é entendido como condição originária e relacional do ser humano, estando presente não só na sua criação, mas por toda vida, por ser inerente à sua existência, como entendido pela filosofia *heideggeriana*.

Nesse sentido, aplicado às pessoas, defende-se que o cuidado encontra um duplo significado, como condição de existencialidade e de desenvolvimento da personalidade, constituindo-se, inclusive, em uma liberdade de realização das possibilidades mais próprias do ser humano - o desempenho do cuidado. Em outras palavras, é pela atitude de cuidar que se promove e desenvolve aquilo que faz as pessoas viverem, conectando as pessoas ao seu *ethos* essencial: a realização do bem pelo cuidado.

A complexidade do sentido do cuidado nas relações de parentalidade-filiação despertou o interesse desta investigação a partir do avanço na compreensão do significado atribuído à licença maternidade e à igualdade entre filhos pelo Supremo Tribunal Federal, expressado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889/PE. Interpretou-se pela reflexão da Suprema Corte que o tema ainda carecia de um maior aprofundamento, notadamente porque os cuidados que poderiam ser desempenhados pelos pais, ou por quem exerça o lugar do pai, ficavam prejudicados pela ausência de uma licença paternidade propriamente dita, tal como prevista no art. 7º, XIX do texto constitucional, haja vista não dispor de lei que a regule, em prejuízo de todos os integrantes da família, qualquer que seja o arranjo adotado.

Questionou-se, assim, de que forma os ideais da liberdade, igualdade e solidariedade, que inspiraram o legislador originário nos princípios previstos no art. 3º, I, do texto constitucional, e estimularam o desenvolvimento da família democrática prevista no *caput* do art. 227 e art. 226, § 5º, ambos da Constituição Federal, e do art. 22 da Lei nº 8.069/90, estão sendo aviltados pela antinomia revelada no próprio ordenamento diante dos efeitos deletérios provocados pela inconstitucional omissão do legislador.

As discussões demonstram a importância do estudo do direito de cuidar como forma de dignificar a parentalidade responsável, democratizar as famílias e seus plurais arranjos, conferindo maior efetividade aos valores da igualdade e da liberdade, além de guardar um vínculo estreito com os direitos fundamentais e sua aplicação contemporânea, e com a preterição de normas constitucionais ao pretexto dos custos envolvidos com a proteção dos valores que visam assegurar.

Com efeito, a par da contextualização feita, algumas indagações foram suscitadas e deram origem à presente pesquisa, quais sejam: *i)* Qual o valor jurídico do cuidado e qual sua correlação com o direito à convivência familiar? *ii)* São coerentes os argumentos dos Tribunais Superiores ao correlacionarem o cuidado com a convivência familiar e o afeto? *iii)* O atual sistema de licenciamentos destinados à proteção da maternidade e da paternidade satisfaz o princípio da igualdade, da liberdade e da parentalidade responsável em caso de filiação biológica e civil? *iv)* Quais as repercussões criadas, ou reforçadas, por este sistema de licenças? *v)* Verificam-se propostas legislativas tendentes a criar uma licença para cuidar, independente do arranjo familiar, sexo ou orientação sexual? *vi)* Há exemplos no ordenamento interno de outros países de uma licença para cuidar, independente do arranjo familiar, sexo ou orientação sexual? *vii)* No cenário da problematização, pode-se considerar outra solução para reparar o atual sistema de licenças que não dependa da atuação estatal e promova o direito de cuidar da prole? *viii)* Qual a fundamentação legal para a solução encontrada? *ix)* Quanto à aplicabilidade prática da proposta suscitada, acaso já encontra precedentes no Brasil e/ou no mundo? *x)* Quais os interesses tangenciados na execução da proposta?

A partir desses questionamentos, a presente dissertação se propõe a investigar as questões postas por uma abordagem calcada na metodologia dedutiva de revisão bibliográfica, compreendendo o estudo de periódicos científicos, obras específicas, relatórios e pesquisas internacionais, além de dissertações de mestrado e teses de doutorado. Em razão do marco teórico da pesquisa se centrar na metodologia civil-constitucional, a revisão bibliográfica analisada recebeu ênfase do Direito Constitucional e Direito Civil. Em menor medida, abordou-se o Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito Empresarial, não se constituindo, entretanto, objeto do corte epistemológico da presente dissertação. Também em razão da interdisciplinaridade da temática, conceitos de *Marketing* e Administração de Empresas foram resgatados nesta pesquisa. Tais áreas mereceram atenção para que fosse possível responder adequadamente as questões investigadas, cuja análise se fez necessária para fins de integralização do raciocínio desenvolvido.

A construção desta investigação se desenhou a partir do método comparativo, analisando textos legislativos estadunidenses, finlandeses, indianos, islandeses, neozelandeses, noruegueses e suecos, pertinentes à problemática da dissertação, com o intuito de identificar os dispositivos que fundamentam e norteiam a disciplina jurídica da questão.

Como se verá, o desenvolvimento desta dissertação se estruturou em três seções, que receberam inspiração dos ideais revolucionários e que por isso se debruçaram no estudo do

cuidado na perspectiva do princípio da liberdade, igualdade e solidariedade, como corolários da dignidade humana, valor que o cuidado visa promover.

Diante das dificuldades apresentadas para uma compreensão objetiva do cuidado, a primeira seção foi centrada na relação entre o cuidado e a natureza humana, e buscou observar o valor jurídico-filosófico do cuidado para a personalidade humana, em razão da sua essencialidade para a existência e desenvolvimento da dignidade, o que foi revelado amiúde na análise do princípio da dignidade humana e na interpretação do cuidado como um direito especial da personalidade, por promover a dignidade humana ao preservar a existência e o seu pleno desenvolvimento.

Bem assim, um processo de decomposição hermenêutica do cuidado a partir da metodologia civil-constitucional se demonstrou ser necessário para melhor compreensão do tema, e por meio do qual se constatou a existência de duas dimensões do cuidado, sendo que ambas promovem o princípio da dignidade humana. Pela primeira, corresponderia a um direito-dever, titularizado pelos filhos e cominado aos pais, e, pela segunda, equivaleria ao direito de cuidar de titularidade dos pais, relacionado com a autodeterminação humana expressada no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e na evolução da proteção integral da criança

Outrossim, constatou-se haver um dissenso jurisprudencial quanto ao valor jurídico atribuído ao cuidado, como expressado em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais (REsp) nº 1.579.021/RS, nº 1.887.697/RJ e nº 1.159.242/SP, bem como do Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre o tema no Recurso Extraordinário (RE) nº 898060-SC, que provoca a indagação quanto à correlação do cuidado com a convivência familiar e com o afeto.

Esse reconhecimento provocou discussões que inauguraram a segunda seção do trabalho que se centra na liberdade de cuidar, a partir da constatação da correlação do direito de cuidar com a parentalidade responsável. Por meio de um exame mais aprofundado deste princípio, estreia-se a compreensão de ser ele estruturado também em duas liberdades: no direito fundamental ao planejamento familiar e no direito fundamental de cuidar da prole.

Um estudo histórico-comparativo da proteção da maternidade e paternidade no ordenamento jurídico brasileiro e nas declarações internacionais, com recorte temporal a partir do início do século XX, evidencia que as licenças para pais e mães, por filiação biológica ou adotiva, possuem durações díspares e anacrônicas que, contextualizadas com a função de promover o cuidado, revelada na decisão do STF, denunciaram fortalecer comportamentos

tradicionalmente antidemocráticos nas famílias, além de se demonstrar insuficiente para acolher os atuais arranjos familiares.

Por esta razão, impôs-se o estudo das repercussões desse tratamento legal diferenciado e o descrímen provocado no acesso das mulheres à busca do pleno emprego, o que recrudesce a disparidade entre os sexos no mercado de trabalho, e invisibiliza o homem, privando-o de desenvolver suas habilidades parentais, em flagrante prejuízo do melhor interesse da criança.

Por fim, com o intuito de verificar o respeito à solidariedade, a terceira seção se volta à pesquisa da funcionalização social da família e de outros atores sociais. Nesta etapa são analisadas as propostas de alteração legislativa tendentes a cumprir o comando constitucional expresso no art. 7º, XIX. Neste viés, apresenta-se uma pesquisa em outros ordenamentos jurídicos, descrevendo as regulações de licença parental dos cinco países melhor posicionados no *Gender Gap Report 2021* do Fórum Econômico Mundial.

Com tais informações, ao seu termo, a investigação inaugura uma etapa propositiva por inspiração do inciso IV do art. 12 do Marco Legal da Primeira Infância, atraindo sugestão calcada nas boas práticas da Responsabilidade Social Empresarial com amparo na Teoria dos *Stakeholders*, perspectiva teórica que encontra seu desenvolvimento na área de estudo da administração de empresas.

Destarte, a relevância da proposta se fundamenta na necessidade de reparar as desigualdades verificadas no exercício da parentalidade responsável na dimensão do direito de cuidar, por meio de um estímulo com os compromissos advindos dos direitos fundamentais, a partir da metodologia do Direito Civil Constitucional, a fim de promover os objetivos constitucionais para uma sociedade mais livre, justa e solidária.

2 O CUIDADO E A DIGNIDADE HUMANA

2.1 CUIDADO COMO RAZÃO ESSENCIAL

Para a existência e manutenção da condição humana há um elemento que se projeta como essencial não só nos momentos de maior vulnerabilidade, como no início e fim da vida; ou diante da ocorrência de desventuras e contingências, tais como doenças e incapacidades; mas por toda a existência do ser humano, sendo indelével para o futuro da sua descendência e para a própria conservação da espécie. Este elemento é o cuidado.

Não à toa, há na mitologia grega uma narrativa que revela a criação do Homem pela deusa *Cura*, cuja tradução latina tem o sentido de cuidado², e foi recontada pelo autor romano Julius Gaius Hyginus³ (64 a.C. – 17 d.C.) como o mito 220⁴ em sua obra *Fabulae* (Fábulas):

Quando Cura {"Cuidado"} estava atravessando um certo rio, ela viu um barro lamacento, pegou-o, ponderou por um momento, e então moldou um humano. Enquanto contemplava o que havia feito, Júpiter entrou em cena. Cura pediu-lhe que soprasse espírito nele. O que Júpiter fez de bom grado. Mas então, quando Cura estava prestes a nomear esta criatura com seu próprio nome, Júpiter a interrompeu e disse que deveria ter o nome dele. Agora, enquanto Cura e Júpiter estavam debatendo sobre o nome, a Terra se levantou também e disse que deveria receber o nome dela, visto que ela era a única que havia fornecido seu próprio corpo. Originou-se então uma discussão generalizada. Eles tomaram Saturno como o juiz de seu caso, e parece que ele o julgou com justiça: "Júpiter, porque você deu o espírito <você deve recuperar o espírito após a morte; Terra, porque você ofereceu seu corpo,> * você deve reclamar o corpo. Porque Cura o moldou primeiro, ela o possuirá enquanto viver. Mas porque há alguma discordância sobre o nome, ele será chamado "humano" {homo} porque foi claramente criado da terra {húmus}. (Original não destacado)

² BIANCHET, Sandra Braga; REZENDE, Antônio Martinez de. **Dicionário do latim essencial**. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014. p. 91.

³ Autor e estudioso latino que, de acordo com Suetônio (De Grammaticis, 20), foi nomeado por Augusto superintendente da biblioteca do Palatino. Ele foi da Espanha ou Alexandria para Roma como escravo ou talvez prisioneiro de guerra e foi libertado por Augusto. (tradução livre). *The Editors of Encyclopaedia Britannica*. **Gaius Julius Hyginus**. *Encyclopaedia Britannica*. 2 abr 2018. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Gaius-Julius-Hyginus> Acesso em 16 ago 2020.

⁴ No original: "When Cura {"Worry"} was crossing a certain river, she saw muddy clay, picked it up, pondered for a moment, and then molded a human. While she was thinking about just what she had created, Jupiter arrived on the scene. Cura asked him to give breath to the human, and Jupiter readily agreed to do it. But then, when Cura was about to name this creature after herself, Jupiter stopped her and said that it should be named after him. Now, while Cura and Jupiter were debating over the name, Earth rose up as well and said that it should be named after her, seeing how she was the one who had furnished her own body. They took up Saturn as the judge of their case, and it appears that he judged fairly in their case: "Jupiter, because you gave it breath <you shall reclaim the breath after death; Earth, because you offered up your body,> * you shall reclaim the body. Because Cura first molded it, she shall possess it so long as it lives. But because there is some disagreement about the name, it shall be called "human" {homo} because it was clearly created from earth {humus}". HYGINUS, Gaius Julius. **Fabulae** apud SMITH, R. Scott; TRZASKOMA, Stephen M. **Apollo drus' Library and Hyginus' Fabulae: Two Handbooks of Greek Mythology**. Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc. 2007. Versão Kindle, posição 5181.

Por este enredo, nota-se que desde a Grécia antiga já se nutria a compreensão desta relação de essencialidade entre a humanidade e o cuidado. Na interpretação de Scott Smith e Stephen Trazaskoma ao traduzirem a obra de Hyginus, o objetivo principal do mito “é explicar por que os humanos são consumidos por preocupações durante suas vidas”.⁵

Ao analisar a fábula em “Ser e Tempo”, Martin Heidegger⁶ encontrou em sua expressão a determinação ontológica da própria essência humana. É dizer, o filósofo observou a *Cura* como aquilo a que pertence a presença humana enquanto vive, ou seja, o cuidado é o que confere a condição de humanidade às pessoas, que encontram nele a origem do seu ser. Assim, o Homem “não é abandonado por essa origem, mas, ao contrário, por ela mantido e dominado, enquanto ‘for e estiver no mundo’”.⁷

Oportuno observar que, na construção dessa análise, a filosofia *heideggeriana* chega a refutar a lógica cartesiana⁸, expressa no axioma “Penso, logo existo”⁹, embora ainda a reconheça predominante na ontologia tradicional. Descartes teria oferecido uma interpretação falha por ter recuado diante da questão do sentido da função significativa do ser e não ter explicado a substancialidade deste, preferindo abstrair uma problemática pura do ser ante a ideia de que a sua substancialidade é inacessível para si mesma.¹⁰ Assim, no entendimento de Heidegger, a ontologia cartesiana se equivoca por optar apreender o ente pela sua propriedade principal, por um de seus atributos, isto é, a partir da sua “‘intuição’ em seu sentido mais amplo, do qual o ‘pensamento’ significa apenas uma forma fundada de realização”¹¹, deixando “sem discussão o sentido do ser e o caráter de ‘universalidade’ desse significado contidos na ideia de substancialidade”.¹²

⁵ HYGINUS, Gaius Julius. *Fabulae* apud SMITH, R. Scott; TRZASKOMA, Stephen M. *Apollochryseus' Library and Hyginus' Fabulae: Two Handbooks of Greek Mythology*. Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc. 2007. Versão Kindle, posição 1061.

⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo: Parte 1**. 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 262-264

⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo: Parte 1**. 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 264

⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo: Parte 1**. 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 134

⁹ Parece razoável a crítica de Heidegger tendo em vista o excerto a seguir: “E, notando que esta verdade – penso, logo existo – era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cépticos não eram capazes de a abalar, julguei que podia admiti-la sem escrúpulo como o primeiro princípio da filosofia que buscava. Depois, examinando atentamente o que eu era e vendo que podia fingir que não tinha nenhum corpo e que não havia nenhum mundo, nem lugar algum onde eu existia; e que, pelo contrário, pelo próprio fato de eu pensar em duvidar da verdade das outras coisas, decorria muito evidentemente e muito certamente que eu existia; ao passo que, se apenas eu parasse de pensar, ainda que tudo o mais que imaginara fosse verdadeiro, não teria razão alguma de acreditar que eu existisse; por isso reconheci que eu era uma substância, cuja essência ou natureza é pensar, e que, para existir não necessita de nenhum lugar nem depende de coisa alguma material. De sorte que este eu, isto é, a alma pela qual sou o que sou, é inteiramente distinta do corpo, e até mais fácil de conhecer que ele, e, mesmo se o corpo não existisse, ela não deixaria de ser tudo o que é.” DESCARTES, René. **Discurso do método** (tradução Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996. p. 38-39.

¹⁰ HEIDEGGER, op. cit., p. 140

¹¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo: Parte 1**. 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 142

¹² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo: Parte 1**. 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 139

Na interpretação do sentido originário da *Cura*, Heidegger¹³ descreve que ela deve ser concebida como condição existencial de possibilidade de “cuidado com a vida” e “dedicação” do “ser-com-os-outros-no-mundo”, mesmo significado que entende ter sido atribuído por Sêneca em sua última carta (Ep. 124), quando escreveu¹⁴:

Dentre as quatro naturezas existentes (árvore, animal, homem, Deus) distingue-se as duas últimas das demais por serem as únicas dotadas de razão, e entre si porque Deus é imortal e o homem, mortal. Nelas, na perfeição de uma, a saber, de Deus, o bem realiza sua natureza, e na perfeição do outro, do homem, a cura: *unius bonum natura perficit, dei scilicet, alterius cura, hominis.* (Original não destacado)

O cuidado se exprime, então, como condição originária de “ser-no-mundo” e relacional de “ser-com-os-outros”, e estará presente não só na sua criação, mas por toda vida, por ser inerente à sua existência, como entendido na filosofia *heideggeriana*. E, bem assim, pelas lições de Sêneca, é justamente exercendo o desvelo com as naturezas existentes, que o Homem se conecta com o seu *ethos* essencial: a realização do bem pelo cuidado.

No desenvolvimento desta compreensão, Heidegger ainda sugere¹⁵ que o cuidado encontra um duplo significado, vez que não só é a constituição, o modo originário do ser, mas o modo fundamental deste no mundo da ocupação, sendo uma liberdade do ser realizar suas possibilidades mais próprias - o desempenho do cuidado.

Na filosofia brasileira contemporânea, Leonardo Boff tratou sobre a problemática na obra “Saber cuidar: ética do humano”, em que esclarece que o cuidado é mais do que um ato, “uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilidade e de envolvimento afetivo com o outro”.¹⁶ Sua noção do cuidado como modo-de-ser essencial, como essência humana, sofreu influências da filosofia *heideggeriana*, que em sua interpretação:

Quer dizer, o cuidado se encontra na raiz primeira do ser humano, antes que ele faça qualquer coisa. E, se fizer, ela sempre vem acompanhada de cuidado e imbuída de cuidado. Significa reconhecer o cuidado como modo-de-ser essencial, sempre presente e irredutível à outra realidade anterior. (...) Um modo-de-ser não é um novo ser. É uma maneira do próprio ser de estruturar-se e dar-se a conhecer. O cuidado entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo-de-ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem o cuidado, ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado, desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se,

¹³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo: Parte 1.** 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 265.

¹⁴ SÊNECA, Lúcio Anneo. *Epistolae Morale* apud HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo: Parte 1.** 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 264-265.

¹⁵ Para o autor, “A perfectio do homem, o ser para aquilo que, em sua liberdade, pode ser para suas possibilidades mais próprias (para o projeto), é um ‘desempenho’ da ‘cura’. De modo igualmente originário, ela determina, porém, o modo fundamental desse ente, segundo o qual ele está entregue no mundo da ocupação (estar-lançado). O duplo sentido de cura significa uma constituição fundamental em dupla estrutura essencial de projeto lançado”. SÊNECA, Lúcio Anneo. *Epistolae Morale* apud HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo: Parte 1.** 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 265.

¹⁶ BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra.** Petrópolis: Vozes, 2017. Versão Kindle, posição 349.

definha, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo e por destruir o que estiver à sua volta. (Que responde à pergunta: O que é o ser humano?) O cuidado há de estar presente em tudo.¹⁷ (Original não destacado)

O tema também foi objeto de reflexão do filósofo americano Milton Mayeroff, que desenvolveu uma ética em cuja premissa o homem vive o sentido da sua própria vida cuidando do outro e sendo cuidado, e não pela dominação, pela razão, pelo prazer ou deleite. É por meio dele que a condição humana encontra sua estabilidade básica, seu lugar no mundo.¹⁸

Neste sentido, ao cuidar, o ser humano ajuda a outra pessoa a se desenvolver, a crescer e a se preocupar com os outros além de si mesmo, a ser responsável por sua própria vida. E neste processo de crescimento do outro, o cuidador também se descobre e se aperfeiçoa como ser humano¹⁹.

A despeito de algumas espécies animais apresentarem formas incipientes de manifestações de cuidado, este é para o humano mais que um predicado, é a exteriorização da sua própria essência, o que o distingue e dignifica. Vera Regina Waldow e Rosália Figueiró Borges comungam do entendimento ao tratar sobre a humanização, tendência cada vez mais comum nos processos vinculados à enfermagem. Como cuidar significa o próprio humano em ação, a expressão humanização representaria, então, uma redundância no uso da linguagem, pois só o ser humano é capaz de o fazer com naturalidade e consciência, isto é, de cuidar de forma integral, associando elementos racionais e sensíveis.²⁰ Assim, “o cuidado humano constitui um processo de empoderamento, de crescimento, e de realização da nossa humanidade”.²¹

¹⁷ BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 2017. Versão Kindle, posição 360-366.

¹⁸ No original: *In the context of a man's life, caring has a way of ordering his other values and activities around it. When this ordering is comprehensive, because of the inclusiveness of his carings, there is a basic stability in his life; he is "in place" in the world, instead of being out of place, or merely drifting or endlessly seeking his place. Through caring for certain others, by serving them through caring, a man lives the meaning of his own life. In the sense in which a man can ever be said to be at home in the world, he is at home not through dominating, or explaining, or appreciating, but through caring and being cared for.* MAYEROFF, Milton. **On caring**. World Perspectives, v. 43. New York: Harper and Row Publishers, 1971. p.2.

¹⁹ No original: *To help another person grow is at least to help him to care for something or someone apart from himself, and It involves encouraging and assisting him to find and create areas of his own in which he is able to care. Also, It is to help that other person to come to care for himself, and by becoming responsive to his own need to care to come responsible for his own life. (...) I do not try to help the other grow in order to actualize myself, but by helping the other grow I do actualize myself.* Ibid., p. 7 e 22.

²⁰ WALDOW, Vera Regina; BORGES, Rosália Figueiró. **Cuidar e humanizar: relações e significados**. Acta Paul Enferm. Vol 24, n. 3, mar. 2011. p. 414-418. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/ape/v24n3/17.pdf> . Acesso em 24 ago 2020.

²¹ WALDOW, Vera Regina. **Cuidar: expressão humanizadora da enfermagem**. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. p. 178.

Como ser social por natureza, o humano tem uma dimensão relacional que se aperfeiçoa por meio da neurobiologia do apego, da afetividade e da empatia, e que se desenvolve estimulada pela sensação de afinidade com amigos e familiares. É por meio do exercício deste potencial de cuidado e proteção com os mais próximos, animado pelos impulsos emocionais e filtros cognitivos, que se incita a boa vontade e a solidariedade, exteriorizadas em uma afetividade ideal que se dirige à toda a humanidade²². Esta reflexão repousa na apreciação de que, as vidas e liberdades desses distantes estranhos, entendidos na abstração do termo humanidade, possuem o mesmo valor e dignidade daqueles a quem mais se tem predileção²³. “Evitar, eliminar ou mitigar o sofrimento (presente e futuro), esta é a máxima, a norma moral absoluta, o imperativo categórico supremo, o cuidado definitivo”²⁴.

Ao aprofundar a compreensão do cuidado, sendo fiel ao corte epistemológico conferido ao estudo, não se pretende ingressar na explicação científica do surgimento e evolução da própria espécie humana, ou na relação da bipedia com a reprodução e com a vulnerabilidade infantil. O propósito do resgate do Mito da *Cura*, este importante legado da civilização grega, foi para introduzir a essencialidade do cuidado ainda que de forma figurada, e explorar a sua interpretação ontológica pelos filósofos que se destacaram nesse estudo, demonstrando a sua necessidade para a existencialidade humana e os seus descendentes, estando a sua abordagem nesta pesquisa centrada nas relações paterno-filiais.

A razão desta escolha está no fato de que, desde antes do nascimento, o ser humano necessita de cuidados e que, quão mais tenra a idade, maior é a expressão da sua vulnerabilidade e a conseqüente necessidade de proteção e ações específicas dos genitores e/ou dos que exercem a função de pai/mãe no contexto familiar em que está inserido, centrando-se a análise nos cuidados indispensáveis à primeira infância e suas repercussões para o desenvolvimento humano e social.

A importância do tema acompanha a própria evolução da historicidade humana, a partir da constatação de que o avanço da noção de imprescindibilidade do cuidado nas relações paterno-filiais precisa ser analisada sob dois aspectos: i) como um direito do filho e dever do

²² FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Dignidade: “cuidar” da natureza humana**, In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e Afetividade - Projeto Brasil/Portugal 2016-2017**, São Paulo: Ed. Atlas, 2017, p. 127-131.

²³ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Dignidade: “cuidar” da natureza humana**, In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e Afetividade - Projeto Brasil/Portugal 2016-2017**, São Paulo: Ed. Atlas, 2017, p. 134.

²⁴ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Dignidade: “cuidar” da natureza humana**, In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e Afetividade - Projeto Brasil/Portugal 2016-2017**, São Paulo: Ed. Atlas, 2017, p. 134

seu responsável, tal qual sua acepção jurídica ordinária, em que é entendido como uma obrigação legal; e, *ii*) enquanto um direito da personalidade do pai e da mãe no sentido relacional da sua existência, porque ao desenvolver as habilidades parentais realizam a sua própria natureza, isto é, a sua essência e dignidade humanas.

Nesta perspectiva, a parentalidade²⁵ desempenha a função da *Cura* na compreensão moderna do mito, pois ao gerar/criar um outro humano, responde pelos cuidados deste, e, ao mesmo tempo, ao cuidar, desenvolve a sua própria natureza, dignificando-se ao realizar a sua essência.

2. 2 O VALOR JURÍDICO DO CUIDADO NAS RELAÇÕES DE PARENTALIDADE-FILIAÇÃO

No sistema jurídico brasileiro a doutrina da proteção integral da criança possibilitou que norma jurídica tratasse do cuidado de forma expressa, em que pese ser possível inferir seu valor jurídico também na tutela da dignidade humana e da personalidade, no princípio da solidariedade e da parentalidade responsável, como será mais adiante analisado.

Antes, porém, convém estabelecer uma definição conceitual sobre o cuidado, pois como o Direito se vincula à linguagem ao constituir normas jurídicas, é indispensável tanto o estudo semântico da palavra e sua etimologia, como também compreender qual o seu sentido predominante para a estrutura social, isto é, qual a percepção apreendida pela unidade cultural sobre o cuidado, a fim de que se absorva o sentido e alcance da realidade normada.

Como visto nas linhas antecedentes, tanto a alegoria retratada quanto a etimologia da palavra o vincula à expressão latina *cura*, associando-o como sinônimo de zelo, guarda, vigília e proteção²⁶. Enquanto presente na vida do ser humano ao longo do seu processo de existência, em menor ou maior medida, seu significado habita o senso comum, que naturalmente reconhece o termo, sendo que a sua percepção será mais restrita ou elástica a depender das experiências, das vivências e da personalidade de cada pessoa ou grupo.

Sem embargo, esta investigação se propõe a delimitar os seus contornos para viabilizar a sua verificação de forma objetiva. Assim, aplicado às pessoas, assume-se que o conceito de cuidado refere ao desvelo, ao tratamento ou ocupação com atenção séria e comprometida,

²⁵ A partir de uma interpretação gramatical e considerando sua etimologia, “parental” tem origem latina, referindo-se a *parentālis*, sendo relativo à “Dos pais, do pai e da mãe”. BIANCHET, Sandra Braga; REZENDE, Antônio Martinez dtanto a e. **Dicionário do latim essencial**. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014. p.269.

²⁶ BIANCHET, Sandra Braga; REZENDE, Antônio Martinez dtanto a e. **Dicionário do latim essencial**. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014. p. 91.

destinada a realizar algo corretamente para alguém ou com o intuito de lhe evitar danos ou riscos, evocando, bem assim, à companhia e à provisão do que lhe é necessário, aplicado ao bem-estar, à saúde, à educação, à manutenção e à proteção. O vocábulo também exprime o significado de adjetivar a pessoa que o recebe, indicando ao seu destinatário o atributo de ser cuidado.

Por consequência, cuidar, enquanto verbo, é a ação embuída de preocupação ou interesse, e pela qual se exterioriza o cuidado. É por meio do ato de cuidar que se manifesta a importância que alguém tem para o agente da conduta, e é por meio desta que as necessidades daquele são atendidas. Em suma, é pela atitude de cuidar que se promove e desenvolve aquilo que faz as pessoas viverem.

Tem-se que, por meio do cuidado, e sua co-relação com a alteridade, promove-se o desenvolvimento da personalidade daquele que cuida e, também, do que é cuidado. Neste viés, cuidar e ser cuidado representam uma dualidade, não em oposição absoluta, mas sim em existência simultânea, por meio da qual um não existe sem o outro e ambos carregam em sua essência, como finalidade comum, a promoção e a realização da dignidade humana, o imperativo categórico *kantiano*²⁷, que é um valor intrínseco a todas as pessoas, o que torna o cuidado merecedor de tutela.

Sejam nas relações familiares ou nas institucionais, o cuidado é um atributo importante de proteção às crianças, jovens, idosos, assim como se manifesta na convivência ou na conjugalidade pela reciprocidade do respeito, da atenção, da compreensão, do afeto, da proteção e da solidariedade. Quando se tratam das crianças, os cuidados parentais completam valores que envolvem as responsabilidades pessoais e institucionais, sendo que, no processo educacional, além de abranger o desenvolvimento integral de jovens e crianças, compreende ainda a consciência dos deveres e dos direitos envolvidos na vida em sociedade. Quando se tratam dos idosos, elementos como paciência e tolerância despontam dentre os cuidados permanentes tão necessários no cotidiano familiar, entidades de atendimento ou instituições hospitalares.²⁸

²⁷ A dignidade do ser humano tem sua expressão no imperativo categórico formulado por Kant: “(...) *todo ser racional existe como un fin en sí mismo. (...) Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin I y nunca simplemente como médio*” KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza Editorial, 2012, p. 137-139. Em livre tradução, tem-se o fundamento de que: “a natureza racional existe como um fim em si mesma (...) Age de forma a que sempre vejas a humanidade, em tua pessoa e em todas as pessoas, como a finalidade da ação, nunca como simples meio”.

²⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. **O cuidado como valor jurídico**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/216/O+cuidado+como+valor+jur%C3%ADdico> Acesso em 15 ago. 2021

O alcance do cuidado varia, então, conforme a perspectiva do interesse pesquisado. Nesta investigação, sendo fiel ao corte epistemológico nela delineado, o intuito é de contribuir com uma reflexão teórica e normativa sobre os cuidados paterno-materno-filiais, considerando por fundamento que os cuidados indicados acima se envolvem na construção cotidiana de projetos de pessoa dirigida à transformação social e ao futuro da sociedade.

Da realização pessoal do indivíduo emana a compreensão do cuidado como valor jurídico originário dada à sua essencialidade para a existência humana, a partir da compreensão de que o Direito, como ciência social, tem como foco a pessoa em sua evolução existencial. Mas, a determinação da relevância e do significado da existência, em razão da complexidade da vida social, impõe que seja efetuada como existência no âmbito social, isto é, como coexistência.²⁹

No ensejo, uma imersão na dogmática jurídica se faz necessária para o desenvolvimento deste raciocínio desde o processo de transformação de fatos naturais em fatos jurídicos, a fim de se compreender a importância do cuidado para a vida em sociedade como condição de realização do valor supremo da dignidade e o seu conseqüente valor jurídico.

Dada a sua natureza gregária, a comunidade é para o ser humano seu ambiente mais propício, pois as pessoas instintivamente buscam viver em sociedade, tanto por questões de sobrevivência, quanto por que é nesse meio em que desenvolvem suas habilidades de forma mais adequada.³⁰

Em condições normais, o ser humano já nasce em um grupo social básico, a família. E conforme aumentam seus círculos sociais no desenrolar de sua existência, também se amplia a influência que a sociedade exerce sobre ele, aumentando, por conseguinte, os fatos determinantes que irão moldá-lo para melhor sobreviver e se adaptar nessa existência em comunidade. E esses processos de adaptação social, a saber: religião, moral, política, economia, ciência, arte, moda, etiqueta e o Direito; incutem no homem, independentemente de sua vontade, os valores, concepções e sentimentos que representam a cultura da sociedade em que se encontra inserido.³¹

É dizer, sozinho o ser humano prescinde de normas de conduta, mas para a coexistência com outros semelhantes ser possível, faz-se necessária sua adaptação, pois dado

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 1.

³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 37.

³¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 37-38.

os instintos egoístas presentes nos seres humanos, tais inclinações naturais acaso desgovernadas tornariam impossível a vivência em sociedade. Por isso a comunidade necessita estabelecer normas de natureza comportamental obrigatórias, cuja impositividade é incondicional e não depende da adesão das pessoas. O conjunto dessas normas jurídicas que visam regradar condutas representa o direito vigente naquela comunidade, e serão mais ou menos refinadas e complexas quanto mais evoluída e culturalmente aperfeiçoada for a comunidade. O Direito se consubstancia então, como elemento de manutenção e estabilização da sociedade, e o traço que o distingue dos demais processos de adaptação é o seu caráter obrigatório, porquanto necessário para a pacificação social.³²

Como princípio de adequação da pessoa à vida social, o Direito está na lei, por meio da qual se exterioriza o comando estatal; agrega-se à consciência do ser humano que orienta sua conduta à moralidade; está na ânsia de justiça, um eterno ideal da humanidade; e, por fim, está subentendido na necessidade de se conter a tendência natural à expansão individual e egoísta do indivíduo para que coexista em sociedade.³³

Sobre o tema, clama atenção uma dissociação importante feita por Miguel Reale: “o Direito é feito para a vida e não a vida para o Direito”.³⁴ Esse caráter necessário do Direito, é o ponto de maior relevância, vez que advém da sua própria função social, que consiste em atribuir valores a bens da vida e a interesses, regulando suas distribuições entre as pessoas.³⁵ Para Pontes de Miranda, ele “sofre o influxo de outros processos sociais mais estabilizadores do que ele, e é movido por processos sociais mais renovadores; de modo que desempenha, no campo da ação social, papel semelhante ao da ciência, no campo do pensamento.”³⁶

Na doutrina de Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, é na função de garantir a vida humana e sua coexistência em comunidade, pacificando a colisão de interesses contrapostos, que o Direito encontra sua relevância, despontando como o instrumento regulador

³² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 37-41.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução do Direito Civil – Teoria Geral de Direito Civil**. Vol. I, revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 3.

³⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 535.

³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de família: direito parental: direito protectivo** / Pontes de Miranda; atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção Tratado de Direito Privado: Parte Especial); 9, p. 11.

³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de família: direito parental: direito protectivo** / Pontes de Miranda; atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção Tratado de Direito Privado: Parte Especial); 9, p. 11.

da vida em sociedade, cuja existência só é possível em virtude das normas que disciplinam o procedimento humano, e que garantem liberdades pela limitação das liberdades.³⁷

Como “elemento de estabilidade e de manutenção da própria convivência social”³⁸, pressupõe-se o Direito como um todo coerente e, de certa forma, preciso nas suas determinações, direcionado a uma ordem finalista que é orientada a proteger a todos indistintamente.³⁹ Não obstante, o grau de determinação do conteúdo da norma não é o que a define como jurídica. Isto porque nem sempre as normas jurídicas apresentam um conteúdo suficientemente explícito, a exemplo dos princípios, cuja natureza é de norma jurídica. Eles se diferenciam das demais por seu conteúdo mais indeterminado, exigindo do intérprete um esforço hermenêutico maior, mas nem por isso são menos importantes que as demais. Em verdade, são inclusive superiores hierarquicamente, por serem instrumentos jurídicos mais apropriados para o mundo contemporâneo, pois permitem uma melhor aplicação do Direito face às mutações sociais, de forma a contribuir com o avanço da sociedade e afirmação dos valores que fundamentam o ordenamento.⁴⁰

A própria evolução na compreensão do Direito sofreu influência das complexidades da sociedade industrial, as quais alteraram a atuação do Estado que “cresceu para além de sua função garantidora e repressiva, aparecendo muito mais como produtor de serviços de consumo social, regulamentador da economia e produtor de mercadorias”.⁴¹ Assim, de fenômeno marcadamente repressivo, também o Direito se altera para se tornar acima de tudo um mecanismo preventivo, ou seja, ao invés de disciplinar e estabelecer sanções na hipótese de indisciplina, confere uma maior ênfase para as normas de condicionamentos e de organização, que estabelecem os comportamentos desejados.⁴²

Essa modificação é natural porque o Direito, na totalidade do real, enquanto fenômeno social, sofrerá influências das transformações de uma sociedade dinâmica, que, em qualquer dos seus aspectos, significarão transformações da realidade normativa, sendo o inverso também

³⁷ OLIVA, Milena Donato; TEPEDIDO, Gustavo. **Teoria Geral do Direito Civil**. Vol.1. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 1-3.

³⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 39.

³⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 56.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 27.

⁴¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 57.

⁴² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 57.

verdadeiro, posto que o Direito, por seus instrumentos, torna igualmente possível a transformação social.⁴³

Como exemplo, a Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, assume a entidade familiar a partir das transformações em sua estrutura e em suas funções, notadamente nos últimos 50 anos. Procurando atender a transformações ocorridas mais recentemente, que de tão rápidas e profundas marcaram a chegada da sociedade pós-moderna, as antigas estruturas fundadas no casamento, dantes considerado indissolúvel, são superadas por comunidades pluriformes, em que relacionamentos homoafetivos são reconhecidos. Consequentemente, mudanças funcionais importantes são observadas, dentre elas, a forma essencial de procriação e o desaparecimento da função religiosa, enquanto outras se expandem, como são os deveres perante a criança.⁴⁴

Tal mudança acompanhou a centralidade que a dignidade humana alcançou no período e a sua fundamentalidade para a nova ordem inaugurada em 1988, cujo valor se destacou como princípio vetor de todo o ordenamento.

Desde a Segunda Guerra Mundial, a constitucionalização de toda a ordem jurídica foi um dos principais fenômenos ocorridos, em razão da afirmação da supremacia da Constituição e do enaltecimento da força normativa dos princípios e valores nela implícitos.

Nesse contexto, nas palavras do Ministro Luis Edson Fachin, o fenômeno da constitucionalização do direito privado pode ser definido como aquele que acolhe a normatividade vinculante dos princípios constitucionais, sejam eles explícitos ou implícitos. Pela sua dimensão substancial, a principal consequência é a eficácia civil dos direitos fundamentais e o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais também para o âmbito das relações jurídico-privadas.⁴⁵

Essa ideia de supremacia das normas constitucionais faz com que todo o ordenamento infraconstitucional guarde compatibilidade com a norma maior. Virgílio Afonso da Silva salienta, sobre a constitucionalização do direito, que “a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”.⁴⁶

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 2.

⁴⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 61.

⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 319.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

Então, o principal efeito do fenômeno da constitucionalização do direito privado é a releitura do direito civil à luz da Constituição, com a decorrente funcionalização dos institutos clássicos civilistas às finalidades superiores consagradas no texto constitucional, como consequência do respeito à hierarquia das fontes e a Constituição como unidade sistemática e axiológica do ordenamento.⁴⁷

Logo, por ter como objeto central o próprio ser humano, servindo a ele e não o inverso, é que o Direito não pode limitá-lo, mas ao revés precisa acompanhar sua evolução e as transformações de uma dinâmica sociedade pós-moderna. Esta compreensão é muito importante para a presente pesquisa, pois nela se pretende revelar o cuidado de forma indissociável à dignidade da pessoa humana, como valor inerente à sua existência, e é daí que se extrai o necessário reconhecimento do seu valor jurídico. Malgrado o cuidado seja deficientemente tratado no sistema jurídico brasileiro por meio de dispositivos que expressamente o mencionem, é nele implícito⁴⁸, mas nem por isso menos valioso, uma vez que intrínseco à dignidade da pessoa humana e como fundamental que é à personalidade, é inquestionável o seu valor. Por ela, e para ela, o seu valor jurídico deve ser declarado.

E ainda que não houvesse norma expressa tutelando o seu valor, tal não diminuiria a importância do cuidado para o ser humano dada a sua simbiótica relação com a dignidade humana, e nem tampouco o inferioriza na sua condição de norma implícita, pois é certo que a lei não abrange a plenitude do Direito, não atendendo de forma objetiva, por meio das normas postas, toda a multiplicidade de situações que carregam em si conteúdo jurídico. Nem por isso, no entanto, devem deixar de ser reveladas como norma, pois a atividade reveladora consiste apenas em expor a norma que não existe de forma expressa no sistema jurídico, tarefa que não ofende a dogmática jurídica, pois não há a criação de nova norma.⁴⁹

Neste raciocínio, a compreensão do cuidado como condição existencial da pessoa humana, tal como se absorveu pela filosofia *heiddegeriana*, impede que se interprete a personalidade de forma dissociada do cuidado, pelo risco de limitações ao seu conteúdo. O valor do cuidado é inerente à dignidade humana, sendo vetor indispensável para a concretização

⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. In: Revista Direito, Estado e Sociedade. V. 9 – n. 29, jul/dez. 2006, p. 235.

⁴⁸ Sobre direitos implícitos: “Neste contexto, optamos aqui por uma compreensão ampliada da noção de direitos decorrentes do regime e dos princípios, como inclusiva de posições jurídicas que correspondem (por subentendidos) ao âmbito de proteção de direitos expressamente positivados, situação que corresponde aos assim chamados direitos implícito”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, p. 147.

⁴⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 62.

desta. Embora não seja a única forma de promover a dignidade do ser humano, por certo, é condição indispensável para que alcance a vida adulta, pois uma criança carente de cuidados certamente perecerá, o que comprometerá não só o seu futuro como também o da comunidade em que está inserida.

Como bem pontuou a Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Fátima Nancy Andrichi ao abordar a temática dos cuidados parentais em julgado que será melhor analisado no tópico subsequente, “constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto”.⁵⁰ Em outras palavras, para a Ministra, o cuidado se apresenta em manifestações psicológicas das mais variadas, não se consubstanciando apenas como um fator relevante “mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania”.⁵¹

Assim, onde o objeto de tutela é a pessoa, esta será o ponto de interesse protegido. Por este motivo, a tutela da pessoa não pode ser fracionada em interesses isolados, mas vista de forma unitária, por seu fundamento ser justamente a unidade do valor envolvido: a pessoa. Logo, a personalidade não deve ser compreendida como um direito, mas sim como o valor fundamental do sistema jurídico, e com isso todas as relações existenciais que se revelam exigem tutela. Como consequência, o mais correto seria considerar uma cláusula geral de tutela da personalidade⁵², dado que “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”.⁵³

Na dimensão do tempo, a história dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais se confunde com a evolução da própria emancipação humana na afirmação da sua dignidade nas declarações de direitos humanos.⁵⁴ Os direitos da personalidade, como espécie

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJ: 10/05/2012. STJ, 2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=14828610&tipo=51&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=PDF&salvar=false> Acesso em 30 ago. 2020, p. 6.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJ: 10/05/2012. STJ, 2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=14828610&tipo=51&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=PDF&salvar=false> Acesso em 30 ago. 2020, p. 7-8.

⁵² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 154-156.

⁵³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 156

⁵⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 62.

do gênero direitos fundamentais, são entendidos como os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade. Migrados da Constituição para o direito civil infraconstitucional, porquanto ambientados nas relações privadas, os direitos da personalidade concretizam no âmbito civil a dignidade da pessoa humana.⁵⁵

No entanto, conquanto a vida, o nome, a privacidade, a honra, a imagem e a indisponibilidade do próprio corpo (salvo exceções), sejam direitos inerentes à pessoa, não se pode considerar como taxativo o rol de direitos da personalidade previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, X, e no Capítulo III do Código Civil, porque não esgotam todas as situações aptas à tutela jurídica da personalidade, sem as quais ela não se revela por inteiro.

O que se defende, na dicção de Gustavo Tepedino, é uma tutela da pessoa humana que exige “instrumentos de promoção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado”⁵⁶, que somente é alcançável por meio de uma cláusula geral de tutela.

Esse argumento do valor fundamental da personalidade humana serviu inclusive de inspiração para o Conselho da Justiça Federal (CJF) quando da edição do Enunciado nº 274:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (original não destacado).

É dizer, o rol do Código Civil de direitos da personalidade é não taxativo, sendo apenas uma das expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana que se origina na Constituição, em seu art. 1º, III, de onde se extrai o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal alcance só se demonstrou possível por meio da metodologia Civil Constitucional que se destaca por uma hermenêutica que eleva os fundamentos do Direito Civil ao plano constitucional.⁵⁷

Sob este ângulo, advém desta cláusula geral, como fundamento de todo o ordenamento, a pessoa concretamente situada e titular do direito ao desenvolvimento, à autodeterminação e ao autogoverno, ou seja, àquilo que a possibilita realizar toda a capacidade de ser e devir e o direito de subscrever a própria história. Indispensáveis à realização deste autogoverno, alguns

⁵⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 60.

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 46.

⁵⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 21.

valores são merecedores de uma tutela jurídica especial, tal como o direito à vida e à integridade física e psíquica, e são qualificados como direitos especiais de personalidade.⁵⁸

E, uma vez que o cuidado é essencial para a realização da pessoa e de suas potencialidades, sendo indispensável para uma vida digna e para sua perpetuidade, bem como para o desenvolvimento das habilidades parentais, observa-se aí o seu inegável valor jurídico. Defende-se, pois, que este se revela como um direito especial da personalidade, estando ínsito na cláusula geral de tutela da pessoa humana com fundamento no livre desenvolvimento da personalidade, tanto na perspectiva do agente, que pratica o verbo cuidar, quanto de quem é cuidado, o destinatário, que o recebe como atributo. Dado o corte epistemológico adotado, por ser esta pesquisa dirigida aos cuidados infantis nas relações paterno-filiais, assume-se que tal direito de cuidar e ser cuidado está incorporado ao patrimônio jurídico dos que exercem a parentalidade, assim como, na perspectiva das crianças que o recebem, respectivamente.

Tal compreensão acompanha as transformações sociais que se movimentaram rumo à promoção do valor personalidade e que culminou com a Carta Cidadã, que impôs que a família fosse redimensionada, tornando-se uma família democrática,⁵⁹ que garante igualdade – e por isso, liberdade – associada à solidariedade, porquanto voltada para a realização existencial e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.⁶⁰

É dizer, na ordem constitucional de 1988, a valoração da família é instrumental, como comunidade concebida para a realização da pessoa humana e de sua dignidade, sendo objeto de proteção apenas na medida em que “se constitua em um núcleo intermediário de autonomia existencial e de desenvolvimento da personalidade dos filhos, com a promoção isonômica e democrática da dignidade de seus integrantes na solidariedade constitucional”.⁶¹

Esta perspectiva reforça a interpretação do cuidado como um direito especial da personalidade, porque ele promove a dignidade humana ao preservar a existência e o seu pleno desenvolvimento, sem embargo de ter seu valor jurídico revelado por outros fundamentos. Por refletir os valores que inspiram e orientam a comunidade, o Direito imprime no sistema jurídico

⁵⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada**. Direito UNIFACS-Debate Virtual. n. 216, 2018, p. 2 e 7. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/54303>. Acesso em 13 ago. 2021.

⁵⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada**. Direito UNIFACS-Debate Virtual. n. 216, 2018, p. 2. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/54303>. Acesso em 13 ago. 2021.

⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao art. 226. In: J. J. Gomes Canotilho, Gilmar F. Mendes, Ingo W. Sarlet, Lenio L. Streck (coords.), **Comentários à Constituição do Brasil**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, pp. 2.217-2.218.

⁶¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família**. Fundamentos do Direito Civil. Vol. 6. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13.

aqueles dados axiológicos que o orientam, definindo os princípios que fundamentam as suas instituições, e é com base neles que se realiza a atividade reveladora dantes mencionada. É com base nas aspirações que norteiam o tribunal da consciência, que se extrai a norma que torna específico um dado princípio que vincula o sistema jurídico.

O entendimento se coaduna com o próprio mecanismo de expansão dos direitos fundamentais previsto no art. 5, §2º, da CF, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sob o ponto de vista do Direito, o cuidado também é expressão particularizada do princípio da solidariedade e dele recebe força de forma subjacente.⁶² Desde o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, já se absorve que o ideal de sociedade almejada pela nova ordem é a fraterna, sendo que o valor solidariedade dela decorrente se destaca pelo abandono de uma visão individualista do homem para dar lugar a um olhar que enxerga a proteção do grupo em que está envolvido. Com efeito, a Carta Magna inclusive elevou a solidariedade a princípio jurídico, sendo no artigo 3º, I, que se localiza a sua previsão geral.

Franz Wieacker insere a solidariedade como o *pathos* da sociedade hodierna, entendida como a responsabilidade pela existência social de cada um dos membros da sociedade, que se espera de toda a sociedade e de cada um dos seus outros membros, e não somente dos poderes públicos. Assim, no moderno Estado Social, o direito privado é concebido a partir de um universo composto por conjuntos de liberdades e de limitações à liberdade, seja pela liberdade de outros particulares⁶³ ou “pelos reflexos da solidariedade social nas relações intersubjetivas entre os sujeitos de direito”.⁶⁴

Para Ana Paula de Barcelos, a solidariedade é mais facilmente subentendida na família, nas comunidades culturais ou religiosas, em pequenas cidades etc., ou seja, em grupos socialmente coesos e relativamente pequenos, podendo ser verificada em práticas de mútua ajuda. Apesar de não considerar a ação solidária como um dever jurídico propriamente dito, nem que a sua recompensa seja condição necessária, o elemento que estimula a prática da

⁶² LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Família. Vol. 5. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 29

⁶³ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 718-719.

⁶⁴ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 720.

solidariedade é a reciprocidade, pois a própria natureza desses grupos é de um vínculo recíproco que tanto se defende quanto se protege.⁶⁵

De outra banda, Paulo Lôbo explica a solidariedade como sendo uma categoria ética e moral que foi migrada para o mundo jurídico e que, pela tomada de consciência da interdependência social, cresceu em importância⁶⁶, tendo por significado “um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras”.⁶⁷ Para o autor, além da solidariedade social, cogitam-se outras expressões de solidariedade: a internacional, a religiosa, a afetiva e a familiar, que surge espontaneamente, como sentimento nas relações sociais. Como princípio jurídico, a solidariedade converte em valores esses sentimentos, impondo direitos e deveres que são exigíveis nas relações interindividuais.⁶⁸

Também esse é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem o princípio da solidariedade inaugura direitos de solidariedade que se encontram “atrelados à ideia de direitos-deveres, de modo a reestruturar e reconstruir o tratamento normativo dispensado aos deveres fundamentais em face dos direitos fundamentais”.⁶⁹ E esta concepção da solidariedade e sua relação com o cuidado se aproxima muito dos rumos desta investigação, que advém justamente da constatação de que há duas dimensões do cuidado, a primeira se refere ao direito de ser cuidado, que guarda como corolário o dever de cuidado; e há também a sua segunda dimensão, que se refere ao direito de cuidar, cuja titularidade deve ser assegurada aos que exercem a parentalidade. Não obstante essa reflexão, o cerne da discussão é apurar em que condições uma pessoa pode ser, a um só tempo, titular do direito de cuidar e destinatário do dever de cuidado, à luz da solidariedade e da igualdade constitucional nas relações paterno-materno-filiais.

Nas relações familiares, a solidariedade vincula os integrantes no propósito da vida em comum, e quanto a elas, o princípio também é revelado no texto constitucional pela redação

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. p. 147.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 30.

⁶⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 30.

⁶⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 30.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, p. 315.

dos artigos 226⁷⁰, 227⁷¹ e 230⁷² da Carta Magna, que, respectivamente, tratam dos direitos e deveres na entidade familiar, da proteção da criança, do adolescente e das pessoas idosas.

Os cuidados consubstanciados em deveres decorrentes da solidariedade familiar, também se manifestam desde a concepção, consoante regulamentado pela Lei nº 11.804/2008, que dispõe sobre os alimentos gravídicos. Por conseguinte, considerando-se a primeira dimensão do dever de cuidado com a prole, percebe-se ser uma constante desde antes mesmo do nascimento, perpetuando-se, em regra, até a maioridade.

Mas não só. Essa solidariedade familiar não vincula o cuidado como dever apenas aos que foram indicados nos artigos destacados. Em que pese se tratar de uma discussão que ultrapassa os lindes da presente investigação, por se relacionar com a primeira dimensão do cuidado, é importante não se olvidar da sua relação com a vulnerabilidade. Como bem anota Heloisa Helena Barboza, o conceito de vulnerabilidade não deve ser limitado a um determinado grupo ou faixa etária. Convém que seja apresentado sob aspectos múltiplos, sejam econômicos, sociais ou existenciais, pois, da etimologia da palavra, extrai-se o sentido de que qualquer ser vivo pode ser vulnerado diante de situações contingenciais, não sendo uma desventura apenas dos que foram textualmente resguardados pelo legislador.⁷³

Esse discernimento é perfilhado por Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochardo Teixeira, para quem a convivência e o cuidado recíproco nas relações familiares devem ser vistos como “instrumentos para diminuir as vulnerabilidades e promover o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas que, por alguma razão, encontram-se em situação de vulnerabilidade, provisória ou definitiva.”⁷⁴

Este registro ganha relevo na pretensão de demonstrar que não se pretende valorizar os cuidados infantis em detrimento das demais formas de manifestação de cuidado, mas tão somente aprofundar o seu estudo para revelar e prestigiar, também, outros titulares desse direito,

⁷⁰ Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:
(...)

§3º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁷¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁷² Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁷³ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. *In*: Guilherme de Oliveira; Tania da Silva Pereira (Coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

⁷⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 18

que são frequentemente esquecidos nas relações paterno-materno-filiais em razão do foco na proteção integral da criança.

Logo, os cuidados com a população infanto juvenil seriam gradualmente devidos, proporcionalmente à ausência de discernimento do menor, por compreenderem a fase de desenvolvimento da pessoa que carece de proteção, e cuja personalidade, a *ratio* justificadora dos institutos da autoridade parental e da tutela, necessita de promoção tendente a resguardar a sua integridade psicofísica e a formação da sua personalidade.⁷⁵

O princípio da solidariedade e o da igualdade, fundamentos desta pesquisa juntamente com o princípio da liberdade, são entendidos por Pietro Perlingieri como instrumento e resultado da dignidade social do cidadão⁷⁶, que “confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes”.⁷⁷

Nesté viés, a par da solidariedade, acredita-se, inclusive, que a segunda dimensão do cuidado, o direito de cuidar da prole, cuja defesa nesta pesquisa se demonstra a mais desafiadora, revela-se possível com fundamento na autodeterminação inerente ao princípio da dignidade humana, pelo qual se tutelam as liberdades existenciais no âmbito da família e na parentalidade responsável, de modo que cada um dos componentes possa ter condições de se autodeterminar de forma livre e responsável, como adiante se verá de forma mais detida.

Encontra-se como justificativa para o posicionamento a própria evolução do tratamento jurídico das famílias, por meio da qual se consolidou a compreensão de que, na intimidade do recesso familiar, impera a necessidade de se assegurar a liberdade nas escolhas existenciais, para possibilitar o desenvolvimento pleno da personalidade de seus integrantes, protegendo a sua autonomia, ao assegurar um espaço de decisão pessoal em questões íntimas.⁷⁸

Assim, a tutela da vida privada existencial visa possibilitar construir livremente e de forma plena o projeto de vida comum, protegendo-a de qualquer tipo de interferências externas, a fim de possibilitar que a personalidade de cada um dos membros da entidade familiar seja

⁷⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 18

⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 37.

⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 37.

⁷⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família**. Fundamentos do Direito Civil. Vol. 6. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 15.

desenvolvida livremente, resguardando-se a participação dos componentes da família na comunidade de forma autônoma.⁷⁹

É, portanto, a partir da lógica constitucional, que a enxerga como o espaço mais importante de convivência entre gerações, que a família tem um compromisso com o desenvolvimento não só das crianças, como também dos adultos em formação. E por tal motivo, a dignidade dos outros membros também deve ser igualmente correspondida, não em uma perspectiva exclusiva entre os direitos, mas ao revés, inclusiva, em que pela convivência as relações familiares alcancem a finalidade pela qual são protegidas: o espaço destinado ao pleno desenvolvimento da existência humana.

Compreendido, pois, o estudo do valor do cuidado na dogmática jurídica, as linhas que se seguem têm o propósito de aprofundar o seu estudo nas relações paterno-materno-filiais, inicialmente na sua primeira dimensão, revelando o seu sentido mais frequentemente entendido, como um dever dos pais e mães e correspondente direito dos filhos, para que se possa em seguida mergulhar em sua segunda dimensão, menos aparente, o direito de cuidar da prole, cuja titularidade é oposta, porém complementar e simultânea à antecedente, como adiante se verá.

2.3 A TUTELA DA CRIANÇA NA DIMENSÃO DO TEMPO

Compreendido que o valor jurídico do cuidado deriva da sua consequência direta na formação da personalidade humana, convém avaliar como a sua tutela, na perspectiva dos cuidados infantis, evoluiu na dimensão do tempo.

Principia-se pela constatação de que “essa compreensão da especificidade da infância e da necessidade de estabelecer regras para tutelá-la é relativamente recente na história do Ocidente”⁸⁰, pois foi estimulada pelos avanços que a psicologia, a pedagogia, a medicina e as ciências jurídicas alcançaram no século XX. É imperioso, pois, remar para as origens da atenção com as crianças que, no âmbito internacional, só entrou na agenda dos países com o fim da Segunda Guerra Mundial, diante da necessidade de prestar assistência às inúmeras

⁷⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família**. Fundamentos do Direito Civil. Vol. 6. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 15.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016.p. 5.

crianças que se tornaram órfãs, ou ficaram separadas dos pais. Com este propósito, relevantes declarações e convenções internacionais voltadas à tutela da infância foram produzidas.⁸¹

Em 1948, a Declaração dos Direitos Humanos foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reconhecendo em 30 (trinta) artigos os direitos humanos considerados mais básicos e, dentre outros, destacou-se pelo pioneirismo de anunciar em seu artigo 25.2, que “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”⁸².

Esse reconhecimento inspirou a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959)⁸³ que elegeu o primado do superior interesse da criança, ao definir em seu Princípio 6º que amor e compreensão são necessários para um completo e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade e que as crianças devem, sempre que possível, ser criadas por seus pais, a quem cabem os cuidados e a sua responsabilidade. Caso tal não seja possível, que ao menos seja criada em um ambiente de afeto e de segurança moral e material.

E este é, inclusive, fundamento da Convenção Sobre os Direitos da Criança (1989)⁸⁴, cujo preâmbulo reconhece o avanço significativo alcançado pelo valor da liberdade, dignidade e igualdade, dentre outros, como direitos de todos os membros da família humana, destacando que a infância demanda que sejam assegurados direitos, cuidados e assistência especiais. O seu artigo 3º orienta ainda que toda a atuação relativa à criança considere, primordialmente, o melhor interesse que lhe assiste. Este também deve ser o compromisso de todos os Estados Partes da Convenção, em orientar suas ações a fim de assegurar sempre à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, sem olvidar dos direitos e deveres dos pais, ou na ausência destes, a quem for legalmente atribuída a sua responsabilidade.

Em caso de maus tratos e negligência parental, de acordo com a Convenção Sobre os Direitos da Criança, os Estados Partes têm o compromisso de afastar o menor dos pais para fazer cessar o perigo e o dano, impedindo qualquer contato direto se assim se demonstrar mais adequado ao melhor interesse da criança. No artigo 18, o aludido acordo ainda destaca que aos

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016.p. 5.

⁸² NAÇÕES Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> Acesso em 15 jul 2020.

⁸³ NAÇÕES Unidas. **Declaração dos Direitos da Criança**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html> Acesso em 15 jul 2020.

⁸⁴ NAÇÕES Unidas. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em 15 jul 2020.

Estados Partes incumbe o dever de envidar esforços para assegurar que ambos os pais têm obrigações comuns em relação ao desenvolvimento da criança e à educação, sendo que sua preocupação fundamental deve ser em garantir o melhor interesse dos filhos, o valor fundamental que deverá nortear, inclusive o sistema de adoção.

Cumpra observar que a Convenção sobre os Direitos da Criança optou, em referência à doutrina da proteção integral, pelo princípio do melhor ou maior interesse da criança (*best interest of the child*), que evoluiu em sua historicidade a partir das experiências do Reino Unido e da França, países que, de modo especial, destacaram-se pelo interesse e por terem influenciado de forma generalizada o tratamento dispensado por suas antigas colônias⁸⁵.

Pela tradição anglo-saxã, o instituto do *parens patriae* ou *parent of the country* é uma reminiscência da Idade Média, mais precisamente do reinado de Edward I (1272 d. C. -1307 d. C.), e consistia em uma competência atribuída à Coroa de interferir no núcleo familiar para proteger de algum mal ou dano as pessoas que eram incapazes de agir em seu próprio nome em razão do reconhecido estado de vulnerabilidade, como assim eram entendidas as crianças, os intelectualmente deficientes desde o nascimento e os loucos⁸⁶.

A falta de consenso sobre o que constituiria risco, fez com crianças fossem forçosamente movidas de suas casas não por terem famílias abusivas, mas porque o senso comum da época confundia pobreza e falta de recursos com a exposição ao risco. Não por acaso, havia uma maior proporção de interferência da Coroa em famílias pobres e, frequentemente, monoparentais⁸⁷. Aliado a isso, essa responsabilidade nem sempre era direcionada à proteção e educação da criança, pois de forma indevida a Coroa explorava essa prerrogativa como uma fonte de renda.⁸⁸

No Reino Unido, até o século XX, o direito consuetudinário reproduzia o menosprezo que a sociedade e as famílias dispensavam às crianças, que não tinham qualquer proteção legal para serem adequadamente providas. Em uma civilização tão centrada na figura do patriarca,

⁸⁵ Sem tradução: *The emergence of the best interests principle in international law is largely due to the fact that it has long been a central feature in Family law at the national level in various countries. Although in particular the United States might well warrant careful study, the approaches adopted in the United Kingdom and France are especially relevant both because of their intrinsic interest and their pervasive influence in the approach adopted within their former colonies. Thus, before looking in the international law, we will consider its Evolution in the law of these two countries.* ALSTON, Philip WALSH-GILMOUR Bridget. *Innocenti Studies*. UNICEF, 1996. Disponível em: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/is_best_interest_eng.pdf> Acesso em 13 set. 2020. p. 3.

⁸⁶ BRERETON, Paul. L. G. **The Origins and Evolution of The Parens Patriae Jurisdiction** Disponível em: https://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Speeches/2017%20Speeches/Brereton_050517.pdf Acesso em 13 jan 2021, p. 1-3.

⁸⁷ BAL, Rajan. **The Perils of “Parens Patriae”**. Georgetown Journal on Poverty and Policy. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/poverty-journal/blog/the-perils-of-parens-patriae/> Acesso em 13 jan 2021.

⁸⁸ BRERETON, Paul. L. G. **The Origins and Evolution of The Parens Patriae Jurisdiction** Disponível em: https://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Speeches/2017%20Speeches/Brereton_050517.pdf Acesso em 13 jan 2021, p. 1

até mesmo as leis que existiam para, supostamente, beneficiar as crianças, serviam, em verdade, aos interesses dos chefes de família. Este cenário só começou a dar lugar à uma legislação mais simpática aos direitos dos infantes quando a equidade passou a ser utilizada a despeito do *common law*.⁸⁹

Inicialmente, contudo, esse movimento não alcançou o apelo esperado, vez que, por costume da tradição jurídica, inevitavelmente, acabava cedendo lugar ao que representasse um bem social melhor (*great social good*) na ponderação de princípios. No entanto, com o decurso do seu desenvolvimento, já no primeiro quarto do século XX, o princípio do melhor interesse da criança passou a ser considerado de forma primordial⁹⁰ nas disputas judiciais pela custódia dos filhos, com o rigor de ser julgado superior ao interesse do pai ou da mãe.⁹¹

Em razão do processo de colonização sofrido, o instituto do *parens patriae* também foi absorvido pelo direito norteamericano, tendo inspirado a *Tender Years Doctrine*⁹², teoria calcada no melhor interesse da criança, desenvolvida a partir do julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks* pela Corte da Pensilvânia em 1813⁹³, e incorporada por mais de cem anos como fundamento das decisões nos processos que envolviam disputa judicial pela guarda dos filhos ao término de relacionamento conjugal⁹⁴.

⁸⁹ ALSTON, Philip WALSH-GILMOUR Bridget. *Innocenti Studies*. UNICEF, 1996. Disponível em: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/is_best_interest_eng.pdf> Acesso em 13 set. 2020. p.3.

⁹⁰ ALSTON, Philip WALSH-GILMOUR Bridget. *Innocenti Studies*. UNICEF, 1996. Disponível em: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/is_best_interest_eng.pdf> Acesso em 13 set. 2020. p.3.

⁹¹ Sem tradução: *Where in any proceedings before any court (...) the custody or upbringing of an infant, or the administration of any property belonging to or held on trust for an infant, or the application of the income thereof, is in question, the court, in deciding that question, shall regard the welfare of the infant as the first and paramount consideration, and shall not take into consideration whether from any other point of view the claim of the father, or any right at common law possessed by the father, in respect of such custody, upbringing, administration or application is superior to that of the mother, or the claim of the mother is superior to that of the father.* PARLIAMENT. **Judgment - Guardianship Infants Act, 1925.** Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060726/child-2.htm> Acesso em 12 set. 2020

⁹² A *Tender Years Doctrine* é uma teoria que se desenvolveu, inicialmente, amparada na presunção de que os vínculos entre as crianças e suas mães é maior do que com seus pais nos primeiros anos de vida (assim entendidos os primeiros quatro anos de idade), motivo pelo qual, com fundamento no melhor interesse da criança, defendia-se que os filhos deveriam permanecer com a mãe em caso de dissolução da relação conjugal. No original: *This doctrine, based upon the presumption that the child's best interests ordinarily would be served by granting custody to the natural mother of a child of tender years, was developed to ease the task of resolving emotionally charged and factually complex custody cases." The so-called tender years presumption could be overcome by presenting compelling contrary evidence such as moral deficiency on the part of the mother, abandonment of the child," or severe neglect and abuse.* BERTIN, Emanuel A.; KLEIN, Vanessa A. *Pennsylvania's Developing Child Custody Law*. 25 Vill. L. Rev. 752 (1980), p. 753. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/229116961.pdf> Acesso em: 13 jan 2021.

⁹³ No original: *In 1983, in deciding on the custodial placement of two children, aged 6 and 10, the supreme court of Pennsylvania articulated the tender age doctrine. The court declared "it appears to us, that considering their tender age, they stand in need of that kind of assistance, which can be afforded by none so well as a mother"*(*Commonwealth v. Addicks*, 1983). GOULD, Jonathan W.; MARTINDALE, David A. **The Art and Science of Child Custody Evaluations**. New York: Guilford Press, 2009, p. 34.

⁹⁴ Esta teoria foi bastante criticada ao longo do século XX por não se basear em um direito material da mãe, mas sim em estereótipos de papéis de gênero que feriam o princípio da igualdade, tendo sido substituída pela doutrina

Na França⁹⁵, por sua vez, até o século XIX não existia, de forma propriamente dita, este compromisso legal com o resguardo da criança. Mas, com o Código de Napoleão de 1804, a lei passou a admitir exceção na atribuição da guarda em caso de divórcio. Enquanto a regra era de, primariamente, atribuir-se a guarda ao cônjuge inocente, tal escolha deveria avaliar se o outro consorte, ou até mesmo um terceiro, poderia demonstrar melhores condições de cuidar na perspectiva do que fosse mais vantajoso para a criança.⁹⁶

Tendo influenciado codificações ao redor do mundo, o diploma privado francês, também inspirou o primeiro Código Civil brasileiro, instituído pela Lei nº 3.071/1916, que, a despeito de ter destinado um pequeno capítulo próprio para a proteção dos filhos em caso de dissolução da sociedade conjugal,⁹⁷ foi bastante tímido em abordar o melhor interesse da criança enquanto valor, preferindo orientar pelo critério da conveniência dos filhos.

do melhor interesse da criança, sendo a guarda compartilhada o novo padrão nas decisões judiciais. No original: *Most courts in the U.S. took up the doctrine as at that time (19th to 20th century). The tender years doctrine in child custody cases was incorporated in the United States for over a hundred years, with most states in the region recognizing it as legislation. However, by the latter part of the 20th century, most courts and legislatures had started to reverse decisions and repeal any laws that regarded the doctrine as legislation placing it in favor of gender-neutral factors. The doctrine was gradually replaced (in the legislation of the majority of the states) by a new child custody law known as the best interests of the child doctrine. (...)Co-parenting and shared custody arrangements are now the norms for preventing the affected children from growing up with one parent's influence (this tends to produce more well-adjusted children. BAYSINGER. **The Tender Years Doctrine: Origin, History, Modern Usage and Criticism**. Disponível em: <https://baysingerlaw.com/2018/02/tender-years-doctrine-origin-history-modern-usage-criticism/>. Acesso em 13 jan. 2021.*

⁹⁵ ALSTON, Philip WALSH-GILMOUR Bridget. *Innocenti Studies*. UNICEF, 1996. Disponível em: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/is_best_interest_eng.pdf> Acesso em 13 set. 2020, p. 4.

⁹⁶ No original: *302 Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille, ou du commissaire du Gouvernement, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.*

303 Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

304 La dissolution du mariage par le divorce admis en justice, ne privera les enfants nés de ce mariage, d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois, ou par les conventions matrimoniales de leurs père que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce." FRANÇA. **Code civil des Français: édition originale et seule officielle. - A Paris, de l'Imprimerie de la République, An XII 1804**. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-lpt06.pdf>> Acesso em 12 set. 2020. p. 75-76

⁹⁷ Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os conjugues acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente.

§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

Art. 327. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.

Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só conjugue, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro.

Art. 328. No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 326 e 327.

Art. 329. A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito a ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trate convenientemente (art. 248, n. I, e 393).

Esse acanhamento na construção da “proteção” da infância ainda se perpetuou no Brasil ao longo de quase toda década de 1920 em relação ao menor abandonado, assim considerado tanto pela ausência dos pais quanto pela incapacidade da família de oferecer condições apropriadas de vida à sua prole. Uma política de institucionalização foi desenvolvida com o escopo de manter a ordem urbana e a segurança pública por meio da retirada de crianças carentes das ruas, que eram encaminhadas para internação compulsória. Tais iniciativas, contudo, não tinham por objetivo o desenvolvimento saudável da criança desvalida, mas se destinava ao controle social de uma população considerada como perigosa ⁹⁸.

Somente em 1927, alcançou-se avanços na proteção das crianças com a edição do Decreto nº 17.943-A, que consolidou as leis de Assistência e Proteção aos Menores, ao definir a maioridade penal que ainda vigora, além de expressar que o menor de 18 anos, independente do sexo, se abandonado ou delinquente, seria submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção previstas naquele Código.⁹⁹

Tal diploma introduziu em nosso ordenamento a correlação entre o dever de cuidado e a proteção da infância ao conceituar o menor abandonado como aquele que, dentre outros motivos, devido à crueldade, abuso de autoridade, negligência ou exploração dos pais, tutor ou encarregado de sua guarda, fossem privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde. Bem assim, reconheceu como causa de suspensão do pátrio poder, o pai ou mãe que coloque a saúde do filho em perigo seja por maus tratos ou privação de alimentos ou, ainda, de cuidados indispensáveis.

Posteriormente, como membro fundador das Nações Unidas, ao participar dos processos de tomada de decisão, o Brasil recepcionou a doutrina da proteção integral das crianças ao ratificar todos os instrumentos internacionais citados, além de ser signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, que possuem contribuições importantes para a temática estudada.

Anos mais tarde, o Decreto nº 17.943-A foi revogado pela Lei nº 6.697/1979, que instituiu o Código de Menores e se aproximou da doutrina da proteção integral da criança ao orientar em seu art. 5º que “Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016, p. 5.

⁹⁹ Art. 1º O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.

sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”. Contudo, talvez por refletir o conservadorismo do governo ditatorial da época, não se observa qualquer dispositivo que aluda aos cuidados indispensáveis dantes expressados na norma revogada, e, também por isso, não houve avanço em relação à questão terminológica, pois ainda utilizava o estigma “menor”.

Foi, no entanto, com a nova ordem jurídica instaurada no Brasil em 1988, que se introduziu textualmente o estatuto jurídico da proteção integral da criança na Constituição Federal, que nasceu influenciada pelos direitos declarados no pós-Segunda Guerra Mundial, pelo modelo político do *Welfare State* e inspirada pela valorização da dignidade humana e pelos padrões internacionais de proteção à infância.

Esse dever legal, que reconhece os infantes como sujeitos de direitos, carecedores de proteção e cuidados especiais, é expresso em um sistema de proteção integral da criança desde a concepção, sendo que o constituinte brasileiro¹⁰⁰ recepcionou este compromisso na amplitude e na abrangência previstas pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, por meio da seguinte redação do texto constitucional:

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

Pela análise do artigo 227, para cada um dos direitos da criança e do adolescente que foram nele enunciados e que devem ser assegurados com absoluta prioridade, há um compromisso calcado no princípio da solidariedade, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado a obrigação comum de tutelar a vida, a saúde, à nutrição e educação, assim como o lazer,

¹⁰⁰ “(...) no art 4º, que trata do direito da criança e esse direito foi considerado na amplitude e na abrangência que consta na Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pelas Nações Unidas, quando diz que a criança tem direito à proteção do Estado e da sociedade, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, origem, nascimento, ou qualquer outra condição, quer sua, quer de sua família. Então, esse é um princípio geral que está na Declaração Universal dos Direitos da Criança e que a Subcomissão achou por bem declarar e especificar no texto constitucional. O § 1º trata de alguns direitos fundamentais, e aqui aparece o direito à vida, à saúde e à alimentação, que é assegurado desde a concepção, devendo o Estado prestar assistência àqueles cujos pais não tenham condições de fazê-lo. Naturalmente que o que de maior importância brota desse texto é o direito que a criança tem, desde a sua concepção, possibilitando a ação do Estado ou induzindo o Estado a praticar ações de proteção à criança, principalmente para aquelas cujas famílias não tenham condição material de fazê-lo, no que diz respeito à saúde, à alimentação, à vida ou seja, estabelecer-se aqui princípios gerais para programas de proteção à maternidade, de proteção à gestante, proteção à criança em formação”. BRASIL. Deputado Eraldo Tinoco na Ata da Reunião do dia 01.06.1987 da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte da Assembleia Nacional Constituinte da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 56-57.

a cultura e a profissionalização, respeitando a sua dignidade e liberdade, e tutelando o direito de convivência familiar e comunitária.

Tal norma representa o princípio do melhor interesse da criança, e é o fundamento jurídico dos cuidados infano-juvenis. A cada um desses direitos há um correspondente corolário como dever de cuidado que é dirigido aos seus destinatários – família, sociedade e Estado – com o propósito de proteger os titulares contra qualquer manifestação de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O escopo da proteção integral, tal como redigida, é garantir uma hiperdignificação da vida da criança, do adolescente e do jovem, para além do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, simbolizada pela completa e indisponível tutela, não se consubstanciando como um dever social apenas do Estado e da família, mas um compromisso estendido à toda a sociedade. Trata-se, em linhas gerais, de uma maximização da proteção com absoluta prioridade, um *plus* que se justifica na condição peculiar de desenvolvimento de uma pessoa, ainda na fase de amadurecimento.¹⁰¹

Além do princípio do melhor interesse da criança assentado, como visto, no art. 227 da Constituição Federal, a Carta Magna também apresenta outras normas de direito da infância em que se expressa a doutrina da proteção integral e do dever de cuidado, como, por exemplo, o art. 229, quando alude que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (...)”. De acordo com os ensinamentos do civilista Caio Mário da Silva Pereira, este princípio deve ser reconhecido como o pilar fundamental do Direito de Família brasileiro.¹⁰² Esta investigação, contudo, não compreende o art. 229 com tantos méritos, pois ele não deve ser entendido taxativamente, pois seu texto reducionista é genérico e mesquinho se comparado à pluralidade de direitos inculcados no art. 227. Ao compactar os deveres parentais, reduziu-se os correspondentes direitos dos filhos, o que não se coaduna com o princípio do melhor interesse da criança e da dignidade humana, além de ofender o desenvolvimento da personalidade dos filhos, composta por todos os “direitos subjetivos que não tenham objeto econômico e sejam inerentes e essenciais à realização da pessoa, especialmente nas relações privadas”.¹⁰³

Em cumprimento à agenda instituída pelo Constituinte no aludido art. 227, no mesmo ano em que o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, foi criado o Estatuto

¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do adolescente comentado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 4.

¹⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família** – vol. V, revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 67.

¹⁰³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 62.

da Criança e do Adolescente (ECA) pela Lei 8.069/90 que assegura a proteção integral e os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana a todos a quem a norma se propõe proteger, sem distinção, facultando-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nesse sentido, relativos ao dever de cuidado e a quem se destinam os compromissos previstos, destaca-se o artigo 4º do ECA, que possui redação muito próxima a do art. 227 do texto constitucional e que em seu parágrafo único expressa a garantia de prioridade de proteção e socorro em qualquer circunstância, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação de políticas sociais públicas e destinação privilegiada do uso de recursos públicos em ações relacionadas à proteção da infância e da juventude.

Bem assim, merece relevo o artigo 6º que orienta a interpretação do ECA com base nos fins sociais a que a lei se destina, e nos direitos e deveres fundamentais, sempre favorecendo a criança, o adolescente e o jovem, pela especial condição de pessoa em desenvolvimento, que necessita ser criado e educado, preferencialmente, no seio da própria família, ou em família substituta, nos termos do art. 19, devendo ser assegurada a convivência familiar e comunitária em um ambiente que proporcione o seu desenvolvimento integral.

O art. 22 a seu turno, reproduz de certa forma o art. 229 da Carta Magna, exemplificando alguns deveres parentais, como de sustento, de guarda e de educação dos filhos menores, mas inova em sua mais recente modificação por prever no bojo do seu parágrafo primeiro as duas dimensões do cuidado, como dever de cuidado e como direito de cuidar, de forma igualitária e compartilhada, da prole. Para não tornar o texto repetitivo, este dispositivo será melhor examinado nos tópicos seguintes. E, por fim, na redação do art. 23, o Estatuto impede que haja suspensão ou perda do poder familiar por motivo de falta ou privação de recursos materiais, de modo a resguardar o direito das famílias mais carentes.

Pode-se dizer, em resumo, que o Estatuto da Criança e do Adolescente é um microsistema aberto de regras e princípios, e, na busca de regulamentar e dar efetividade à norma constitucional, fundamenta-se em um conceito tripartite básico de que: *i*) criança e adolescente são sujeitos de direito; *ii*) estão sujeitos a uma legislação especial por serem considerados como pessoas que estão em condição peculiar de desenvolvimento; e, *iii*) deve existir uma prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais.¹⁰⁴

¹⁰⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral** in Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos / Andréa Rodrigues Amin...[et al.] ; coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 61.

Em que pese a evolução legislativa narrada, o tema também precisava ser atualizado na codificação civil, não obstante a orientação constitucional de interpretação conforme para garantir a unidade do ordenamento hodierno. O esforço em conformar tudo o que não fora revogado no Código de 1916 com a nova ordem jurídica instaurada se mostrou insuficiente e, aliado à evolução da própria sociedade, demandou que o processo de codificação, por décadas em tramitação, fosse finalmente concluído.

É dizer, enquanto o antigo Código Civil fora guiado pelo ideário oitocentista burguês, marcado por uma ideologia patrimonialista e individualista que suprimiu a referência à função social dos institutos que regulou, bem como a antigos valores solidários, como a justiça material, a boa-fé objetiva, a equidade e a proteção de vulneráveis¹⁰⁵, a sociedade contemporânea à Constituição de 1988, a quem ainda se aplicava por não ter sido integralmente revogado, estava longe de ser conservadora como aquela predominantemente rural e senhorial dos idos de 1916.

Com a nova codificação civil instituída pela lei nº 10.406/2002, nota-se um indeclinável avanço em relação ao diploma anterior. Sua parte geral é marcada por uma ênfase na repersonalização das relações civis e em uma tutela concreta da pessoa humana¹⁰⁶, que se espria até o direito de família e às relações paterno-filiais.

Sobre os cuidados com os filhos, sublinha-se no CC de 2002 o art. 1.566 (*caput* e IV), que versa sobre os deveres de ambos os cônjuges com a guarda e a educação dos filhos e todo um capítulo centrado na proteção da pessoa dos filhos, com especial destaque para os arts. 1.583, 1.584 e 1.632, que versam sobre a guarda compartilhada e a unilateral dos filhos, indicando como ficam os deveres de cuidado dos pais em ambas as modalidades, e enaltecem o resguardo do direito de convivência entre pais e filhos. Também merece destaque o art. 1.634 que dispõe sobre o poder familiar quanto à direção da criação e educação dos filhos; exercício da guarda, dentre suas modalidades; consentimento para casamento dos filhos menores; autorização para viajar ao exterior e mudar de residência permanente para outro município, exigir o dever de obediência e respeito dos filhos; reclamar de quem os tenha ilegalmente, nomear tutor em testamento ou instrumento similar, caso o outro pai ou mãe, com quem divida a parentalidade, não o sobreviver, ou sobrevivendo não tenha condições de exercer a guarda e, por fim, o poder de representação e assistência dos filhos, judicial ou extrajudicialmente.

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 39.

¹⁰⁶ PERLINGERI, Pietro. *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, n. 31, jul/set, 2007, p. 75-83, apud LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 45.

Por fim, no ano de 2016, ao princípio do melhor interesse da criança, somou-se o reforço da Lei 13.257, também conhecida como o Marco Legal da Primeira Infância, que dispõe sobre as políticas públicas destinadas às crianças de até 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida.

A motivação do legislador ao propor o projeto de lei do Marco Legal da Primeira Infância era prestigiar a importância que os primeiros anos de vida desempenham na formação humana, “seja na constituição do sujeito, seja na construção das estruturas afetivas, sociais e cognitivas que dão sustentação a toda a vida posterior da pessoa e fazem uma infância mais saudável e feliz”.¹⁰⁷

O autor do projeto de lei, Deputado Osmar Terra, fez uma ponderação relevante e que merece ser reproduzida:

O avanço da neurociência na pesquisa sobre a formação do cérebro e a aprendizagem corrobora e expande o conhecimento que outras ciências – psicologia, pedagogia, psicanálise, medicina, sociologia da infância, nutrição, entre outras - já haviam revelado sobre a importância dos primeiros anos de vida. Há coincidência entre as várias ciências de que a primeira infância é a idade crucial para um começo sólido e para expandir as possibilidades de desenvolvimento humano. Esse período da vida vem ganhando, por isso, destaque no mundo inteiro, como tempo estratégico na formação da pessoa cidadã, e estratégico, igualmente, para o desenvolvimento social e econômico de um país.¹⁰⁸

Em sua origem, o Marco Legal da Primeira Infância sofreu influência do Plano de Ação de Dakar do ano 2000, que foi aprovado pela Conferência sobre Educação para Todos, coordenada pela UNESCO. Com base nas evidências observadas na década de 1990, o compromisso enfatiza a importância da boa qualidade dos programas de cuidados e educação na primeira infância e seu impacto positivo sobre a sobrevivência, o crescimento, o desenvolvimento e o potencial de aprendizagem da criança.¹⁰⁹ Bem assim, outro documento internacional, “Um Mundo para as Crianças”, aprovado em maio de 2002 na 27ª Sessão Especial da Assembleia das Nações Unidas, do qual o Brasil é signatário, também foi referenciado com destaque, tendo como um dos princípios e objetivos cuidar das crianças.¹¹⁰

¹⁰⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.998/2013**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1214724&filename=PL+6998/2013, p. 9. Acesso em 07 jan 2021.

¹⁰⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.998/2013**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1214724&filename=PL+6998/2013, p. 9. Acesso em 07 jan 2021.

¹⁰⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.998/2013**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1214724&filename=PL+6998/2013, p. 15. Acesso em 07 jan 2021.

¹¹⁰ UNICEF. Um mundo para as crianças. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/sites/unicef.org/brazil/files/2019-09/um_mundo_para_as_crianças.pdf, p. 15. Acesso em 07 jan 2021.

O Marco da Primeira Infância promove um reforço na proteção integral da criança ao fortalecer o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária; permitindo que participem da elaboração das políticas e ações que lhe serão dirigidas com o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã por meio do respaldo de profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil; respeitando-se em todo caso a individualidade e os ritmos de desenvolvimento de cada criança; valorizando a diversidade tão peculiar da infância brasileira, com crianças em contextos sociais e culturais diversos, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança, dentre outras orientações que se coadunam e complementam com o que já determina o ECA.

O referido diploma legal ainda contribui ao compelir o Estado brasileiro a estabelecer ações, investimentos e políticas públicas que sejam direcionados a promover todos os direitos previstos no art. 227 do texto constitucional de forma prioritária, bem como a reatualizar as políticas e programas governamentais de apoio às famílias, incluindo as visitas domiciliares e os programas de promoção da paternidade e maternidade responsáveis.

Bem assim, representa um verdadeiro marco ao enumerar formas de participação da sociedade no dever de solidariedade inculcado no art. 227 da Constituição, que indicou como destinatários comuns da proteção integral da criança, além da família e do Estado, também a sociedade.

Neste aspecto, ganha relevo para este estudo, dada a finalidade propositiva atribuída, o inciso IV do art. 12, que convida toda a sociedade a desenvolver programas, projetos e ações compreendidos no conceito de responsabilidade social e de investimento social privado. Por derradeiro, percebe-se ter sido evidenciado pelo novo regramento a importância do direito à convivência familiar e ao papel protetivo da família no exercício da sua função de cuidados, como sendo também uma das áreas que merecem atenção prioritária nas políticas públicas voltadas à primeira infância.

Porquanto obrigação legal não expressa, a complexidade do direito ao cuidado, que poderia parecer pouco evidente em uma interpretação reducionista, ganha contornos constitucionais mediante a análise sistemática da fundamentação jurídica do cuidado à luz da Magna Carta. Essa digressão normativa é necessária para revelar a sua densidade na doutrina da proteção integral, que o coloca como cerne do princípio do melhor interesse da criança. Não há melhor definição do que o entender como um direito fundamental diante da sua

essencialidade para a existência e sobrevivência da criança, bem como para o desenvolvimento da sua personalidade, o que é indispensável para a tutela da dignidade da pessoa humana em formação, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A partir desta compreensão, por viabilizar a plena existência humana, o direito ao cuidado é inegavelmente um direito fundamental e, como tal, assegurado constitucionalmente no âmbito público. Por consequência, pela força normativa da Constituição, para a plena defesa do melhor interesse da criança nas relações privadas, esse direito também precisa ser interpretado como implicitamente compreendido como um direito da personalidade, como ventilado no tópico anterior.

Marginalizados pela codificação anterior, mas previstos no Capítulo II do Código Civil de 2002, os direitos da personalidade¹¹¹ são os direitos não patrimoniais que compõem um núcleo essencial inerente à pessoa humana, e demandam ser objeto de tutela no âmbito civil como espécie do gênero direitos fundamentais.¹¹²

Conquanto tenha sido promulgado mais de uma década depois da Constituição de 1988, e por isso a presunção de que com ela estivesse em conformidade para a unidade do sistema jurídico, é bom destacar que, apesar da aprovação do novo Código Civil, o complexo trabalho do intérprete não se demonstrou exaurido, pois a nova codificação não traduziu uma uniformidade política e ideológica em razão do longo tempo de tramitação do seu projeto que, entre a instalação da comissão e a sanção presidencial, durou trinta e dois anos¹¹³.

Neste contexto, para possibilitar uma unidade interpretativa, desenvolveu-se a hermenêutica da constitucionalização do Direito Civil como uma metodologia que possibilita que o Código Civil seja interpretado conforme à Constituição¹¹⁴. E não poderia ser diferente, já que o engessamento do Direito Civil começa a ruir com o fim do reinado secular de dogmas¹¹⁵, tornando-se “gradualmente liberto dos alicerces que antes sustentavam, com ares de perenidade, o absolutismo da dicotomia entre ambiência pública e privada”.¹¹⁶

¹¹¹ No mesmo sentido, “Os chamados ‘direitos da personalidade’ representam uma das formas de proteção da pessoa humana no Direito Privado. Sem embargo, a personalização deste ramo do Direito está longe de esgotar-se na tutela de direitos da personalidade, pontualmente tipificados em textos legislativos infraconstitucionais, como ocorreu no novo Código Civil brasileiro, que tratou da matéria nos seus artigos 11 a 21. Na verdade, figurando, por imperativo constitucional, no centro do Direito Privado, a tutela da personalidade se projeta por todos os seus campos, remodelando seus institutos e conformando-os aos valores sociais acolhidos pela Lei Maior”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, *E-book*, p.121.

¹¹² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 147.

¹¹³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 42.

¹¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 52.

¹¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 1.

¹¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 1

Ao discorrer sobre o fenômeno do neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, leciona que é por meio do princípio da Dignidade da Pessoa Humana que há um reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, e por meio do qual se “promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito”.¹¹⁷

De acordo com Paulo Lôbo, “essa operação hermenêutica de reenvio ao princípio assegura a plena aplicabilidade dos direitos da personalidade”¹¹⁸, de modo que, em suas palavras:

A norma de direito civil, clara ou não, deve ser interpretada, segundo Pietro Perlingieri, em conformidade com os princípios e valores do ordenamento, resultando em um procedimento argumentativo não apenas lógico, mas axiológico, inspirado no princípio da dignidade humana, como prioritário no confronto com os interesses do Estado e do mercado.¹¹⁹

E essa lógica da “constitucionalização” aplicada às relações familiares norteia o uso desta metodologia na presente investigação como marco teórico, pois favorece o estudo da fundamentalidade do cuidado e da sua essencialidade para a existência humana, que se faz possível diante da superação do padrão hierarquizado da antiga codificação civil, também conhecida como a “lei das desigualdades” da família, inestimável para a plenificação da dignidade humana e da igualdade em sede constitucional.

Pode-se dizer, portanto, que a constitucionalização do Direito Civil ganha relevo no presente estudo porque o princípio do melhor interesse da criança reclama o desenvolvimento de uma hermenêutica protetiva da criança que alargue os contornos da sua proteção integral, o que é plenamente possível em razão do primado da dignidade humana e da cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º¹²⁰ da Magna Carta, e se favorece com a influência do princípio da igualdade nas relações familiares e no livre desenvolvimento da personalidade de outros membros, como se estudará a seguir.

2.4 AS DIMENSÕES DO CUIDADO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Como visto nas linhas anteriores, o diploma legal cujo texto trata expressamente sobre o cuidado, na perspectiva das relações parentais, foi a Lei nº 13.257/2016, conhecida como o

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 12.

¹¹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 62.

¹¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 53

¹²⁰ Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Marco Legal da Primeira Infância, que estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, como definido em seu art. 1º.

Muito embora voltada para a primeira infância, considerada esta como sendo o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos de vida, ou 72 (setenta e dois) meses, os benefícios dos cuidados parentais dispensados ressoam por toda a existência da criança, atravessando a vida adulta e até mesmo as próximas gerações.

Alterando diversos diplomas legais, o art. 26 da aludida lei acresceu, dentre outros dispositivos, um parágrafo único ao art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Original não destacado)

Pela norma em apreço, o valor do cuidado na perspectiva parental é revelado em suas duas dimensões, como direito, e como dever e responsabilidade compartilhada, enquanto indissolúvelmente associado à igualdade, um dos pilares da família democrática idealizada pela Constituição.

Interessante observar que o texto legal retratado vincula uma oposição à família tradicional, um modelo triplamente desigual em que aos homens é atribuído mais valor que às mulheres, em que pais têm maior importância que os próprios filhos, e em que os heterossexuais possuem mais direitos que os homossexuais¹²¹; na família democrática “não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia, e onde se busca pôr em prática o *slogan* outrora revolucionário: igualdade, liberdade e solidariedade”¹²², fundamento desta investigação.

É importante recordar que o termo democracia significa igualdade, tanto social quanto civil, como também a rejeição de qualquer preconceito e qualquer forma de discriminação. Da mesma sorte, alude à liberdade, no sentido de decidir a trajetória da própria vida e, bem assim,

¹²¹ No original: *En effet, historiquement, la famille classique est triplement inégalitaire: les hommes l'emportent sur les femmes, les parentes sur les enfants, les hétérosexuels sur les homosexuels.* DE SINGLY, François. **Famille démocratique ou individus tyranniques**, in *Libération*, 27 juillet 2004. Disponível em https://www.liberation.fr/tribune/2004/07/27/famille-democratique-ou-individus-tyranniques_487591/ Acesso em 01 ago. 2021.

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf> Acesso em 01.08.2021 Acesso em 01 ago 2021, p. 4.

de direito de protagonizar um papel ao forjar o destino comum. Acomoda, ainda, as noções de diversidade cultural e de pluralismo, enlaçando de forma solidária os membros de grupos distintos que, mesmo com perspectivas e estilos de vida diversos, são interligados na direção da coexistência pacífica e de uma integração respeitosa.¹²³

Emprestando as palavras de Luciana Suárez Grzybowski, Maria Celina Bodin de Moraes observa que a democracia aplicada aos relacionamentos familiares enseja responsabilidade compartilhada pelo cuidado dos filhos, “especialmente maior partilha entre mulheres e homens, na medida em que, na sociedade atual, as mães arcam com parcela desproporcional dos custos, embora desfrutem de parcela também desproporcional das recompensas emocionais dos filhos”.¹²⁴

Embora se tenha feito alusão ao relacionamento familiar estabelecido entre homem e mulher, convém elucidar desde já que a partilha das responsabilidades do casal deve existir em qualquer uma das estruturas familiares que coexistem em sua pluralidade no modelo democrático de família. É bom destacar, também, que nenhuma tem preferência ou legitimidade superior sobre as outras formas, porquanto todas apresentam o mesmo potencial para desenvolver as funções que são intrínsecas à família, a saber: a solidariedade, a mútua assistência entre os membros, o cuidado e a educação das crianças.¹²⁵

Não obstante a análise do cuidado já realizada, seja na previsão legal ora estudada, na dogmática jurídica e nos princípios que fundamenta e por meio dos quais é fundamentado, como dantes visto, a jurisprudência dos tribunais superiores têm se debruçado sobre o cuidado e o seu valor jurídico, e suas decisões têm muito a contribuir com os rumos desta investigação.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o cuidado tem sido discutido com frequência nos processos que versam sobre pedidos de indenização por abandono afetivo. Em que pese não haver um consenso na 2ª seção daquela Corte, destinada ao julgamento das matérias de direito privado, vez que a 3ª e 4ª turmas do STJ divergem entre si quanto ao cabimento da compensação pleiteada pela falta de afeto parental, compreende-se que as decisões possuem importantes contributos para a temática em estudo. A relevância dos julgados reside, não na

¹²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf> Acesso em 01.08.2021 Acesso em 01 ago 2021, p. 4.

¹²⁴ Luciana Suárez Grzybowski, Famílias Monoparentais, in A. Wagner (org.), Família em Cena, Petrópolis: Ed. Vozes, 2002, p. 39 e ss. apud MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf> Acesso em 01.08.2021 Acesso em 01 ago 2021, p. 6.

¹²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf> Acesso em 01.08.2021 Acesso em 01 ago 2021, p. 15.

concordância com qualquer dos posicionamentos neles esposados, mas nas balizas do dever de cuidado que neles foram construídas, uma mínima e outra mais ampliativa.

Não obstante, antes de adentrar na análise de alguns julgados, adverte-se que esta pesquisa não pretende abordar o cuidado nas relações paterno-materno-filiais sob o ponto de vista da afetividade, pois se defende que o cuidado, enquanto valor jurídico, tem toda condição de existir de forma autônoma do afeto, não devendo ter sua existência condicionada a ele e nem ser com ele confundido. Ainda que o cuidado possa complementar o conceito de afeto e ainda que, por meio do cuidado, possam se estabelecer relações de afeto como aquelas que vinculam a parentalidade socioafetiva, mesmo assim, há de se reconhecer que o cuidado é um valor independente. Desta forma, não se afirma nem se nega a coerência do resultado útil dos julgados cuja análise se convida a fazer, por outro lado, convoca-se a perquirir a precisão da compreensão do conceito jurídico do cuidado pelos Tribunais Superiores.

Iniciando-se pela *ratio decidendi* do acórdão do Recurso Especial (REsp) nº 1.579.021/RS¹²⁶, julgado por maioria dos votos dos Ministros da 4ª Turma¹²⁷, entende-se que o cuidado compreende tanto a assistência material quanto emocional, ao contrário do que defende aquele colegiado que na pretensão de diferenciar o dever de cuidado de um dever de afeto, acabou limitando o primeiro. Nas palavras da Relatora, a Ministra Maria Isabel Gallotti, o “dever de cuidado estabelecido em lei diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. A

¹²⁶ O acórdão restou assim ementado: “CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. (...) 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma. 4. (...) Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.579.021/RS**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. DJ: 29/11/2017. STJ, 2017. Disponível em <
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017> Acesso em 25 set. 2021.

¹²⁷ Convém destacar que no referido julgado houve divergência com o voto da relatora, apesar de, ainda assim, ter sido negado provimento ao recurso especial tal como opinado pela relatora, não por idênticos fundamentos, mas sim por ter acolhido a prejudicial de mérito da prescrição suscitada pelo recorrido. Em oposição à Ministra Maria Isabel Gallotti, foi dito pelo Ministro Marco Buzzi que: “E, exceto impossibilidade devidamente justificada, criar e educar, como está expresso na lei, exige mais do que exclusivamente aportar recursos financeiros, uma vez que a conjugação dos aludidos verbos traduz o zelo, a preocupação com a educação, o crescimento em condições saudáveis, a atenção indispensável a que o ser em formação esteja ao menos resguardado ante os perigos e riscos tão correntes nessa fase da vida (os abusos, os vícios, os aliciamentos, etc). Também não se diga que esse nível de cuidado, zelo, atenção se confunde com a obrigação de amar, pois o Estado, as instituições e a própria sociedade como um todo, quando compreendidas como entidades voltadas ao propósito de educar e amparar o indivíduo em formação não cogitam de amor, mas de dever de sempre fazer o melhor possível”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.579.021/RS**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. DJ: 29/11/2017. STJ, 2017. Disponível em <
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017> Acesso em 25 set. 2021, p. 32.

convivência familiar é garantida pela Constituição, dentro das circunstâncias de cada família, como um ideal”.¹²⁸

Em seu voto, ainda relatou o mesmo posicionamento adotado por aquela Turma em julgados anteriores, REsp nº 757.411/MG e REsp nº 514.350/SP, e seguiu diminuindo o dever de cuidado para o fazer caber em seus argumentos, reduzindo-o como obrigação de prestar alimentos, guarda, educação e sustento.¹²⁹

Com a máxima vênua, olvidou a Ministra Maria Isabel Gallotti da 4ª Turma do STJ que o art. 227 da Constituição dispõe sobre a amplitude da proteção integral, não sendo possível ao Judiciário limitar os deveres de cuidado que deve atender a cada um dos direitos que o dispositivo visa assegurar: a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, a liberdade e a convivência familiar e comunitária; como também representa dever de cuidado a proteção contra a negligência, a discriminação, a exploração, a violência, a crueldade e a opressão.

Não se deve esquecer, de igual modo, que do conceito do cuidado, como já estudado no tópico anterior, deve necessariamente abranger a atenção, o tratamento ou ocupação com atenção séria e comprometida, destinados a realizar algo corretamente em proveito de alguém ou, ainda, com o intuito de lhe evitar danos ou riscos.

As objeções não se prestam a refutar a conclusão do julgado, pois não é esse o objeto de estudo desta investigação, mas em verdade visa demonstrar que os contornos feitos no cuidado naqueles autos alijaram os deveres parentais que, em decorrência, reprime os direitos das crianças, notadamente ao diminuir a importância do direito-dever de convivência familiar, implícito ao cuidado.

As críticas podem ser melhor apreendidas com base na seguinte reflexão: tome-se como exemplo o papel de um cuidador, que não seja naturalmente o responsável por uma determinada criança, nem divida com ela laços familiares. Imagine-se que em razão do trabalho como colaborador doméstico ou babá, o cuidador tenha recebido o compromisso de cuidar de um

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.579.021/RS**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. DJ: 29/11/2017. STJ, 2017. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017> Acesso em 25 set. 2021, p. 19.

¹²⁹ Em suas palavras, a Ministra sintetiza o que entende por repercussões ao malcuidado: “No plano material, a obrigação jurídica dos pais consiste na prestação de alimentos. No caso de descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.579.021/RS**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. DJ: 29/11/2017. STJ, 2017. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017> Acesso em 25 set. 2021, p. 16.

bebê. Se o bebê chora, seja por um desconforto físico ou mera irritação, a presença do cuidador se faz necessária e o afago e o conforto emocional oferecidos são manifestação do cuidado em sua primeira dimensão. Dentre os compromissos recebidos em razão da sua atividade profissional, o cuidador precisa desempenhar a atenção, a presença e a companhia, que são muito mais que a simples guarda, pois ao confortar o bebê que chora, o cuidador vai mais além do que a própria vigília.

Rememore-se que uma base segura para a criança é estabelecida como resultado dos cuidados que lhes são dispensados, de acordo com Edward Bowlby, e esta segurança é imprescindível para a construção da autoestima da criança e para a formação da sua personalidade. Assim, atenção, companhia e conforto, físico e emocional, também compõem o cuidado na perspectiva da proteção integral da criança e na promoção da sua dignidade, sendo antijurídica qualquer pretensão mesquinha que imponha limites aos cuidados a que tem direito.

Se é possível absorver a amplitude do dever de cuidado na perspectiva de alguém que recebe a obrigação de cuidado sem compartilhar laços familiares com a criança, quiçá em relação aos que exercem a sua parentalidade, para quem se pronuncia o dever de convivência e acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

Em sentido diverso da 4ª Turma da Corte Superior, por sua vez, a 3ª Turma recentemente se debruçou sobre a reparação por abandono afetivo ao julgar o Recurso Especial (REsp) nº 1.887.697/RJ¹³⁰, tendo sido mais uma vez aplicado sua posição anteriormente adotada quando do julgamento do REsp nº 1.159.242/SP¹³¹, cuja relatoria também coube à Ministra Fátima

¹³⁰ O acórdão foi assim ementado: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E PERDA DO PODER FAMILIAR. DEVER DE ASSISTÊNCIA MATERIAL E PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DA CRIANÇA QUE NÃO EXLUEM A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS. PRESSUPOSTOS. AÇÃO OU OMISSÃO RELEVANTE QUE REPRESENTA VIOLAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO. EXISTÊNCIA DO DANO MATERIAL OU MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS NA HIPÓTESE. CONDENAÇÃO A REPARAR DANOS MORAIS. CUSTEIO DE SESSÕES DE PSICOTERAPIA. DANO MATERIAL OBJETO DE TRANSAÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO NESTA AÇÃO. 1. (...) 5- O dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, de modo que, se de sua inobservância, resultarem traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.887.697/RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 23/09/2021. STJ, 2021. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902906798&dt_publicacao=23/09/2021> Acesso em 25 set. 2021.

¹³¹ O acórdão do Superior Tribunal de Justiça foi assim ementado: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. (...) 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas

Nancy Andrighi, parte de uma visão mais ampliada do dever de cuidado e mais consentânea com o valor jurídico do cuidado, que muito se assemelha ao entendimento construído nesta investigação.

Na primeira oportunidade em que tratou sobre o tema, há quase dez anos, a relatora Ministra Fátima Nancy Andrighi já ponderava que o objetivo primário do cuidado seria resguardar a integridade do menor, e que, configurado o malcuidado recebido pelos filhos, indenizações ou compensações seriam possíveis como forma de ofertar a criação e educação que lhes foi negada.¹³²

Aqui cabe um esclarecimento antes de mergulhar na análise do julgado. Discorrer sobre a responsabilidade civil dos que exercem a parentalidade descuidadosamente não é, em absoluto, o objeto desta pesquisa. Invocam-se os fundamentos do julgado, tão somente, para que a visão nele construída sobre o cuidado seja um reforço no desenvolvimento deste assunto na presente investigação. Com efeito, o tema da reparação civil por abandono afetivo é desafiador, intrigante, divide opiniões, e, por si só, tem fôlego para ser objeto de uma dissertação. Mas não é, repise-se, o foco deste estudo. Roga-se, pois, que o leitor atente para o corte epistemológico do estudo e não perca tal propósito de vista durante esta leitura.

Pois bem. Pontuou-se no julgamento do REsp 1.159.242/SP, ao se perquirir sobre a repercussão do cuidado na formação dos filhos, que sua percepção está calcada juridicamente como obrigação assumida pelos pais em relação à sua prole, tanto pela concepção quanto pela adoção, sendo o valor jurídico do cuidado realçado por ser condição indispensável para a formação da personalidade do infante e por impactar a higidez psicológica do futuro adulto.¹³³

com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. (...). 7. Recurso especial parcialmente provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 10/05/2012. STJ, 2012. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=14828610&tipo=51&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em 30 ago. 2020.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 10/05/2012. STJ, 2012. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=14828610&tipo=51&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em 30 ago. 2020, p. 4.

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 10/05/2012. STJ, 2012. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=14828610&tipo=51&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em 30 ago. 2020, p. 6.

De forma indireta, o voto da relatora ainda resgatou os entendimentos filosóficos já abordados, quando acentuou o cuidado como “expressão humanizadora” tal qual preconizado por Vera Regina Waldow¹³⁴, mormente ao reproduzir que o ser humano necessita cuidar de outro “ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar os obstáculos e dificuldades da vida humana”.¹³⁵

Sedimentou-se, assim, a compreensão que habitava o senso comum sobre a importância do desvelo e da atenção à prole, trazendo para o Direito o reconhecimento do cuidado, seu protagonismo e a sua essencialidade na criação, na formação e na integridade física e psicológica do infante para que possa se tornar um adulto consciente, ajustado à vida em sociedade e ao exercício da cidadania de forma responsável.¹³⁶ É bom destacar que até mesmo a divergência jurisprudencial inaugurada pelo Ministro Massami Uyeda ao ser contrário à indenização pleiteada, não foi de encontro a esta interpretação atribuída ao dever de cuidado.

Naquele julgado, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça aplicou a compreensão do cuidado como obrigação legal, por se coadunar com os contornos da proteção constitucional à criança, ao adolescente e ao jovem de qualquer forma de negligência, tal qual estabelecido na parte final do art. 227 da Magna Carta. Assim, um núcleo mínimo de cuidados parentais precisaria ser identificado a partir de elementos objetivos para viabilizar a sua verificação e a comprovação de seu cumprimento, de modo a garantir aos filhos ao menos condições básicas e adequadas de afetividade, que viabilizem sua formação psicológica e habilidade social.¹³⁷

Do acórdão fez-se o reconhecimento jurisprudencial da compreensão que lastreia esta pesquisa: há na parentalidade responsável também o valor do cuidado expresso em sua primeira dimensão, como o dever de cuidar, que é uma imposição biológica e legal, e se afigura como corolário da liberdade de gerar ou adotar filhos.¹³⁸

¹³⁴ Doutora em enfermagem e autora de diversos artigos e obras como: “Cuidar: expressão humanizadora da enfermagem”, “O cuidado na saúde”, “Cuidado humano o resgate necessário”, dentre outras.

¹³⁵ Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 10/05/2012. STJ, 2012. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=14828610&tipo=51&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em 30 ago. 2020, p. 7-8.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 10/05/2012. STJ, 2012. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=14828610&tipo=51&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em 30 ago. 2020, p. 8-9

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 10/05/2012. STJ, 2012. Disponível em

Destaque-se que este é, inclusive, o mesmo raciocínio de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que vislumbra que é subjacente ao exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação os deveres gerados junto com a nova vida humana – a criança, que enquanto pessoa em condição especial de desenvolvimento deve ter priorizado o seu bem-estar psíquico, físico, e espiritual, bem como, reconhecidos e assegurados todos os direitos fundamentais que detém. Daí porque o dever de cuidar complementa o valor da parentalidade responsável nas relações paterno-materno-filiais.¹³⁹

No acórdão foram estabelecidas, também, balizas importantes ao aproximar a afetividade do dever de cuidado, ao incluí-lo dentro de seu núcleo mínimo, e não o contrário. O acórdão revelou a preocupação da Corte Superior em não associar à construção das razões de decidir ao argumento do amor, ou da ausência deste sentimento no caso tratado naqueles autos.

Na pretensão de conferir maior objetividade e juridicidade à fundamentação construída, percebe-se que o STJ optou por diferenciar o amor do cuidado e da afetividade, afastando-o da análise da ofensa ao dever legal. Nesse sentido, observe-se o excerto a seguir:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.¹⁴⁰ (Grifos originais)

E a razão desta preocupação da Corte Superior ressoa do costume do direito republicano e laico de não lidar de forma direta com sentimentos para tratar a todos igualmente. Elegendo, assim, condutas verificáveis para normatizar.¹⁴¹

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=14828610&tipo=51&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em 30 ago. 2020, p. 9.

¹³⁹ Ainda nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “Ao direito individual da mulher de exercer sua sexualidade e optar pela maternidade se contrapõem as responsabilidades individual e social que ela assume ao se tornar mãe. Da mesma forma, e com bastante peculiaridade em relação ao homem: ao direito individual que lhe é assegurado de exercer sua sexualidade e optar pela paternidade se opõem as responsabilidades individual e social que ele encampa na sua esfera jurídica ao se tornar pai”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável *in* **Revista de Direito Privado**: RDPriv, vol. 5, nº 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2004, p. 30.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 10/05/2012. STJ, 2012. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=14828610&tipo=51&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em 30 ago. 2020, p. 9

¹⁴¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 84.

Na concepção de Ricardo Calderon o STJ agiu com acerto em relacionar cuidado como uma das expressões da afetividade - que possui maior amplitude, bem como na elaboração da distinção com o amor, pois, para fins jurídicos, faz-se necessário estabelecer uma forma objetiva na análise do cuidado, para que tal realidade possa ser apreendida pelo Direito¹⁴². Para o autor, o subjetivismo que é inerente ao amor, o impede de ser “tratado de forma direta como categoria jurídica, em face das suas estreitas vias atualmente concebidas, visto que o Direito atual ainda exige, para sua fundamentação e aplicação, um mínimo de objetividade”.¹⁴³

Retratar o posicionamento do autor trás relevo à discussão a fim de tornar claro que o cuidado faz parte da definição de afeto, e não o inverso. Esta distinção é de suprema importância para esta pesquisa pois é imperioso que a definição de cuidado se apegue a ações objetivas e não ao subjetivismo que envolve a afetividade, ainda que do exercício do cuidado possam decorrer vínculos emocionais recíprocos. De fato, a lei não pode obrigar ninguém a ter um determinado sentimento, mas o dever de cuidado, que demanda uma pluralidade de condutas em benefício dos filhos, este é inafastável.

Neste sentido, citando os ensinamentos de Leonardo Boff¹⁴⁴, Rolf Madaleno discorre que dentre os inescusáveis deveres de cuidados parentais figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, cuja ausência afeta a higidez psíquica do descendente. A interação do convívio e entrosamento entre pais e filhos é, pois, o maior sentido da parentalidade¹⁴⁵. Ainda nas palavras do autor, os pais devem envidar esforços “para o desenvolvimento de todas as faculdades físicas, morais e intelectuais de seus filhos, de modo a que logrem alcançar com o auxílio dos genitores a plenitude de sua formação, tornando-se pessoas úteis e independentes”.¹⁴⁶

Mesmo que de forma indireta, também acompanhou esta lógica a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre os contornos da obrigação legal de cuidar nas relações paterno-filiais ao apreciar o Recurso Extraordinário (RE) nº 898060-SC¹⁴⁷ com repercussão geral reconhecida (tema 622), cuja relatoria coube ao Ministro Luiz Fux.

¹⁴² CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 177

¹⁴³ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 177.

¹⁴⁴ O autor invoca a mesma passagem de Leonardo Boff que se introduziu na nota de rodapé 16, a qual se convida a leitura caso seja necessário refrescar a lembrança.

¹⁴⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 407.

¹⁴⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 409.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial: RE nº 898060– SC**. Relator: Luiz Fux. DJ: 21/09/2016. STJ, 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>> Acesso em 31 ago. 2020

No referido julgado, que discutia a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica, o voto da Ministra Cármen Lúcia, a favor da tese fixada, também menciona o dever de cuidado no exercício responsável da parentalidade ao ponderar que: “amor não se impõe, mas cuidado sim, e esse cuidado me parece ser do quadro de direitos que são assegurados, especialmente no caso de paternidade e de maternidade responsável.”¹⁴⁸

Para a Ministra, o Direito estrutura categorias como a da paternidade responsável porque, mais do que o direito à felicidade, o afeto – enquanto conforto do aconchego humano, seria o principal objetivo de vida, e o único dado que realmente parece dar segurança ao ser humano.¹⁴⁹

Neste sentido, Edward Bowlby, psicanalista britânico que se destacou pelo desenvolvimento da teoria do apego, elucida que para a criança uma base segura é estabelecida pelo apego como resultado dos cuidados que lhes são dispensados. E essa segurança é essencial para o seu crescimento, vez que a torna mais confiante e mais competente quanto mais seguro for o relacionamento com ambos os pais.¹⁵⁰ Por conseguinte, um lar estável em que ambos os pais dedicam um bom tempo para seus filhos produzirão adolescentes e jovens saudáveis,

¹⁴⁸ Em seu voto, a Ministra argumentou ainda: “E também eu louvo os votos tanto do ministro Luiz Fux, tanto do voto do Ministro Fachin de modo especial, que foram os dois que expuseram com mais largueza os argumentos, e o que foi agora enfatizado também de uma forma muito especial pelo Ministro Celso de Melo, para dizer que, o que foi dito aqui, me parece pelo Ministro Dias Toffoli, de que amor não se impõe, mas cuidado sim, cuidar daquele por quem nós somos responsáveis impõe-se, e esse cuidado, esse desvelo, me parece, ser do quadro de direitos que são assegurados especialmente em casos de paternidade e de maternidade responsável, não se fala de maternidade por causa de uma condição especial da nossa cultura ocidental de que a mãe, na verdade ou maternidade, e a referência aqui não é apenas ao homem, é a qualquer um dos pais, e isso é importante que se diga. E também concordo inteiramente, e acho que ninguém discordaria, que o que a gente busca na vida, que o Ministro, nosso decano, Ministro Celso de Mello, reafirma muito esse direito à busca da felicidade, é que o que a gente busca na vida, mais do que a felicidade me parecer ser até o afeto, não é Ministro? A gente quer ter o conforto de um aconchego humano para ter a ilusão, pelo menos, de alguma segurança, e o único dado da vida que parece dar segurança realmente é o afeto que é isso que se busca em todas as relações e que neste caso leva o Direito a trabalhar com categorias como a da paternidade responsável, como, mas eu não desconheço por isso, o que foi enfatizado tanto no voto do Ministro Luiz Fux quanto do Ministro Fachin sobre a importância dessa paternidade socioafetiva, porque alguém cuidou com afeto, cuidou muito mais e foi muito mais pai, às vezes, do que este outro, que no entanto, o que estamos decidindo aqui, não é por um ou por outro, mas pelos deveres decorrentes de uma paternidade responsável. Eu acho que, ficou muito claro que, a soma desses dois dados, no caso em que haja, tenha havido como no caso, um pai que estabeleceu esta relação de afeto, e que foi pai de todo coração, com este outro, que agora é buscado por outros deveres, que são jurídicos e que são necessários do ponto de vista desta filha, não são excludentes, mas a opção por negar provimento o que o Tribunal reconheceu exatamente esta obrigação jurídico-constitucional, me parece realmente que não pode ser desfeita”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico (2/2)**. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vMgMQ0DdVbE>>. Acesso em 06 set. 2020. 2:01:48

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico (2/2)**. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vMgMQ0DdVbE>>. Acesso em 06 set. 2020. 2:01:48

¹⁵⁰ No original: *Children with a secure relationship to both parentes were the most confident and the most competent; children who had a secure relationship to neither were least so; and those with a secure relationship to one parent but not to the other came in between*. BOWLBY, John. *A Secure Base – Clinical Applications of Attachment Theory*. New York: Routledge Classics, 2012. Versão E-book, posição 371-378.

felizes e autossuficientes.¹⁵¹ O cuidado pelas crianças significa, então, um papel social indispensável, pois o exercício de uma paternidade/maternidade bem sucedida se configura na principal chave para a saúde mental da próxima geração.¹⁵²

Para entender como o cuidado se exterioriza nos vínculos de parentalidade-filiação, o ponto essencial é compreender que os pais o evidenciam por meio de atitudes e ações concretas com seus filhos, não só relacionadas ao conforto físico e mental – segurança, higiene do ambiente e do corpo, apoio emocional e espiritual; mas, também, com um envolvimento verdadeiro, demonstrado por meio da preocupação, da aceitação, do amor, da proteção, da paciência, do auxílio e do compartilhar.¹⁵³

Como desdobramento do direito ao cuidado, descortinar-se-á adiante o direito fundamental de cuidar que assiste a ambos os ascendentes, mediante o abandono da compreensão de uma regulação diferenciada dos papéis familiares, que se fazia congruente com o modelo patriarcal e matrimonializado, mas não se sustenta com a repercussão do princípio da igualdade nas relações conjugais e paterno-materno-filiais.

¹⁵¹ Sem tradução: *Study after study, including those pioneered in Chicago by Grinker (1962) and continued by Offer (1969), attest that healthy, happy, and selfreliant adolescents and young adults are the products of stable homes in which both parentes give a great deal of time and attention to the children.* Ibid, Versão E-book, posição 238.

¹⁵² No original: *Futhermore, because successful parenting is a principal key to the mental health of the next generation, we need to know all we can both about its nature and abou the manifold social and psychological conditions that influence its development for better or worse.* Ibid, Versão E-book, posição 231.

¹⁵³ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Cuidado e responsabilidade.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 93.

3 LICENÇA PARA CUIDAR

3.1 A SEGUNDA DIMENSÃO DO CUIDADO E O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO PARENTAL

Superada a revisão normativa da imprescindibilidade do cuidado na criação infantil e da sua elevação constitucional como direito da criança – e na perspectiva da doutrina da proteção integral, como um dever da família, da sociedade e do Estado, alcança-se uma etapa importante no estudo da importância dos cuidados humanos, em que se convida dividir a compreensão do direito de cuidar como um direito fundamental dos pais, e da sua repercussão tanto no desenvolvimento da personalidade destes cuidadores quanto de seus filhos.

Tal entendimento se ampara no fato de que “o projeto parental, que se encontra assentado na noção de família é um dos pilares fundamentais do Direito Civil”¹⁵⁴ e na ideia de que “todo ser humano, desde sua infância, precisa receber e dar afeto para se tornar integral”¹⁵⁵.

A ambivalência da infância – no sentido presente e futuro – vincula o cuidado com a valorização da vida presente da criança, visando o seu desenvolvimento rumo à plenificação do projeto de existência humana¹⁵⁶. Mas, simultaneamente, este cuidado também gera uma consequência importante que transcende à criança que o recebe, e que, por vezes, sequer é notada em razão do foco da análise recair, de forma absoluta, na priorização da infância. Este efeito a que se refere, e que é frequentemente eclipsado em uma ponderação com o melhor interesse da criança, é o impacto do ato de cuidar na plenificação do projeto de existência humana de outras pessoas: os pais.

Talvez esse negacionismo decorra das alterações havidas no Direito de Família com o advento da CF/1988 e pelas diretrizes principiológicas do ECA, em que criança e adolescente receberam uma atenção especial, reconhecidas como pessoas em desenvolvimento, em fase de construção de sua personalidade e dignidade. Com a remodelação jurídica e a substituição do antigo pátrio poder¹⁵⁷ pelo poder familiar, que ocorreu graças ao investimento normativo

¹⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 31.

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família** – vol. V, revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 67.

¹⁵⁶ REDE. Plano Nacional da Primeira Infância. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Crianca_adolescente_IX/plano%20nacional%20da%20primeira%20infancia%202010.pdf Acesso em 09 jan 2021. p. 15.

¹⁵⁷ Sobre a compreensão do antigo pátrio poder: “A viragem copernicana da assunção de deveres fundamentais em face da criança resulta de seu reconhecimento como sujeito de direitos próprio. A responsabilidade com sua formação integral, em respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento, é muito recente na história da humanidade. A concepção então existente de pátrio poder era de submissão do filho aos desígnios quase ilimitados do pai; a criança era tida mais como objeto de cuidado e correção do que como sujeito próprio de direitos. Fora da família, a criança era tida como menor em condição irregular. No Brasil, a viragem, decorrente da difusão

assegurado à infância e à juventude, alterou-se também a relação entre a carga de deveres e a de poderes atribuído aos pais.¹⁵⁸

Nessa nova terminologia e conceituação, o poder familiar é exercido pela autoridade parental¹⁵⁹, expressão que melhor traduz a ideia de função e instrumentaliza a noção de poder. Bem assim, uma atualização foi sentida na natureza jurídica do direito à convivência familiar¹⁶⁰, cujo cerne deixa de ser um direito subjetivo dos pais e passa a ser um direito fundamental dos filhos¹⁶¹, pois é por meio da família e da experiência relacional que “eles poderão criar e desenvolver a ideia de pertencimento e segurança, como membro daquela entidade familiar, em ambiente saudável para a expansão do seu processo educacional e consolidação da sua personalidade.¹⁶²

Contudo, na análise que se propõe, defende-se que essa atualização não deveria ocorrer de forma extrema pois é desarrazoado que se ofusque completamente o direito de cuidar, dos pais, em detrimento do direito ao cuidado, titularizado pelos filhos, mormente quando nem concorrem entre si, mas se convergem no direito fundamental à convivência familiar. No dizer

internacional da doutrina de proteção integral da criança, concretiza-se com o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. De objeto a sujeito chega-se à responsabilidade e aos deveres fundamentais”. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 70-71.

¹⁵⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família**. Fundamentos do Direito Civil. Vol. 6. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹⁵⁹ Sobre o tema: “O estudo da disciplina da autoridade parental no Brasil revela, de pronto, duas peculiaridades essenciais. Em primeiro lugar, trata-se de situação jurídica subjetiva existencial, caracterizada pela atribuição aos pais do poder de interferência na esfera jurídica dos filhos menores, no interesse destes últimos e não dos titulares do chamado poder jurídico”. In: TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional**. Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC), Vol. 17, jan/mar 2004. Fls.33-49. p. 39. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Disciplina_guarda_autoridade_parental_ordem_civil_constitucional_fls_33-49.pdf

Acesso em 26 abr. 2021

¹⁶⁰ O direito à convivência familiar está previsto em nosso ordenamento nos seguintes dispositivos:

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

Art. 1.589 do CC: O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Art. 16, do ECA: O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

Art. 19 do Eca: É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

¹⁶¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família**. Fundamentos do Direito Civil. Vol. 6. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 282.

¹⁶² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família**. Fundamentos do Direito Civil. Vol. 6. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 316.

de Gustavo Tepedino e Ana Carolina Teixeira, esse direito “decorre do parentesco emanado pela filiação e tem reflexos na autoridade parental”¹⁶³ e “pressupõe construção em conjunto pela família, de onde resulta a edificação familiar e afetiva, para alcançar a democracia familiar”.¹⁶⁴ Por comportar um conteúdo metajurídico, é por meio do direito à convivência familiar que se juridiciza “a necessidade humana de troca de experiências e aprendizado a partir do convívio e interação social-familiar”.¹⁶⁵

Apesar dos autores citados relacionarem a participação dos pais nesse convívio como um dever, por entender que não está na esfera de suas liberdades não o fazerem, a intenção desta investigação é oferecer fundamentos que reforcem esse direito a partir da perspectiva do pai e da mãe, pois o cuidado humano é uma necessidade coletiva. Logo, não se pretende turvar o olhar do intérprete da prioridade da infância por rogar que se enxergue outros sujeitos de direito. O que se pretende é dar ênfase constitucional para a tutela daqueles que, livremente, escolham conjugar o verbo cuidar em primeira pessoa, de modo que ambos os sujeitos da interlocução familiar, ativo e passivo, possam desfrutar de uma existência plena.

Nesse despertar, convida-se inicialmente a recordar algumas das lições de Juarez Freitas para uma interpretação sistemática da Constituição. Os direitos fundamentais são uma totalidade indissociável, são a base e o ápice do sistema e toda exegese sistemática constitucional tem o dever de garantir a maior tutela jurisdicional possível e a maior otimização possível do discurso normativo, a fim de emprestar a tutela reconhedora da eficácia direta e imediata.¹⁶⁶ Intima-se a lembrar, dentre os preceitos listados pelo autor, que as melhores interpretações são aquelas que sacrificam o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais, e, por este motivo, é correto afirmar que “nenhuma circunstância em direito de estatura constitucional deve suprimir, por inteiro, outro direito da mesma estatura”.¹⁶⁷

Essa percepção está em consonância com a agenda constitucional que, preocupada com o Estado Democrático de Direito e com a defesa de seus cidadãos, comprometeu-se em tutelar a família como instrumento de proteção da dignidade da pessoa, e introduziu uma grande reviravolta no Direito de Família a partir da “defesa intransigente dos componentes que

¹⁶³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família**. Fundamentos do Direito Civil. Vol. 6. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 316.

¹⁶⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família**. Fundamentos do Direito Civil. Vol. 6. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 316.

¹⁶⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família**. Fundamentos do Direito Civil. Vol. 6. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 316.

¹⁶⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 193-209.

¹⁶⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.197.

formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família”¹⁶⁸.

Como elucida Beatriz Helena Braganholo, o eixo central do Direito de Família foi deslocado para o plano constitucional, que passou a regular os interesses individuais nas relações humanas, dantes restritamente normatizadas pelo Direito Civil, entendendo-as como necessidades fundamentais do homem para propiciar uma vivência mais respeitosa e solidária.¹⁶⁹

Como resta evidente a partir da leitura do §8º do art. 226, a proteção conferida à família tem por fim assegurar o interesse das pessoas que a integram, cabendo ao Estado garantir a assistência à cada um dos seus integrantes. Esse dispositivo é o fundamento do que se pode chamar de melhor interesse das pessoas humanas que integram as entidades familiares, pois o foco da Constituição de 1988 deixa de ser a proteção da família conferida pelas constituições que a antecederam, e passa a ser a tutela preferencial das pessoas humanas que a integram¹⁷⁰. Então a proteção da família é apenas um instrumento “no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana”¹⁷¹.

Sobre a finalidade da família, Guilherme Calmon Nogueira da Gama indica que a associação do princípio da dignidade humana com os outros princípios constitucionais relativos à família, “como a igualdade, a solidariedade, a paternidade responsável, a pluralidade das entidades familiares, a tutela especial à família, o dever de convivência, a proteção integral da criança e do adolescente e a isonomia entre os filhos”,¹⁷² fazem da família “um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros”.¹⁷³

Esta ideia se coaduna com a repersonalização das relações civis, inicialmente tratada no tópico antecedente, um fenômeno que valoriza o interesse da pessoa humana, que predomina mais do que suas relações patrimoniais, sendo a família convertida em espaço preferencial de realização existencial e de afetividade humana de seus integrantes.¹⁷⁴

¹⁶⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 48

¹⁶⁹ BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. **Algumas reflexões acerca da evolução, crise e constitucionalidade do Direito de Família brasileiro**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 28, fev./mar. 2005, p. 71.

¹⁷⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 295.

¹⁷¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 86.

¹⁷² GAMA, Guilherme Calmon da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/177.pdf> p. 5. Acesso em 18 jan 2021.

¹⁷³ GAMA, Guilherme Calmon da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/177.pdf> p. 8. Acesso em 18 jan 2021.

¹⁷⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 20

Assim, a vontade do legislador ao elaborar o texto constitucional de 1988 era de garantir a primazia do homem na aurora da nova ordem, como se expressa do discurso do Deputado Edme Tavares, que integrou a Comissão da Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte, cujo preciosismo merece ser retratado na íntegra:

Há, na sociedade, uma sensação de esperança e de ressurreição. O homem, como componente da sociedade, é a um tempo sua origem e seu fim. Assim, nunca a sociedade pode frustrar o homem de seus valores pessoais, de seus direitos fundamentais. A primazia deve ser a do bem comum, proclamando-se o valor transcendente da pessoa humana. A ordem social deve propiciar o bem-estar de todos os membros da sociedade, porque toda ordem social é função de valores pessoais. (...) A nossa obstinação é a justiça social, na valorização do homem, para que ele se torne participante do desenvolvimento e beneficiário dos frutos do progresso.¹⁷⁵ (Original não destacado)

Logo, é incoerente um desinteresse nos benefícios do cuidado no desenvolvimento da personalidade dos outros integrantes da família, precisamente dos pais, isto é, de ambos os ascendentes. E nem se sustenta utilizar a técnica da ponderação de princípios neste caso, porque ela pressupõe a necessidade de se fazer uma escolha, e não há remota utilidade em eventual favoritismo entre o direito de ser cuidado e o direito de cuidar, pois não se tratam de conceitos opostos, mas ao revés, complementares, e que, somados, têm inclusive a capacidade de potencializar a proteção integral da criança, o cidadão em formação, o que colabora com a concretização de todos os objetivos fundamentais da República, eleitos pela Constituição em seu art. 3º.

Apesar de ter sido abordado, dentro da topografia constitucional, no art. 227, *caput* e seus parágrafos, recomenda-se que o princípio do melhor interesse da criança seja considerado no âmbito do planejamento familiar em associação ao princípio da dignidade humana e da paternidade responsável.¹⁷⁶

E, nesse sentido, é provável que essa invisibilidade do pai e da mãe decorra de uma interpretação deficiente do texto constitucional por só ter abordado a paternidade livre e responsável como fundamento do planejamento familiar, como se a este se limitasse. A própria expressão paternidade responsável concorre com essa insuficiência por se demonstrar imperfeita, como adiante se verá.

¹⁷⁵ BRASIL. Deputado Edme Tavares. Ata da Reunião do dia 25.05.1987 da Comissão Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 18 ago. 2020. p. 8.

¹⁷⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas**, In: Revista do Advogado nº 101, dezembro/2008, p. 31-32.

E daí exsurge a recomendação de se analisar a dimensão funcional da paternidade responsável, pois como ressaltado por Salvatore Pugliatti, é necessária a identificação dos interesses que o legislador pretendeu tutelar para que se encontre a função de um determinado instituto.¹⁷⁷

Em verdade, a vontade do legislador constituinte era de atribuir um sentido muito mais amplo, e não a restringir a um gesto isolado de planejamento, pois visava proteger o casal na plenitude do processo social¹⁷⁸. Compulsando as atas das reuniões da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte da Assembleia Nacional Constituinte, observa-se que o termo foi introduzido de forma vinculada ao de planejamento familiar, sendo que a proteção do casal surge como uma liberdade de escolha em relação à decisão do número de filhos¹⁷⁹ na definição de prioridades familiares no âmbito doméstico. E se cria uma responsabilidade para o Estado “de informar às pessoas quanto aos métodos de planejamento familiar disponíveis, cientificamente adequados, mas também de colocar à disposição das pessoas os meios para que essa decisão da limitação do número de filhos possa ser exercida”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1954, p. 300 apud MENDES, Eduardo Heitor; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. Função, Funcionalização e Função Social. In: **Direito Civil Constitucional**. Coord. Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 98.

¹⁷⁸ Nesta perspectiva: “Portanto, jamais teremos a paternidade responsável apenas como um gesto isolado de planejamento e sim como resultado de um conjunto de medidas nas quais o Estado e iniciativa privada, mas de obrigação do Estado, em relação a proteger o casal na plenitude do processo social”. BRASIL. Deputado Artur da Távola na Ata da Reunião do dia 09.06.1987 da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 18 ago. 2020. p. 183.

¹⁷⁹ Nesse sentido também: O art. 3º trata do planejamento familiar. Este foi um tema por demais debatido na subcomissão. Estabeleceu-se aqui que o planejamento familiar tem, ou deve ter, alguns princípios fundamentais. O primeiro é que deve ser fundado nos princípios da paternidade livre e responsável, na dignidade humana e no respeito à vida desde a concepção. Este também foi objeto de uma emenda, aprovada na subcomissão, de incluir esta expressão “desde a concepção”. Mas sendo neste planejamento familiar, o número de filhos uma decisão do casal. Preserva-se, aí, a liberdade absoluta do casal para definir o número de filhos e o espaçamento entre os mesmos, mas declara que cabe ao Estado colocar à disposição da sociedade os recursos educacionais, técnicos e científicos para o exercício desse direito. Vale dizer, o Estado passa a ter responsabilidade de informar às pessoas quanto aos métodos de planejamento familiar disponíveis, cientificamente adequados, mas também de colocar à disposição das pessoas os meios para que essa decisão da limitação do número de filhos possa ser exercida. Esta expressão “desde a concepção” significa dizer que a subcomissão entendeu não ser possível adotar o aborto como forma de planejamento familiar. Havia uma emenda, no sentido de se destacar os casos possíveis de aborto, mas entendeu-se que não era o caso de ter essa especificação no texto constitucional. Essa emenda foi derrotada, ficando o princípio geral de que o aborto não pode ser usado como processo, como método de limitação do número de filhos.” Fala do Deputado Eraldo Tinoco na Ata da Reunião do dia 01.06.1987 da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte da Assembleia Nacional Constituinte da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 18 ago. 2020. p. 56.

¹⁸⁰ Fala do Deputado Eraldo Tinoco na Ata da Reunião Ordinária, realizada em 01.06.1987, pela Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte da Assembleia Nacional Constituinte da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 18 ago. 2020. p. 56.

Cumpra esclarecer que para atender ao moderno conceito de família, dado o reconhecimento das relações homoafetivas e da pluralidade de arranjos familiares possíveis, dentre eles os núcleos monoparentais, o termo casal é empregado nesta pesquisa considerando a amplitude das relações e com o sentido de entidade familiar.

A nova ordem jurídica inaugurada com a Constituição vigente impôs, então, ao Estado, o compromisso de assegurar o exercício desse direito no § 7º do art. 226, que representa uma liberdade negativa prevista não só em face das instituições oficiais, como também tem evidente eficácia nas relações horizontais, por impedir que as organizações privadas se imiscuem no exercício do direito fundamental de decidir a quantidade de filhos que se pretende ter. Optou-se pela expressão planejamento familiar porque se preferiu “deferir ao casal o direito à livre determinação do número de filhos, como um direito específico da pessoa, e não como interferência de qualquer entidade nesse tipo de decisão”¹⁸¹.

Regulado pela Lei nº 9.263/96, o planejamento familiar é considerado como um direito de todo cidadão e é entendido como o conjunto de ações preventivas e educativas de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, não se limitando também ao fato biológico. Não se destina à limitação da natalidade, até porque o legislador foi taxativo em não permitir a utilização dessas ações para qualquer tipo de controle demográfico, sendo expresso em assegurar que elas devem se destinar ao acesso igualitário às informações sobre meios, métodos e técnicas disponíveis, para garantir a saúde reprodutiva com vistas ao atendimento global e integral à saúde.

Explicado o conceito de planejamento familiar, exsurge a necessidade de delimitar o que significa paternidade responsável. Apesar de não se identificar uma conceitualização precisa nos registros da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte da Assembleia Nacional Constituinte, é possível absorver a amplitude da carga valorativa atribuída pelo legislador originário. A doutrina se debruçou no esforço de oferecer contornos e abrangência para auxiliar no processo interpretativo e preservar a unidade do ordenamento jurídico.

Nem sempre, contudo, houve pleno êxito na tarefa. Como exemplo, convoca-se à leitura da obra de Caio Mário, que se ousa dissentir, com todo respeito, pelo equívoco de tomar a paternidade responsável como sinônimo de uma paternidade/maternidade planejada, ao afirmar que:

¹⁸¹ Fala do Deputado Artur da Távola na Ata da Reunião do dia 10ª Reunião Ordinária, realizada em 9.06.1987, pela Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte da Assembleia Nacional Constituinte da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 182.

Há que se compreender o real sentido da paternidade responsável indicada no texto constitucional. (...) Mais do que oferecer um leque de métodos anticoncepcionais, desafia nosso país a priorizar um programa educativo abrangente, dirigido à família e, principalmente, às mulheres, independentemente da fase da vida reprodutiva em que se encontrem, contemplando tanto as que desejam como as que não desejam ter mais filhos. Esta proposta deve ser inserida em um programa integrado de atendimento à saúde.¹⁸²

Não obstante o lapso, o autor foi acurado ao explicar que o texto constitucional se valeu de um termo no “masculino genérico”, mas que alude à responsabilidade dos genitores em iguais condições, pois se compreendido de modo diverso, sugeriria que a responsabilidade pelo planejamento familiar teria sido atribuída tão somente ao homem, o que ofenderia o princípio da igualdade entre homem e mulher que se faz presente em diversos momentos na Magna Carta.¹⁸³

A fim de dirimir possíveis erros interpretativos, Guilherme Calmon Nogueira da Gama sugere que se adote uma nova nomenclatura, a de Parentalidade Responsável, cujo sentido denota, ao mesmo tempo, tanto as consequências do exercício dos direitos reprodutivos e sexuais pelo homem e pela mulher, quanto as responsabilidades extraídas dos vínculos paterno-materno-filiais. Não se limita, pois, à decisão de procriar, mas à perpetuidade dos efeitos desta decisão, que gera uma permanência da responsabilidade desde a concepção e após o nascimento dos filhos, e que se enfatiza na infância e na adolescência destes, fases de maior importância na formação e desenvolvimento da personalidade humana.¹⁸⁴

Este demonstra ser o melhor significado para o que o Constituinte pretendeu com o termo paternidade responsável, vez que a parentalidade responsável permite uma melhor conjugação com os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do melhor interesse da criança. Demonstra-se, inclusive, como a melhor aceção para se reportar à noção de cuidado na sua dimensão ontológica¹⁸⁵. É dizer, por parentalidade responsável, remete-se a um efetivo compromisso mediante uma associação entre a concepção de ser a pessoa humana consciente e livre, com a ideia de alteridade, ou seja, de “que está no mundo com os outros,

¹⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família** – vol. V, revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 9.

¹⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família** – vol. V, revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 9.

¹⁸⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas**, In: Revista do Advogado n° 101, dezembro/2008, p. 30-31.

¹⁸⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas**, In: Revista do Advogado n° 101, dezembro/2008, p. 31.

voltado para o futuro, precisando ser cuidado para viver e sobreviver, mas também cuidar dos outros, especialmente daqueles que representarão sua continuidade como descendência”¹⁸⁶.

De fato, a partir de uma interpretação gramatical e considerando sua etimologia, “parental” tem origem latina, referindo-se a *parentālis*, significando “relativo aos pais”. Assim, a leitura de uma parentalidade responsável prestigiaria ambos os ascendentes. É imperioso mencionar também que ao escrever sobre o assunto em seu “Tratado de Direito Privado”, Pontes de Miranda, com todo rigor científico que empreendeu nessa notável obra, optara pela utilização da palavra parental em seu sentido etimológico ao nomear o Tomo IX como “Direito de Família: Direito parental. Direito protetivo”¹⁸⁷.

Nesse raciocínio, Paulo Lôbo explica que “‘Parental’ destaca mais a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade, além de fazer justiça à mãe”¹⁸⁸.

Essa compreensão da necessária mudança de nomenclatura para parentalidade responsável se faz possível em face da metodologia do Direito Civil Constitucional porque a evolução normativa alcançada com o processo de revogação do CC/1916 e a promulgação de um novo Código Civil adaptado à Constituição Federal de 1988 representou mais que um sucedimento de diplomas legais, pois trouxe mudanças significativas a partir da fundamentação de todo ordenamento jurídico brasileiro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para a adequada interpretação da lei com o atual sentido de livre desenvolvimento da pessoa humana e da primazia dos valores existenciais, a abordagem do direito de cuidar como expressão da dignidade da pessoa humana está mais próxima do estado de família e do reconhecimento do direito fundamental de ter família. Em um tempo diferente, com necessidades sociais diversas, impõe-se uma outra maneira de pensar a família, como modelo de sociedade familiar com preocupação voltada para a identidade dos seus membros¹⁸⁹.

Como valor implícito do ordenamento jurídico brasileiro, o cuidado realça e privilegia as relações de afeto, de solidariedade e de responsabilidade na família contemporânea¹⁹⁰, motivo

¹⁸⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas**, In: Revista do Advogado nº 101, dezembro/2008, p. 31.

¹⁸⁷ MIRANDA, Pontes. **Direito de família: direito parental: direito protetivo** / Pontes de Miranda; atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte especial); 9.

¹⁸⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 304.

¹⁸⁹ MIRANDA, Pontes. **Direito de família: direito parental: direito protetivo** / Pontes de Miranda; atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte especial), p. 58.

¹⁹⁰ PEREIRA, Tania da Silva. **O cuidado como valor jurídico**. In: **A ética da convivência familiar**. Coord. Tania da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 232 apud GAMA, Guilherme

pelo qual ao pai a à mãe deve ser assegurado o direito a um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação dos filhos, assim considerado como um direito fundamental de cuidar, que se projeta no sentido relacional da sua existência, porque ao desenvolver as habilidades parentais realizam a sua própria natureza, isto é, a sua dignidade humana, tornando-se um ser humano completo.

eticamente, é por meio da presença, do cuidado e da preocupação, que se aprende o verdadeiro sentido de viver bem, de ser um cidadão entre os outros. Um ser humano completo, tanto ética quanto responsabilmente, é um cidadão virtuoso, porquanto comprometido com a dignidade e com a liberdade humana.¹⁹¹ É aquele “que combina a procura da felicidade pessoal com a exigência interpessoal da afetividade e da solidariedade social, baixo a égide de instituições justas”.¹⁹²

Assim, desafiando tanto a lógica cartesiana quanto o “Amo, logo existo”¹⁹³, argumento dedutivo tantas vezes invocado ao citar o italiano Stefano Rodotà, entende-se que o mais congruente e compatível com a essência do ser humano se expressa pelo “Cuido, logo existo”.

E como tal, é premente que seja inserida na compreensão da parentalidade responsável a tutela do direito de cuidar, que assiste tanto ao pai quanto à mãe, para uma adequada proteção plena da pessoa humana. Parte-se, pois, do reconhecimento de que o sentido de parentalidade responsável é mais amplo que o de planejamento familiar, como ansiado pelo legislador constitucional, pois não se encerra na liberdade de escolher quantos filhos se pretende ter e, até mesmo, de não os ter.

Cabe ao sujeito a liberdade de decidir, ciente de que, no exercício dessa vontade, serão emanados poderes e deveres interdependentes. Esses poderes-deveres devem ser compreendidos como “funções artificiais emergentes do exercício das faculdades que o Direito absorve (fruir, dispor, exigir) e absolve (responder pelos danos)”.¹⁹⁴ Isto é, o legislador não

Calmon Nogueira da. **Parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas**, In: Revista do Advogado nº 101, dezembro/2008, p. 29.

¹⁹¹ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Dignidade: “cuidar” da natureza humana**, In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e Afetividade - Projeto Brasil/Portugal 2016-2017**, São Paulo: Ed. Atlas, 2017, p. 134.

¹⁹² FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Dignidade: “cuidar” da natureza humana**, In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e Afetividade - Projeto Brasil/Portugal 2016-2017**, São Paulo: Ed. Atlas, 2017, p. 134.

¹⁹³ Livre tradução de “amo ergo sum”. Por rigor científico, convém destacar que embora este argumento dedutivo seja frequentemente, e inadvertidamente, atribuído a Stefano Rodotà, observou-se na obra “Direito do amor” que o autor dele fez referência atribuindo à autoria de Silvia Vegetti Finzi, excerto extraído de “*Al «cogito ergo sum» di Cartesio aggiungerei la più impegnativa dichiarazione «amo ergo sum»: io sono la forza dei miei sentimenti*”. FINZI, Silvia Vegetti, *Il paradosso del porcospino*, 2013 apud RODOTÀ, Stefano. **Diritto D'amore**. Bari: Laterza, 2015. p. 135.

¹⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 53.

impõe que todos devam procriar, mas assegura a liberdade de o fazer dentro da sua “autonomia privada, na sua dimensão existencial, ligada à autodeterminação pessoal”¹⁹⁵, ou seja, assegura-se às pessoas o poder de regulamentar os próprios interesses e fazer suas escolhas existenciais.¹⁹⁶

Nas palavras de Stefano Rodotà, “autodeterminação na vida e no corpo representa o ponto mais intenso e extremo da liberdade existencial, que também declina como liberdade jurídica”¹⁹⁷. Ao tratar da autodeterminação, o autor fala sobre a mudança de paradigma jurídico em que a Constituição deixa de se centralizar no patrimônio e passou a privilegiar a associação entre a vontade da pessoa e o desdobramento geral da vida, deixando de tratar a pessoa como um agente econômico, e sim como livre criador de sua própria personalidade, aproximando-se do governo de um eu que é irredutível à categoria do mercado¹⁹⁸ e capaz de escrever a agenda da própria vida.¹⁹⁹

Sobre a autodeterminação, contribui para o entendimento a manifestação do Tribunal Constitucional da Espanha, que, inspirado no artigo 1º da Declaração Universal da ONU, ao tratar sobre o aborto, orientou que : “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”.²⁰⁰

¹⁹⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, E-book, p.25.

¹⁹⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, E-book, p. 167.

¹⁹⁷ No original: “*L'autodeterminazione nella vita e nel corpo rappresenta il punto più intenso e estremo della libertà esistenziale, che si declina pure come libertà giuridica*”. RODOTÀ, Stefano. **Il Diritto di Averre Diritti**. Roma: Laterza, 2012, p. 250

¹⁹⁸ No original: *Siamo davvero di fronte al mutamento de um paradigma giuridico. La nuova associazione tra volontà della persona e vita, ala quale dà evidenza la normativa costituzionale, si allontana da quella tra volontà e patrimônio, che ha caratterizzato i codici civili e há così ricostruito la categoria dell' autonomia privata com riferimento esclusivo ala dimensione econômica, ala sicurezza dei traffici e non al governo di un sé irriducibile ala categoria del mercato. Il soggetto, dunque, non è oii considerato esclusivamente o prevalentemente come agente economico, ma come libero costruttore della propria personalità. Così l'oggetto del suo agire non è l'assetto degli interessi patrimoniali, ma il complessivo svolgersi della vita*. RODOTÀ, Stefano. **Il Diritto di Averre Diritti**. Roma: Laterza, 2012, p. 262-263

¹⁹⁹ No original: *Il palinsesto della vita*. RODOTÀ, Stefano. **Il Diritto di Averre Diritti**. Roma: Laterza, 2012, p. 250

²⁰⁰ No original, “Sentencia n. 53/85”, quando provocado a decidir sobre a proibição do aborto, assim decidiu o Tribunal Constitucional Espanhol: “*Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*.”

A propósito, sobre o tema do abortamento no Direito Brasileiro, convém emprestar o raciocínio de Rolf Madaleno em sua obra *Direito de Família*, que inspirado por Maria Helena Diniz, adverte ser a finalidade do planejamento familiar conforme artigo 2º da Lei n. 9.263/1996 o complexo de ações de regulação da fecundidade tendentes a garantir os direitos de constituição, de limitação ou de aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, ressaltando que a prática do aborto não integra a noção de paternidade responsável e de planejamento familiar.²⁰¹

Por parte do Estado, o fundamental é garantir que a vontade ocorra com responsabilidade e informação por meio de um planejamento familiar adequado. Assim, o “Estado é uma realidade instrumental”²⁰², pois a consagração do primado da dignidade humana “importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais”.²⁰³

Neste sentido, ao decidir por não ter filhos, o sujeito deve ter sua vontade respeitada, no limite do exercício de outras liberdades, pois para os que desejam manter a prática sexual ativa, diante do risco de concepção próprio da atividade, havendo gravidez, surgem deveres com o filho. Para os que, nessa hipótese, pretendam, ainda assim, exercer a parentalidade responsável, defende-se que sejam asseguradas as mesmas condições para que exerça o direito de cuidar, independentemente de ter ou não inicialmente desejado o filho. Por outro lado, aos que não desejam participar da criação e desenvolvimento do filho gerado, haverá por certo só deveres, pois pela negação do direito de cuidar, transmudar-se-á para a dimensão das obrigações decorrentes do dever de cuidado inerente à proteção integral da criança.

E isso decorre, como leciona Daniel Sarmiento, do temperamento sofrido pela autonomia privada no nosso ordenamento jurídico:

A autonomia privada continua sendo valorizada como emanção da liberdade humana, mas a ordem jurídica vai temperá-la com preocupações sociais. Nesta perspectiva, o intervencionismo estatal nas relações privadas justificar-se-á,

*La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”. ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentencia 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de Mayo de 1985)**. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/433> Acesso em 23 abr. 2021.*

²⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 138 apud MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 217.

²⁰² CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **O Controle de Constitucionalidade e a efetividade dos Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

²⁰³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, *E-book*, p. 112.

basicamente, em duas situações: proteção da parte mais fraca nas relações jurídicas, e promoção de interesses gerais da coletividade.²⁰⁴ (Original não destacado)

Como elucidada Stefano Rodotà ao tratar sobre o direito de procriar, no caminho marcado pela história a autodeterminação foi fortalecida em seu cerne inabalável ante o reconhecimento de que a vida se apresenta como um concatenamento de decisões desde o nascimento, e que de forma não linear, mas progressiva e incessantemente, constituirão a personalidade e a identidade em um processo que se manifesta no decorrer de uma existência e que encontra seu traço final na morte. Para o autor, o direito à autodeterminação não é absoluto, pois o trajeto existencial não se realiza na solidão, mas na contínua construção dos laços sociais que impõe limites ao seu exercício. E essa limitação não se configura em uma subordinação a um poder alheio, mas à pretensão de se estabelecer no poder sobre os outros.²⁰⁵

Logo, não há que se falar em ofensa à liberdade de escolha a partir da imputação de responsabilidades a quem não desejou o filho, pois como bem é explicado na doutrina de Daniel Sarmento, um dever geral de abstenção por parte do Estado, na ordem privada de cada pessoa, não é bastante para a salvaguarda dos bens que integram a personalidade humana, vez que a tutela desta também pressupõe deveres comissivos que são imputados aos agentes privados, como por exemplo, o dever dos pais de educarem seus filhos.²⁰⁶

Assim, inerente à liberdade de gerar²⁰⁷ descendência, nasce a faculdade de cuidar, que precisa ser assegurada como um direito fundamental da pessoa em desenvolvimento, neste raciocínio não só compreendida a criança, o adolescente ou o jovem, mas o ser humano de todas as idades, vez que, em cada fase da vida humana, inauguram-se possibilidades de crescimento. E não poderia ser diferente com a maternidade/paternidade, cuja grandeza do compromisso enseja também o desenvolvimento de habilidades parentais que se agregam às virtudes já adquiridas rumo à plenificação do projeto de existência humana.

²⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, *E-book*, p. 119.

²⁰⁵ No original: *Seguendo questo cammino segnato dalla storia, e rafforzando in tal modo nel suo nucleo inscalfibile il diritto all'autodeterminazione, la vita si presenta come una catena di decisioni, che progressivamente e incessantemente costituiscono personalità e identità. è un processo che comincia con il nascere, e si svolge in forme non lineari nel corso de una esistenza che nel morire trova il suo tratto finale. Questo itinerario non è di solitudine, ma dà continua rilevanza alla costruzione di legami sociale, e qui il diritto all'autodeterminazione conosce anche i limiti al suo esercizio. Che, tuttavia, non possono discendere dalla subordinazione a un potere altrui, ma dalla sua pretesa di costituirsi in potere sugli altri.* RODOTÀ, Stefano. **Il Diritto di Averre Diritti**. Roma: Laterza, 2012, p. 283.

²⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, *E-book*, p. 126.

²⁰⁷ Entendido em sentido amplo, isto é, derivada ou não do fato biológico.

E esse entendimento se justifica na tutela da personalidade humana, que necessita ser dotada de elasticidade, de modo que sempre que houver alguma situação que ameace à sua dignidade, seja positivada ou não, obrigações específicas de fazer ou não fazer sejam adequadamente atribuídas.²⁰⁸

Neste viés, cabe lembrar mais uma vez da célebre passagem de Pietro Perlingieri, “tutelado é o valor da pessoa sem limites”.²⁰⁹ Portanto, em outras palavras, o autor pretende dizer que a personalidade não é um direito, “mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela”.²¹⁰

Logo, é coerente afirmar que a segunda dimensão do cuidado se presta ao direito de cuidar e que este é um direito fundamental da personalidade humana, ainda que a pessoa não deseje exercer essa liberdade, sendo coerente com as suas escolhas existenciais.

Assegurado o entendimento desta liberdade, passa-se a analisar nas próximas páginas de que forma o ordenamento jurídico brasileiro tutela esse direito dos pais, mormente no período correspondente à primeira infância dos filhos, e se esta proteção está em consonância com a perspectiva de garantir um acesso universal ao direito de cuidar por todas as pessoas, ou se, por outro lado, apresenta antinomias ao assegurar os cuidados humanos.

3.2 A PARENTALIDADE RESPONSÁVEL E OS CUIDADOS COMPARTILHADOS

Nas linhas anteriores, explorou-se a essencialidade do cuidado no desenvolvimento humano a partir de um diálogo com os outros saberes. A análise normativa possibilitou uma abordagem funcional da importância do cuidado para a existencialidade dos pais e dos filhos, e a sua indispensabilidade para a integridade psicofísica destes.

Convidou-se, ainda, à compreensão de que as duas dimensões do cuidado, o direito ao cuidado (dos filhos) e o direito de cuidar (dos pais), representam valores indissociáveis da personalidade, sendo que, quando adequadamente assegurados, concretizam o primado da dignidade humana, prestigiam a liberdade e a autodeterminação, além de potencializar o

²⁰⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, *E-book*, p. 127.

²⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 156.

²¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 155-156.

princípio do melhor interesse da criança e da convivência familiar, de forma a favorecer uma existência plena.

Essa plenificação da existência humana, por sua vez, leva à formação do cidadão virtuoso tão ansiado pela Constituição, indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tão necessária para assegurar o desenvolvimento nacional, para permitir a erradicação da pobreza e marginalização, eliminar as desigualdades sociais e regionais, e, bem assim, de promover o bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação.

Falar em cidadania é falar, necessariamente, em igualdade, sendo redundante qualquer explicação que tente expressar os âmbitos em que a igualdade deve ser preservada²¹¹, pois o próprio termo já transmite esse valor: “cidadania significa igualdade de todos perante a lei, perante o Estado, perante a Constituição”.²¹² Mas, para se atingir a sociedade livre, justa e solidária tão desejada pelo legislador constituinte, condições devem ser asseguradas de modo que, desde a sua base, a família, garanta-se a convivência e um compartilhamento equilibrado dos cuidados com os filhos.

Nessa lógica, convém observar que os valores que fundamentam a República Federativa do Brasil expressam entre si uma relação de interdependência para que se atinjam seus objetivos. A justiça social é produto de largas convergências ideais, sendo uma escolha histórica e permanente que só existe quando assegurada a igualdade formal e substancial (material), sendo o inverso também verdadeiro. É ingênuo o pensamento que repute desnecessário positivar a igualdade formal por ser um patrimônio comum das sociedades civis desde o seu berço, no iluminismo francês, pois por um lado, sempre necessita ser atuada como um instrumento de eliminação de privilégios injustificados de qualquer natureza, e, porque a cada período de crise de valor do homem pode ser ameaçada.²¹³

Nota-se, desta forma, que diante da positivação da igualdade formal, a dificuldade que se mantém é em assegurar um tratamento igualitário no plano material, que é onde se verificam

²¹¹ BRASIL. Deputado José Paulo Bisol na Ata da 11ª Reunião do dia 09.06.1987 da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 93.

²¹² BRASIL. Deputado José Paulo Bisol na Ata da 11ª Reunião do dia 09.06.1987 da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 93.

²¹³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 47-48.

as dificuldades teóricas e práticas.²¹⁴ E nas relações familiares ainda é premente que o tema seja revisitado quanto aos seus integrantes, pelo compromisso que se guarda com as futuras gerações.

Paulo Lôbo observa que é desafiadora “a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações, de natureza positiva”.²¹⁵ O civilista considera que a família, “mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações”.²¹⁶

Na perspectiva da igualdade, é desarrazoado que apenas um dos genitores/responsáveis tenha a oportunidade de desempenhar o direito de cuidar em sua plenitude, enquanto o outro, por razões injustificadas, seja tolhido desta liberdade. Esta assimetria no tratamento entre pessoas nas entidades familiares se torna danosa até mesmo a quem pretende prestigiar, quando considerado que a oportunidade concedida unilateralmente se torna um encargo deveras penoso para ser vivenciado de forma solitária. Se permitida essa distinção no âmbito familiar, é evidente que esta desproporção no tratamento inferioriza a ambos, cada extremo à sua maneira, um pela privação e o outro pelo excesso, repercutindo de forma negativa para toda a sociedade, por refletir um tratamento dissonante com o valor da igualdade e da justiça social.

Em conformidade com este raciocínio, Boaventura de Souza Santos sintetiza que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”.²¹⁷ Por isso o autor enaltece “a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.²¹⁸

Na privacidade das famílias, outros integrantes da entidade familiar sofrem prejuízos com o tratamento assimétrico dado à segunda dimensão do cuidado: as crianças. Como ressaltado por John Bowlby, uma das principais premissas para a formação de uma base segura

²¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf. Acesso em 29 jan. 2021, p. 21.

²¹⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 71.

²¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 71.

²¹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Direitos Sociais, n.48, p.11-32, São Paulo, jun. 1997, p. 30. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em 31 jan. 2021.

²¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56

na infância é a constatação de que cuidar de bebês e crianças pequenas é uma tarefa árdua e exaustiva, e, para que seja bem feita, não deve ser executada por uma só pessoa.²¹⁹ Não se pretende dizer com isso que as entidades familiares monoparentais não possam desempenhar os cuidados com êxito, mas apenas reconhecer quão extenuante é essa atuação desacompanhada. Assim, sempre que houver mais de uma autoridade parental na entidade familiar em que a criança esteja inserida, o direito de cuidar deve ser assegurado a ambos de forma equitativa para atender à várias perspectivas diferentes, mas que se justapõem: a da criança, em vista do seu melhor interesse e proteção integral; e a dos genitores/responsáveis, em atenção à dignidade da pessoa humana, e aos valores da liberdade e igualdade.

Esta constatação já foi objeto de consideração do legislador brasileiro por meio da importante alteração introduzida pela Lei n. 13.058/2014, que passou a estabelecer, como regra, a guarda compartilhada, entendida como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns²²⁰. Assim, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai²²¹, pois compete a ambos os genitores, independente da situação conjugal, o exercício da autoridade parental, que, dentre outros, consiste em dirigir a criação e a educação dos filhos.²²²

²¹⁹ No original: “*I want also to emphasize that, despite voices to the contrary, looking after babies and young children is no job for a single person. If the job is to be well done and the child’s principal caregiver is not to be too exhausted, the caregiver herself (or himself) needs a great deal of assistance. From whom that help comes will vary: very often it is the other parent; in many societies, including more often than realized our own, it comes from a grandmother. Others to be drawn in to help are adolescent girls and young women. In most societies throughout the world these facts have been, and still are, taken for granted and the society organized accordingly*”. BOWLBY, John. **A Secure Base – Clinical Applications of Attachment Theory**. New York: Routledge Classics, 2012. Versão E-book, posição 245.

²²⁰ Antes da Lei n. 13.058/2014, o art. 1.583 do CC/2002, em seu §1º, com a modificação legal inserida pela Lei n. 11.698/2008, já versava que:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

²²¹ A convivência compartilhada já está descrita no art. 2º da Lei n. 13.058/2014 que alterou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do CC/2002, tendo introduzido a seguinte redação ao §2º do art. 1.583:

“Art. 1.583. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.”

²²² Ao tratar do exercício do poder familiar no Capítulo V do Código Civil de 2002, com a alteração introduzida pela Lei n. 13.058/2014, o art. 1.634 passou a ter a seguinte redação:

Art. 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;

No entanto, apesar do avanço da legislação, ao escolher se referir à “guarda”, o papel dos pais se apequena diante da magnitude dos cuidados. No pensamento crítico de Gustavo Tepedino, aplaude-se a tentativa de tornar os pais co-responsáveis pela educação dos filhos, mas se entende que a expressão guarda é mal enquadrada dogmaticamente na figura do direito subjetivo²²³, que reduz o papel dos pais na educação dos filhos:

Com relação à guarda, a própria semântica parece ambivalente, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de troca, na educação e formação da personalidade do filho.²²⁴

Para o autor “a autoridade parental não pode ser reduzida, portanto, a uma pretensão juridicamente exigível, em favor dos seus titulares”²²⁵. Em sua concepção, deve-se “buscar o conceito da autoridade parental na bilateralidade do diálogo e do processo educacional, tendo como protagonistas os pais e os filhos, informados pela função emancipatória da educação”²²⁶. Em suas palavras:

No caso da autoridade parental, a utilização dogmática de uma estrutura caracterizada pelo binômio direito-dever, típica de situações patrimoniais, apresenta-se incompatível com a função promocional do poder conferido aos pais. A interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e no desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais. A função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais – muitas vezes em detrimento da isonomia na relação com os filhos, e em sacrifício da privacidade e das liberdades individuais dos filhos – só merece tutela se

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.

²²³ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional.**

Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC), Vol. 17, jan/mar 2004. Fls.33-49. p. 36-38. Disponível em:

http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Disciplina_guarda_autoridade_parental_ordem_civil_constitucional_fls_33-49.pdf

Acesso em 26 abr. 2021

²²⁴ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional.**

Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC), Vol. 17, jan/mar 2004. Fls.33-49. p. 36. Disponível em:

http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Disciplina_guarda_autoridade_parental_ordem_civil_constitucional_fls_33-49.pdf

Acesso em 26 abr. 2021

²²⁵ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional.**

Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC), Vol. 17, jan/mar 2004. Fls.33-49. p. 40. Disponível em:

http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Disciplina_guarda_autoridade_parental_ordem_civil_constitucional_fls_33-49.pdf

Acesso em 26 abr. 2021

²²⁶ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional.**

Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC), Vol. 17, jan/mar 2004. Fls.33-49. p. 40. Disponível em:

http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Disciplina_guarda_autoridade_parental_ordem_civil_constitucional_fls_33-49.pdf

Acesso em 26 abr. 2021

exercida como um múnus privado, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva de sua futura independência.²²⁷ (Original não destacado)

A fim de conformar uma compreensão da obrigatoriedade pela “guarda compartilhada”, que não torne imprestável a intenção da Lei n. 13.058/2014, introduz-se a distinção ressaltada por Paulo Lôbo, no sentido de que o mais correto é optar pela denominação “convivência compartilhada”, pois a finalidade da norma se volta essencialmente à divisão equilibrada do “tempo de convívio” com os filhos. O autor também concorda que a opção do legislador pelo termo guarda foi inadequada por remeter a uma expressão reducionista que evoca poder ou posse sobre o filho, quando em verdade, tem por intuito assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres ao pai e à mãe²²⁸.

Complementa-se seu raciocínio apenas para sugerir que, na interpretação da norma, é congruente atribuir como uma finalidade adicional a de assegurar o valor da igualdade entre os genitores, para que, mesmo ao término da união entre os consortes, seja possível assegurar e estimular o desenvolvimento da personalidade por meio da manutenção da convivência familiar e do compartilhamento equitativo dos cuidados com os filhos.

Neste aspecto da igualdade entre os genitores, Paulo Lôbo ainda adverte que não obstante a lei se refira a pai e mãe, tal entendimento também se aplica aos casais homoafetivos e seus filhos, em caso de separação, vez que desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 no ano de 2011²²⁹, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, com

²²⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional**. Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC), Vol. 17, jan/mar 2004. Fls.33-49. p. 41. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Disciplina_guarda_autoridade_parental_ordem_civil_constitucional_fls_33-49.pdf
Acesso em 26 abr. 2021

²²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 195-196.

²²⁹ Ementa do acórdão: “1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir ‘interpretação conforme à Constituição’ ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual

‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ‘ENTIDADE FAMILIAR’ E ‘FAMÍLIA’. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ‘entidade familiar’, não pretendeu diferenciá-la da ‘família’. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado ‘entidade familiar’ como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, *verbis*: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA ‘INTERPRETAÇÃO CONFORME’). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277** – Relator Min. Ayres Britto. Julgamento pelo Tribunal Pleno em 05/05/2011. Publicação 14/10/2011.

efeito vinculante, que “a união homoafetiva é dotada dos mesmos direitos e deveres atribuídos nas relações entre pais e filhos às uniões heterossexuais”.²³⁰ Para a Suprema Corte brasileira, essa conclusão é a única possível diante da “obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais”.²³¹

Este discernimento é de extrema relevância para esta pesquisa, pois, ao leitor mais desatento, pode parecer que se limita à compreensão reducionista, e já ultrapassada, de que as entidades familiares só possam ser formadas pelo par homem e mulher, o que não é o caso. Na nota 128 da seção anterior, já se orientou à interpretação de que, para a compreensão do moderno conceito de família, dado o reconhecimento das uniões homoafetivas e da pluralidade de arranjos familiares possíveis, dentre eles os núcleos monoparentais, recomendou-se que o termo casal fosse interpretado de forma mais ampla, com o sentido de entidade familiar.

Portanto, a despeito do arranjo familiar, ou como se deu a filiação, por fato biológico ou não, esta investigação parte da premissa de que, independentemente de ser homem ou mulher, ou da orientação sexual da pessoa, todo ser humano tem direito de cuidar da sua descendência, prestigiando o valor da igualdade consagrado pelo Constituinte. Logo, é neste direcionamento que o tema ganha relevo e originalidade, porque se discute o direito da pessoa de cuidar na perspectiva de um gênero neutro²³², a partir da inteligência de que homens e mulheres são igualmente capazes de exercer os cuidados com os próprios filhos. Admitir qualquer tratamento diferente significaria reforçar concepções anacrônicas de papéis de gênero, reminiscências do patriarcado que prejudicam não só a emancipação feminina quanto a masculina, além de afrontar o princípio da dignidade humana.

Sobre o tema, Paulo Lôbo observa que:

O princípio da igualdade familiar dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que programe políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. Sabe-se que costumes e tradições, transmitidos de geração a geração, sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador.²³³ (original não destacado)

²³⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 196.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277** – Relator Min. Ayres Britto. Julgamento pelo Tribunal Pleno em 05/05/2011. Publicação 14/10/2011. p. 821.

²³² Para Paulo Lôbo, um gênero neutro é o que “vê homens e mulheres como iguais em direitos, afastando propositadamente as diferenças”. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 66.

²³³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 63.

O reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, no sentido atualmente conhecido, é fruto de uma construção histórica milenar, tendo florescido com a evolução das civilizações. Foi, contudo, no século XX que se assistiu aos seus maiores avanços - um período marcado por tantas rupturas e consequências causadas pelas duas grandes guerras mundiais e pelos regimes totalitários que as acompanharam, que fizeram com que se elegesse a proteção absoluta à dignidade humana como o ponto de partida para a declaração de importantes valores. Não à toa, ficou também conhecido como o século das mulheres, dada a quantidade de direitos que foram a elas estendidos de uma só vez em menos de cinquenta anos.

A Carta da ONU, tratado que estabeleceu as Nações Unidas, representou um grande passo para a humanidade nesse reconhecimento de valores, mas, para o tema ora tratado, teve importância absoluta, pois recepcionou a igualdade de direitos entre homens e mulheres de forma textualmente expressa no preâmbulo, e no artigo 8º declarou que não seriam admitidas “restrições quanto à elegibilidade de homens e mulheres destinados a participar em qualquer caráter e em condições de igualdade em seus órgãos principais e subsidiários”.

Na Constituição Federal de 1988, ao se elencar os direitos e garantias fundamentais, estabeleceu-se no art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (*caput*), declarando de forma específica no inciso I que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição", e no inciso XLI que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

Bem assim, reconheceu-se que a igualdade deve ser observada desde o âmbito familiar, por ser a família considerada como a base da sociedade, tendo o legislador constituinte assim assegurado no art. 226, além de lhe garantir especial proteção do Estado. Ainda, no § 5º do referido dispositivo, optou-se por tornar evidente que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O Constituinte abraçou a luta pela emancipação feminina ao consagrar a igualdade entre homem e mulher. Guiado por este compromisso, entendeu que essa igualdade em direitos e obrigações se estende à intimidade familiar, impondo uma divisão equitativa nas tarefas domésticas, sendo que a única exceção admissível seria em relação à gestação, parto e aleitamento.²³⁴

²³⁴ Sobre as discussões sobre o tema na Assembléia Constituinte, convém destacar na fala do então Deputado Federal José Paulo Bisol o seguinte excerto: “O que eu estranhei é que se fizesse objeção àquele dispositivo que diz: ‘O homem e a mulher são iguais em direitos e obrigações, inclusive os de natureza doméstica e familiar, a única exceção sendo os relativos à gestação, parto e aleitamento... Ora, falam tanto em direito natural. Mas, tem que haver esta distinção! O direito do trabalho vai ter que estabelecer regras que vão distinguir a mulher quando

Mas esta exceção exaltada pelo Constituinte por muito tempo alimentou uma discriminação positiva, veiculada por um discurso que enaltecia os limites de um tratamento isonômico em razão das diferenças biológicas, fisiológicas e genéticas entre os sexos. Esta aceitação de limites à igualdade refletiu na legislação trabalhista e previdenciária por meio da previsão de regulações distintas com repercussões significativas no âmbito das famílias.

Portanto, ao ressoarem na dinâmica familiar, convém analisar quais as normas do ordenamento brasileiro que ainda admitem um tratamento desigual fundado nestas diferenças, ao impor licenças maternidade e paternidade com prazos desproporcionais, e investigar de que maneira tais previsões legais se demonstram teleologicamente distorcidas, vez que fomentam desigualdades sociais cuja intenção inicial tinha por intuito prevenir, como adiante se verá.

3.3 A TUTELA DA MATERNIDADE E DA PATERNIDADE

A compreensão da existência de um licenciamento compulsório, como instrumento jurídico de conciliação entre a vida familiar e profissional, dentre as formas de manifestação da proteção da paternidade e maternidade prevista pelo legislador, e as condições de acesso pelos pais e mães no Brasil, inaugura o conteúdo interdisciplinar da presente pesquisa, e introduz um traço que lhe é tão distintivo.

Para que o Direito seja entendido como um sistema jurídico, não é possível interpretar seus ramos de forma insular, sem coerência, tal como partes separadas de um todo. Esta coerência é necessária no ordenamento jurídico, como orienta a doutrina de Norberto Bobbio²³⁵, exigindo-se que não haja normas incompatíveis entre si.

ela estiver grávida, quando tiver parido e quando estiver na fase de aleitamento, porque só elas podem atender a essas questões vitais. Então, o direito, necessariamente, vai ter que distinguir. É uma distinção natural? Aí não seria necessária a expressão "inclusive nos direitos relativos à vida doméstica e familiar". Isso não seria necessário, mas nós a colocamos porque é uma luta da mulher e tem que ficar explícito. O que queremos dizer é que o homem tem que cuidar do nenê, tem que ajudar na cozinha, tem que lavar louça etc. Ou não queremos aceitar isso? Eu aqui estou atendendo a uma luta que tem séculos, a luta de emancipação da mulher. Tenho filhas, tenho esposa, tenho mãe ainda viva, graças a Deus, com oitenta e tantos anos de idade. Cada vez que falo na igualdade entre o homem e a mulher são essas três figuras centrais da minha vida que estão sob a minha ótica. Quero que minha filha não tenha vantagem alguma em relação ao meu filho, mas que não tenha nenhuma desvantagem. E é isto que sinto com relação aos meus filhos. Acho que temos de senti-lo com referência aos outros. Ou com os filhos é uma coisa – ‘ah, não, minha filha é igual ao meu filho e eu os trato igualmente’ – mas a sociedade pode tratá-los diferente? Não!”. BRASIL. Deputado José Paulo Bisol na Ata da 8ª Reunião do dia 01.06.1987 da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 60.

²³⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 80-81.

Por isso, é impossível se limitar a uma análise do direito de cuidar apenas à luz da codificação civil, já que as normas que têm por finalidade assegurar o direito à uma licença maternidade e paternidade possuem natureza previdenciária e trabalhista, respectivamente, estando insculpidas na Constituição Federal de 1988 em seu Capítulo II destinado aos “Direitos Sociais”. E não poderia deixar de ser, pois são um resultado da inserção da mulher no processo produtivo, do reconhecimento de direitos sociais e das mudanças estruturais da sociedade, consoante se verá.

3.3.1 ORIGENS E EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO

Quanto às origens desta conquista, não se pode olvidar que os direitos sociais foram um legado da transformação das condições estruturais da sociedade, promovida pelo movimento operário ao longo do século XIX. Atribui-se à Constituição Mexicana de 1917²³⁶, ideologicamente orientada pela doutrina anarcossindicalista²³⁷, a redação das primeiras normas de direitos sociais no mundo, trazendo importante previsão em relação ao trabalho de mulheres e à proteção da maternidade, assegurando às grávidas em seu art. 123, um descanso remunerado de um mês após o parto, a garantia de emprego, e às lactantes, duas pausas extraordinárias de meia hora para amamentação.²³⁸

A este marco inaugural, agrega-se a participação feminina na força de trabalho nos países beligerantes da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), que assumiram a luta contra a

²³⁶ MÉXICO. **Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917**. Disponível em: <http://ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf> Acesso em 31 jan 2021.

²³⁷ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Constituição mexicana de 1917 e os avanços dos direitos sociais no Brasil**. Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 36, Enero-Junio 2017. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/10871/12958> Acesso em 23 abr. 2021.

²³⁸ No original:

Art. 123 (...)

II.—*La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de diez y seis años. Queda también prohibido a unas y otros el trabajo nocturno industrial; y en los establecimientos comerciales no podrán trabajar después de las diez de la noche.*

V.—*Las mujeres, durante los tres meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. En el mes siguiente al parto disfrutarán forzosamente de descanso, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por su contrato. En el período de la lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos.*

XI.—*Cuando por circunstancias extraordinarias deban aumentarse las horas de jornada, se abonará como salario por el tiempo excedente un ciento por ciento más de lo fijado para las horas normales. En ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias, ni de tres veces consecutivas. Los hombres menores de diez y seis años y las mujeres de cualquiera edad, no serán admitidos en esta clase de trabajos.* In: MÉXICO. **Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917**. Disponível em: <http://ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf> Acesso em 31 jan 2021.

fome não apenas para alimentar a si próprias e seus filhos, mas também os maridos e filhos que lutaram nas trincheiras. Como resultado, no pós-guerra, feministas e sindicalistas passaram a exigir padrões de trabalho justos para as mulheres trabalhadoras - incluindo licença maternidade remunerada - como uma questão de justiça social e segurança internacional.²³⁹

Em 1919, por meio da assinatura do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada com o objetivo de promover a justiça social²⁴⁰, e não ficou alheia às reivindicações femininas tanto que, naquele mesmo ano, adotou a Convenção nº 3, e por meio dela um padrão internacional de proteção à maternidade²⁴¹ foi estabelecido. Eram exigidas 12 semanas de licença maternidade remunerada, assistência médica gratuita durante e após a gravidez, garantias de emprego no retorno ao trabalho e pausas periódicas para amamentar.

²³⁹ No original: “*How did this coalition of government, industry and labor leaders come to recommend such a forward-looking policy a century ago? It wasn’t by choice. Instead, it was the result of feminists and female trade unionists demanding fair labor standards for working women — including paid maternity leave — as a matter of social justice and international security in the aftermath of the First World War. Global leaders bent to their will. Women played a vital role in the war. The conflict mobilized whole economies as well as vast armies; as working-age men dug into the trenches, women took their place on the factory floor. Poorly paid seamstresses and domestic servants laid down their needles and aprons and went to work building tanks and filling shells. War work was grueling, but it paid decently, and female laborers took pride in doing their part.*” In SIEGEL, Mona L. **The Forgotten Origins of Paid Family Leave**. Nov. 29, 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/11/29/opinion/mothers-paid-family-leave.html> Acesso em 23 abr. 2021.

²⁴⁰ Sobre a Organização Internacional do Trabalho (OIT): “Parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem como objetivo promover a justiça social. Ganhadora do Prêmio Nobel da Paz em 1969, a OIT é a única agência das Nações Unidas que tem estrutura tripartite, na qual representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores de 187 Estados-membros participam em situação de igualdade das diversas instâncias da Organização. A OIT é responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (Convenções e Recomendações). As Convenções, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião.

Desde a sua criação em 1919, os membros tripartites da OIT adotaram 189 Convenções Internacionais de Trabalho e 205 Recomendações sobre diversos temas (emprego, proteção social, recursos humanos, saúde e segurança no trabalho, trabalho marítimo etc.)”. In: ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **História da OIT**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em 23 abr. 2021.

²⁴¹ No original: “*In any public or private industrial or commercial undertaking, or in any branch thereof, other than an undertaking in which only members of the same family are employed, a woman-*

(a) shall not be permitted to work during the six weeks following her confinement;

(b) shall have the right to leave her work if she produces a medical certificate stating that her confinement will probably take place within six weeks;

(c) shall, while she is absent from her work in pursuance of paragraphs (a) and (b), be paid benefits sufficient for the full and healthy maintenance of herself and her child, provided either out of public funds or by means of a system of insurance, the exact amount of which shall be determined by the competent authority in each country, and as an additional benefit shall be entitled to free attendance by a doctor or certified midwife; no mistake of the medical adviser in estimating the date of confinement shall preclude a woman from receiving these benefits from the date of the medical certificate up to the date on which the confinement actually takes place;

(d) shall in any case, if she is nursing her child, be allowed half an hour twice a day during her working hours for this purpose”. In: ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **C003 - Maternity Protection Convention, 1919** (No. 3).

Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003 Acesso em: 18 abr 2021.

Ratificada por um total de 34 países nos anos que se seguiram²⁴², a Convenção nº 3 só foi validada²⁴³ pelo Brasil em 1934, tendo sido promulgada por Getúlio Vargas por meio do Decreto n. 423 de novembro de 1935. Tal compromisso estava de acordo com o projeto de desenvolvimento econômico do então presidente, que simpático aos clamores dos trabalhadores, criou diversas normas de direitos sociais desde sua ascensão ao poder por meio da Revolução de 1930.^{244 245}

Data também da “Era Vargas” o Decreto nº 21.417-A, de 17/05/1932, que se destacou como sendo a primeira norma no Brasil a tratar sobre o trabalho feminino ao regular as condições de labor das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais, e representou um enorme avanço na proteção da maternidade ao positivar em seu artigo 7º um período obrigatório para descanso de quatro semanas antes e quatro semanas após o parto, permitida a prorrogação em mais duas semanas em cada período, em caso de recomendação médica.²⁴⁶

Prevvia também a aludida legislação entre seus artigos 9º e 13 que, enquanto afastada do trabalho, a mulher receberia um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses e teve garantido o direito de reverter ao lugar que ocupava. Havia previsão, ainda, de um repouso de duas semanas em caso de abortamento não criminoso, com percepção do mesmo auxílio financeiro, vedação de dispensa discriminatória em razão da gravidez, além de outras garantias.

²⁴² ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. *Ratifications of C003 - Maternity Protection Convention*, 1919 (No. 3). Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312148 Acesso em 21 abr. 2021

²⁴³ Sobre a imperatividade das convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos: “A recente reorientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, conferindo caráter *supralegal* às regras de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, independentemente de seu *quorum* de aprovação parlamentar (STF, RE-466343; RE-349703; HC-87585, sessão de 3.12.2008), acentuou a importância no Brasil das Convenções da OIT internamente ratificadas. É que, na qualidade de repositório de regras de direitos humanos econômicos, sociais e culturais, tais Convenções passam a ter sua imperatividade incrementada em nosso sistema jurídico”. In: DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. *E-book*. p. 65.

²⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **A história da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/historia-da-justica-do-trabalho> Acesso em 21 abr 2021.

²⁴⁵ Sobre a Revolução de 30 e a ascensão de Vargas ao poder: “Em outubro de 1930, um grupo de políticos liderados por Getúlio Vargas chegou ao poder e destituiu o presidente da República Washington Luís, num movimento que eles mesmos denominaram de revolução. A partir daí, Vargas começou a governar, só deixando a Presidência da República em novembro de 1945”. In MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O voto feminino no Brasil**. 2ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019. *E-book*. p. 73.

²⁴⁶ BRASIL. Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-a-17-maio-1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Regula%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20do%20trabalho,Estados%20Unidos%20do%20Brasil%20resolve%3A&text=Sem%20distin%C3%A7%C3%A3o%20de%20sexo%2C%20a,igual%20valor%20correspondente%20a%20o%20igual>. Acesso em 23 abr. 2021

Antes desta conquista, a participação feminina na força de trabalho era ainda tímida. Não é demais lembrar que na época vigorava o Código Civil brasileiro de 1916 (Lei 3.071/1916), que, refletindo os costumes então vigentes, previa em seu art. 233, *caput* e IV, caber ao marido, entendido como provedor, exercer um papel de comando familiar, sendo facultado a ele autorizar a profissão da mulher²⁴⁷.

Assim, a legislação espelhava o modelo da família patriarcal, que esteve na base de formação social do Brasil, e para aquela sociedade, não se admitia que as mulheres trabalhassem sem a autorização do pai ou marido, o que representou uma grande barreira não só para a inserção feminina nas relações laborais, como também contribuiu para a lentidão no progresso da condição jurídica da mulher.

Consideradas relativamente incapazes pela codificação civil, as mulheres casadas eram privadas do trabalho formal, e se mantinham ocupadas com a educação dos filhos e com as atividades domésticas. Uma vez que eram criadas para servir, os homens exerciam a posição de chefe da sociedade conjugal, ficando evidente a relação de desequilíbrio entre os consortes,²⁴⁸ ao ponto de se prever expressamente que, havendo discordância, prevaleceria a vontade paterna (art. 186), pois, na condição de chefe de família, ao marido competia o exercício do pátrio poder (art. 380).

Premidas dos seus direitos políticos, diante da ausência de representatividade capaz de provocar uma mudança legislativa, não à toa, o surgimento da licença maternidade no Brasil foi tardio e se confunde com a evolução histórica do direito ao voto feminino²⁴⁹ e com a própria

²⁴⁷ Essa condição só foi alterada em 1962 com o advento do Estatuto da Mulher Casada, considerado por Maria Berenice Dias como um grande marco emancipatório. Para a autora: “O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi em 1962, quando da edição da Lei 6.121. O chamado Estatuto da Mulher Casada, devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal. Mesmo tendo sido deixado para a mulher a guarda dos filhos menores, sua posição ainda era subalterna. Foi dispensada a necessidade da autorização marital para o trabalho e instituído o que se chamou de bens reservados, que se constituía do patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família”. In: DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. 7fls. p. 1-2. Disponível em: http://berenedias.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf Acesso em: 26 abr. 2021

²⁴⁸ Neste sentido, convém registrar sobre esse desequilíbrio nas relações familiares que: “A história do processo civilizatório e o aumento da riqueza individual do homem, a monopolização da política e as bases do patriarcado, foram fatores que contribuíram para o quadro de desigualdade jurídico-social entre homens e mulheres”. In. ABÍLIO, Adriana Galvão Moura; DE ASSIS, Adriana de Fátima Guilherme. **Direitos das Mulheres: Igualdade, Perspectivas e Soluções**. Coordenação Alessandra Caligiuri Calabresi Pinto. 1ª ed. São Paulo: Almedina. p. 239

²⁴⁹ Sobre o voto feminino: “Sem saber direito o que pretendia o novo grupo que estava à frente do governo, as mulheres mantiveram-se como observadoras da cena política. Quando, porém, Vargas deu sinais de que pretendia reformular as leis eleitorais do país e promover eleições para o Legislativo, as feministas da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino e de outras entidades políticas compostas por mulheres procuraram conversar com o presidente para que, finalmente, o direito de votar fosse estendido às mulheres brasileiras. Em junho de 1931, Vargas recebeu as delegadas do Segundo Congresso Internacional Feminista no Palácio do Catete e manifestou simpatia à causa. (...) Ouvindo o apelo das mulheres a essas restrições, Vargas revisou pessoalmente o texto da comissão, e o decreto do novo Código Eleitoral, publicado em 24 de fevereiro de 1932, acolheu o voto feminino

tutela legal do trabalho feminino no país, tendo sofrido influências *i*) das mudanças sociais que acompanharam a modernização das cidades; *ii*) da profusão de direitos sociais que foram declarados no último século; e, *iii*) das transformações ocorridas em suas três primeiras décadas em relação ao comportamento feminino.

Em 1934, foi promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte a terceira Constituição brasileira, sendo a segunda da República, “inspirada no texto da Carta Magna de 1891 e na Constituição de Weimar (Constituição do Império Alemão)”²⁵⁰. Foi redigida, de acordo com seu preâmbulo, “para organizar um regime democrático, que assegure à Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”. A Carta Magna assegurou a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, além de prever um descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego. Instituiu-se a previdência, que receberia igual contribuição da União, do empregador e do empregado, destinada ao amparo à velhice, à invalidez, à maternidade e aos casos de acidentes de trabalho ou de morte. Tendo durado apenas três anos, a referida Constituição foi sucedida pela que fora outorgada por Getúlio Vargas em 1937, quando da instauração do Estado Novo. A nova Carta Política também replicou a proteção à maternidade em seu art. 137.

Sancionada no dia 1º de maio de 1943 por Getúlio Vargas, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei nº. 5.452, unificou toda legislação trabalhista existente no Brasil, inclusive a prevista pelo Decreto nº 21.417-A/1932. O Capítulo III da CLT foi inteiramente destinado à proteção do trabalho da mulher e, em sua seção V, assegurou-se a proteção à maternidade, dentre os artigos 391 a 400, com a ampliação dos períodos de repouso garantido às grávidas, que passaram a ser de seis semanas antes e depois do parto, e, em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderiam ser aumentados de mais duas semanas conforme necessidade médica, sem prejuízo dos salários e com direito à reversão para o cargo que anteriormente ocupava.

Outra previsão introduzida pela CLT foi o conteúdo do artigo 473²⁵¹, que concedeu o direito do empregado de faltar um dia de trabalho, sem prejuízo da sua remuneração, em caso

sem condições excepcionais. As mulheres poderiam votar e ser votadas. Também podiam participar de eleições os religiosos integrantes de ordens, a quem a Constituição de 1891 havia negado a prerrogativa de votar. Por consequência, freiras também poderiam votar, se quisessem. O código também previu um tipo novo de representante, o classista, que podia ser escolhido por empregados ou por empregadores” In MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O voto feminino no Brasil**. 2ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019. *E-book*. p. 73.

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **História da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/historia-da-justica-do-trabalho> Acesso em 22 abr. 2021.

²⁵¹ Em sua redação original: Art. 473. O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário e por tempo não excedente de dois dias, em caso de falecimento de cônjuge, ascendente, descendente, irmão

de nascimento de filho, para o fim de efetuar o seu registro civil. Tal garantia, porém, não deve ser interpretada como uma proteção à paternidade propriamente dita, porque o abono da falta foi vinculado à uma destinação burocrática, qual seja, apenas para fins de registro do nascimento do filho.²⁵²

O declínio dos regimes totalitaristas com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), inaugurou uma nova fase no mundo²⁵³, que no Brasil se inicia com a queda de Getúlio Vargas do poder após as eleições presidenciais de 1945 e com o fim do Estado Novo. Uma Assembleia Constituinte foi então convocada e, em 1946, uma nova Carta Magna brasileira foi promulgada, que muito se assemelhou às Constituições de 1891 e 1934²⁵⁴. Foi mantida a proteção à maternidade, o repouso das gestantes antes e depois do parto, além de instituir a previdência social em favor da maternidade em seu art. 157, XVI.

Os horrores do holocausto e a reconstrução da ordem mundial do pós-guerra ensejaram um resgate de valores pelo pensamento jurídico da segunda metade do século XX, como uma consequência da crise moral do positivismo jurídico e da supremacia da lei. Internacionalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada em 1948, e por meio dela se materializou um consenso entre as nações sobre os direitos e liberdades básicas a serem assegurados a todos os seres humanos. Internamente, diferentes países passaram a reconhecer o primado da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.²⁵⁵

Como efeito, tais acontecimentos fizeram com que o tema da proteção à maternidade voltasse a ser objeto de preocupação da OIT em 1952, tendo sido adotada

ou pessoa que, declarada em sua carteira profissional, viva sob sua dependência econômica. Parágrafo único. Em caso de nascimento de filho, o empregado poderá faltar um dia de trabalho e no correr da primeira semana, para o fim de efetuar o registro civil, sem prejuízo de salário.

²⁵² NASCIMENTO, Rafael Monteiro de Castro. **Licença-paternidade no brasil: situação atual e possibilidades de mudanças**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Brasília. 42 folhas. 2013. p. 16.

²⁵³ Período que se destacou pelo primado do valor da pessoa humana e de seus direitos fundamentais tem como sua aurora a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a criação da ONU: “No final da guerra, em 1945, nasce a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de manter a paz por meio do diálogo entre as nações. A OIT, em 1946, torna-se sua primeira agência especializada”. In: ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **História da OIT**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm> Acesso em 24 abr. 2021

²⁵⁴ Neste sentido: “A Constituição de 1946 retomou o catálogo clássico de direitos individuais e políticos, trouxe uma lista importante de direitos trabalhistas, na linha da tradição inaugurada em 1934, prevendo pela primeira vez, por exemplo, o direito de greve e de participação nos lucros. Os direitos sociais não foram particularmente desenvolvidos na Constituição, embora houvesse previsão acerca do direito à educação”. In: BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*, p. 88.

²⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*, p. 268.

a Convenção nº 103, intitulada “Convenção sobre o Amparo à Maternidade (Revista), 1952”, que inovou ao introduzir a terminologia licença maternidade como referência ao período de afastamento da empregada gestante. Estabeleceu-se como padrão uma duração mínima de 12 semanas, assegurando-se que uma parte deste período seja obrigatoriamente concedida após o parto, e que não deve ser inferior a 6 semanas, e a previsão de um licença pré-natal suplementar justificada por orientação médica.

Naquele mesmo ano, foi adotada também a Convenção sobre a Seguridade Social (norma mínima) nº 102, que dedicou a Parte VIII às prestações de maternidade introduzindo-as como uma das nove áreas da proteção social, além de prever assistência médica, e a periodicidade dos pagamentos para compensar a suspensão de ganhos de mães trabalhadoras²⁵⁶.

Ratificada pelo Brasil em 1965, a Convenção nº 103²⁵⁷ foi promulgada pelo Decreto n. 58.820²⁵⁸, de 14.7.66, e tanto a Constituição Brasileira de 1967, quanto a Emenda Constitucional de 1969, mantiveram a proteção à maternidade nos exatos moldes da Constituição de 1946. Entretanto, apesar de prever a previdência social em favor da maternidade, o ônus financeiro do afastamento só passou a ser de fato suportado pela Previdência Social a partir da edição da Lei nº. 6.136, de 7 de novembro de 1974, ainda que somente para as seguradas empregadas, e por meio da antecipação do pagamento pelo empregador e posterior desconto no montante mensalmente recolhido a título de contribuições previdenciárias.

²⁵⁶ ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Proteção da Maternidade**, Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_229653.pdf Acesso em 20 abr. 2021

²⁵⁷ A proteção da maternidade no âmbito da OIT conta inclusive com a Convenção nº 183, ainda não ratificada pelo Brasil, e dentre outros temas de tutela da maternidade, estende o período mínimo da licença maternidade para 14 semanas. “Desde que a primeira Convenção no tema foi adotada, seu âmbito de aplicação foi ampliado para abranger todas as mulheres empregadas. Assim, a Convenção nº 183 e sua Recomendação (nº 191) estendem a cobertura a todas as mulheres empregadas, independentemente da sua ocupação ou do tipo de estabelecimento, inclusive às que desempenham formas atípicas de trabalho e frequentemente não gozam de nenhuma proteção (...) A Convenção nº 183 estende o período da licença, estabelecido em 12 semanas nas convenções anteriores, para um período mínimo de 14 semanas (Art. 4). A Recomendação nº 191 sugere que esse período seja estendido a 18 semanas pelo menos. Da mesma maneira, a Convenção nº 183 incorpora o direito a uma licença adicional no caso de doença, complicações ou riscos relacionados à gravidez (Art. 5). Prevê, ainda, uma licença pós-parto obrigatória de seis semanas. O propósito dessa disposição é proteger a mulher de possíveis pressões para retornar ao trabalho em um período no qual esse retorno pode ser nocivo para a sua saúde ou de seu filho ou filha. *In*: ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Proteção da maternidade**. Notas da OIT sobre Trabalho e Família, p. 1-2. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_229653.pdf Acesso em: 15 mai. 2021.

²⁵⁸ Este diploma legal se encontra revogado, tendo sido sucedido pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, que consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. A Convenção 103 da OIT foi integralmente reproduzida no seu Anexo XXIV.

Nota-se que o passar dos anos não enfraqueceu a proteção à maternidade no Brasil, que se manteve ilesa em todas as Constituições que o país conheceu no último século, até mesmo naquelas outorgadas pelos governos mais autoritários. A proteção da paternidade, contudo, só ingressou textualmente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da redação do art. 10, § 1º, dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que estabeleceu as regras de transição para uma melhor acomodação entre o antigo ordenamento jurídico, cujo fim acompanhou a inflexão do regime militar ditatorial, e o novo, inaugurado pela Constituição Cidadã de 1988. Assim surgiu a garantia de uma licença paternidade, malgrado com um prazo de duração de somente 5 (cinco) dias, enquanto a lei complementar que a discipline não for promulgada.

Dentre os direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 abrigou a proteção à paternidade em seu art. 7º, XIX, e em seu generoso manto também amparou o crescimento da proteção à maternidade, ao ampliar a duração da licença remunerada à gestante de 84 dias (doze semanas) para o padrão mínimo de 120 dias, dentre outras garantias, como se verifica em seus artigos 6º, 7º, XVIII, 10, II, *b*, § 1º, 201, *caput*, e 203, I.

Ei-la, pois, a quase secular trajetória de conquistas do fértil terreno da proteção à maternidade e à paternidade. Uma estrada, porém, que ainda se demonstra inacabada diante do longo caminho que as separa, mesmo com uma Carta Magna já balzaquiana, calcada na dignidade humana e na busca da igualdade material e da justiça social. Não obstante os avanços da ciência na compreensão das habilidades parentais comuns entre homens e mulheres, a assimetria no tratamento do tema demonstra estar arraigada no senso comum das diferenças biológicas entre os sexos tanto no imaginário dos próprios cidadãos, do setor econômico e do legislador ordinário, que até o momento se omitiu em promulgar a lei complementar que disciplinará a licença paternidade.

Nas linhas seguintes, será possível entender o estado da arte da proteção da maternidade e da paternidade na atualidade e como têm sido identificados os seus beneficiários, quais as antinomias e desigualdades verificadas que incentivam um distanciamento da sociedade brasileira do objetivo construído pelo Constituinte originário, para que finalmente seja livre, justa e solidária.

3.3.2 A PROTEÇÃO E SEUS ANACRONISMOS NA ATUALIDADE

O contexto histórico analisado demonstra que a proteção à maternidade foi inicialmente erigida e acompanhou as transformações sociais e a emancipação feminina conquistada ao longo do último século. A ideia se amparava em todas as implicações fisiológicas no corpo da mulher com o ato de gestar e dar à luz – mudanças que demandam esforço do organismo, como em razão dos cuidados e amamentação da criança nascida. Tanto o é que, em princípio, essa garantia era concedida apenas às mulheres, recebendo a nomenclatura de “licença gestante”.

Na atualidade, além da licença que continua se aplicando à maternidade pelo fato biológico, ainda há dispositivos que irão se projetar objetivamente à gestante e à lactante dentro do paradigma de proteção à maternidade, mormente nas relações de trabalho, *i*) pela estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até o 5º (quinto) mês após o parto conferida pelo art. 10 do ADCT, garantia que foi estendida a quem detiver a guarda da criança em caso de falecimento da genitora, nos termos da Lei Complementar n. 146/2014; *ii*) possibilidade de transferência de local de trabalho em caso de prescrição médica, assegurado o direito de reversão após o licenciamento compulsório; *iii*) direito de se ausentar do trabalho sem prejuízo do salário por, no mínimo, seis vezes, para fins de consulta médica e exames durante a gestação (§ 4º do art. 392 da CLT); *iv*) faculdade de romper o vínculo de emprego, sem que seja feito qualquer desconto ou cobrada indenização, quando prejudicial à gestação, como autoriza o art. 394; *v*) expressa vedação à discriminação da mulher por motivo de estado de fertilidade e gravidez, caracterizada como ilícito penal e trabalhista a conduta discriminatória do empregador, nos termos da Lei n. 9.029/1995 que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho; *vi*) a *novel* imposição do compulsório afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, sem prejuízo da remuneração, nos termos da Lei nº 14.151/2021; e, *vii*) duas pausas de meia hora de duração no curso da jornada de trabalho para amamentação do filho, mesmo advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, podendo ser dilatado, a critério da autoridade competente.

A par das situações mais específicas acima detalhadas, a explicação para a compreensão da tutela da maternidade que propõe o uso do termo gestante como sinônimo, e não como espécie de destinatário da proteção, reside no próprio entendimento de gênero, como elucida Alice Monteiro de Barros. Até meados do século XX, utilizava-se como critério um modelo unidimensional, que partia de um determinismo biológico segundo o qual homens e mulheres

possuíam uma natureza diferente, com traços da personalidade, preferências, valores e atitudes distintas, que induziam à conclusão de que mulheres possuíam uma vocação natural para a esfera privada, e para as habilidades maternas, enquanto o homem possuía inclinações naturais que pendiam para atividades viris.²⁵⁹

Segundo a autora, esta concepção prevaleceu até o início dos anos setenta e, por inspiração do discurso de liberação da época, o raciocínio ultrapassado deu lugar ao entendimento de que este determinismo “masculino x feminino” é uma crença limitante, pois parte de uma orientação reducionista do potencial humano, ao apenas enxergar qualidades opostas e excludentes, como se a natureza humana fosse a única capaz de definir tais componentes do gênero.²⁶⁰ Não obstante este desenvolvimento, nem mesmo a plenitude em direitos e obrigações adquirida pela mulher, por intercessão da Constituição Federal de 1988, foi capaz de apagar plenamente essas assimetrias jurídicas históricas entre homem e mulher.²⁶¹ É tanto que, atualmente no Brasil, ainda permanece um grande abismo entre a licença maternidade e paternidade.

Convém verificar as duas formas de acesso à licença em razão da filiação, que encontram eixo na Constituição mas possuem fundamentos distintos, não somente em razão dos sexos dos pais, mas quanto à qualidade dos beneficiários e fonte de custeio.

3.3.2.1 REGRA GERAL

A regra geral da licença maternidade se encontra disciplinada por mais de um diploma legal, desde a CLT, no art. 392 e seguintes, à Lei nº 8.213/1991, nos arts. 71 a 73 e, também, nos arts. 93 a 103 do Decreto nº 3.048/1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social.

Na seara trabalhista, a CLT é clara ao dispor sobre a proteção à maternidade, prevendo um licenciamento compulsório remunerado de 120 (cento e vinte) dias²⁶², de acordo com a redação do artigo 392 e seguintes, podendo o afastamento ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo)

²⁵⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 47, n. 77, p. 67-83, jan./jun. 2008, p. 67.

²⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 47, n. 77, p. 67-83, jan./jun. 2008, p. 67.

²⁶¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 90.

²⁶² Essa duração pode ser ampliada de acordo com a lei nº 13.985, de 7 de abril de 2020, que instituiu a pensão especial destinada a crianças com síndrome congênita do zika vírus, nascidas entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2019, pelo acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC). A referida lei ainda assegurou às mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, a licença maternidade e salário maternidade de 180 (cento e oitenta) dias, em seu artigo 5º.

dia antes do parto, sendo que os períodos de repouso, antes e depois, pode ser majorado em duas semanas, por orientação médica.

Cumprido destacar ter entendido o STF, no julgamento da ADI nº 6.327/DF que versava sobre a necessidade de prorrogar o benefício, que em caso de internação das mães ou dos bebês após o parto, deve se considerar como termo inicial da licença-maternidade, e do respectivo salário-maternidade, a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, na hipótese do período de internação exceder as duas semanas dantes mencionadas, previstas tanto no art. 392, §2º, da CLT, quanto no art. 93, §3º, do Decreto 3.048/1999. O entendimento do Pretório Excelsior considerou que as crianças ou suas mães que são internadas após o parto são desigualmente privadas do período destinado à sua convivência inicial e que bebês após um período de internação demandam cuidados especiais em relação a sua imunidade e desenvolvimento.²⁶³

O licenciamento é também um direito da empregada ou empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, tanto de criança quanto de adolescente, mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardião. No entanto, neste caso, só será concedido a apenas um dos adotantes ou guardiães, empregado ou empregada. Por fim, outra peculiaridade do regramento em apreço é que, em caso de abortamento não criminoso, desde que comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá direito a um repouso remunerado de duas semanas, com direito a reversão ao cargo que antes ocupava após esse período.

Bem assim, no campo previdenciário, o Regime Geral de Previdência Social que é regulado pela lei nº 8.213/91, inclui nos planos de benefícios dentre as formas de amparo aos riscos sociais o salário-maternidade, entre o seu art. 71 e seguintes, prestação que é perceptível pelo período de 120 (cento e vinte dias) pela segurada - trabalhadora urbana ou rural, sendo que para esta última mediante comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício. Sendo a exigência de carência dispensada nos casos de prestação de salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica.

Nota-se, pois, que a Previdência Social estende o acesso ao salário-maternidade não só à mãe empregada a que alude a CLT, mas a qualquer segurada, seja ela contribuinte individual ou facultativa, com carência atendida e desde que ocorra o parto, e até mesmo à desempregada que esteja no período de graça, o chamado lapso temporal que estende a manutenção da

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 6.327/DF**. Relator: Luiz Edson Fachin. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, 03 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343497204&ext=.pdf> acesso em 27 set. 2021.

qualidade de segurado, embora tenha perdido a sua atividade laborativa e não esteja mais contribuindo para o regime, como orienta o art. 15 da Lei nº 8.213/1991.

Importante observar que a natureza do salário-maternidade é previdenciária, mesmo que o empregador, urbano ou rural, tenha a obrigação de adiantar a sua prestação para posterior reembolso. O INSS se mantém sendo o único responsável pelo pagamento do benefício, de modo que tal prestação antecipada não se confunde com o conceito de salário propriamente dito. Tanto o é que se assegura o acesso ao benefício inclusive à segurada desempregada, como já explicado, que fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social, como disciplina o art. 97 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, com a posterior alteração dada pelo Decreto n. 6.122/2007.

A sua natureza previdenciária é evidente também quando considerado que, enquanto benefício, tem por fundamento não somente a maternidade em si, mas também a proteção em razão dos riscos sociais decorrentes dela.²⁶⁴ Tanto o é que a Instrução Normativa (IN) nº 77/2015, ao estabelecer as rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, dispõe que a concessão do salário-maternidade não está condicionada ao nascimento com vida da criança, sendo devido inclusive nos casos de natimorto, aborto não criminoso, além de reforçar a possibilidade, ainda que excepcional, de se aumentar o repouso antes e depois do parto em duas semanas em caso de recomendação médica, desde que, nas hipóteses em que o pagamento for feito diretamente pela Previdência Social, o benefício somente será prorrogado mediante confirmação do risco verificado pela Perícia Médica do INSS, tudo conforme orientam os arts. 340 e 343 da IN 77/2015.

Ora, uma vez que a CLT resguarda em seu artigo 395 um repouso remunerado à empregada por abortamento não criminoso por 2 (duas) semanas, uma vez comprovado por

²⁶⁴ O Tribunal Superior do Trabalho já reconheceu essa repercussão na proteção pelos riscos da maternidade ao concluir pelo direito à estabilidade provisória incluída no art. 10, II, b, do ADCT mesmo em caso de natimorto: I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. GESTANTE. NATIMORTO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. Demonstrada transcendência social, ante a possível violação do art. 10, II, “b”, do ADCT, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II – RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. GESTANTE. NATIMORTO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. O art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT, ao prever a estabilidade “desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”, não faz qualquer ressalva ao natimorto. Logo, é forçoso concluir que a garantia provisória ao emprego prevista no referido dispositivo não está condicionada ao nascimento com vida. Indenização substitutiva do período de estabilidade devida desde a data seguinte à dispensa até cinco meses após o parto. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1001880-03.2016.5.02.0023 - 2ª Turma - Ministra Relatora Delaíde Miranda Arantes – Acórdão publicado em: 14.06.2019).

atestado médico oficial, parece surgir uma antinomia quanto à duração do repouso em relação à redação dantes vista do art. 340 da IN nº 77/2015.

Sem embargo, essa antinomia é apenas aparente, pois os §§ 3º e 4º do artigo 394 da Instrução Normativa nº 77/2015 esclarecem o ponto nodal entre a concessão do salário-maternidade no caso de parto antecipado e natimorto e o repouso remunerado por abortamento: a ocorrência ou não do parto, assim considerado como o evento que gerou a certidão de nascimento ou certidão de óbito da criança. Logo, havendo parto, o que será possível se verificar pelas certidões apontadas, será concedido o salário-maternidade por 120 (cento e vinte) dias. Caso não haja, o relatório médico irá apontar a ocorrência de abortamento não criminoso.

Analizadas as peculiaridades da proteção da maternidade da segurada, é preciso conferir como pode ser exercido o direito à licença paternidade pelos empregados. Por meio de uma interpretação sistemática entre a CF e o texto da CLT, manteve-se o período mínimo de cinco dias atribuído constitucionalmente, já que ainda inexistente a lei complementar a que alude o art. 7º, I, da Carta Magna.

Trata-se, em verdade, de uma licença de duração bastante curta, mas que já supera o afastamento remunerado previsto no art. 473, III, da Consolidação das Leis do Trabalho com a atualização conferida pelo Decreto-lei nº 229/1967. Neste caso, a sua natureza é diversa da licença maternidade, pois é exclusivamente do empregador a responsabilidade pela remuneração paterna durante a licença, por ser hipótese de interrupção contratual, em que não há exigibilidade de labor a ser prestado pelo empregado, mas subsiste o compromisso patronal com o seu pagamento.

Às regras gerais se acresce ainda a possibilidade de prorrogação da duração das licenças maternidade e paternidade por meio do programa “Empresa Cidadã”, instituído pela Lei nº 11.770/2008 e regulamentado pelo Decreto nº 7.052/2009, e se destina aos obreiros cujo empregador participe do referido programa encorajados por incentivos fiscais²⁶⁵. Há, neste caso, uma ampliação por sessenta dias da duração da licença maternidade e por quinze dias a duração da licença paternidade, conforme Lei nº 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância), sendo o custeio da prorrogação antecipado pelas organizações para dedução futura.

²⁶⁵ Apesar dos esforços do governo para fomentar a participação das empresas, o programa acabou tendo baixa adesão, vez que o reembolso é feito mediante deduções fiscais, mas limitadas ao cálculo do valor do IRPJ com base no lucro real. In: BRASIL. Subsecretaria de Arrecadação e Atendimento. **Programa Empresa Cidadã**. Receita Federal, dez. 2016. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/isencoes/programa-empresa-cidada/orientacoes>> Acesso em 10 out. 2018.

Quanto a outras formas de manifestação da proteção da maternidade e paternidade, cumpre destacar que a Lei nº 13.467/2017 (conhecida como Reforma Trabalhista) também veda que norma coletiva possa suprimir ou reduzir licença maternidade e paternidade.²⁶⁶ Curiosamente, no entanto, só indica expressamente não ser possível suprimir ou reduzir o período mínimo de 120 (cento e vinte) dias da licença maternidade, enquanto que silencia quanto à duração da licença paternidade, remetendo apenas genericamente à lei.

Tal observação pode aparentar apenas uma obviedade diante da ausência da lei que a discipline, mas o fato de não resguardar o prazo mínimo de 5 dias apenas reforça o entendimento de que, efetivamente, sequer surgiu uma licença paternidade até o momento no Brasil, tendo se inaugurado apenas a sua nomenclatura. O tempo concedido é tão exíguo que, diante da ausência da lei que discipline a previsão constitucional, esta parece ter se limitado à terminologia e a uma ampliação mínima do abono concedido para registro do nascimento do filho, consoante destinação prevista inicialmente pela CLT.²⁶⁷

Embora pertinente a reflexão dos que negam a vigência do direito, tem-se que, para efeitos práticos, sob qualquer ângulo possível, está-se diante de uma lacuna legal que o legislador ordinário se omite em disciplinar há mais de 30 (trinta) anos. Ainda que os cinco dias de ausência justificada ao trabalho sejam ou não licença paternidade em essência, o comando constitucional segue sendo descumprido, sem qualquer tipo de insatisfação por parte da sociedade.

Não se pode olvidar que tal apatia com a problemática é incongruente com a justeza ansiada pelo constituinte, tornando o proveito obtido com a licença maternidade pelo menos nove vezes superior à concedida aos pais, um anacronismo que precisa ser superado em prol do futuro das próximas gerações e do desenvolvimento social. É como se o legislador patinasse ao redor do tema ao longo dos anos, sem, no entanto, ter a coragem de enfrentá-lo, optando por propor modificações miúdas, mas que, por uma interpretação finalística à luz da Constituição, tem o condão de arrastar outras transformações legais, como já vem sendo feito pela jurisprudência dos tribunais pátrios. A conclusão lógica desse comportamento é que o dissenso

²⁶⁶ Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

(...)

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;

²⁶⁷ NASCIMENTO, Rafael Monteiro de Castro. **Licença-paternidade no brasil:** situação atual e possibilidades de mudanças. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Ano 2013. 42 fls. p. 16-17. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/5873/1/2013_RafaelMonteirodeCastroNascimento.pdf Acesso em 10 mai. 2021.

no tratamento entre pais e mães pelo legislador induz que se acostume com os resquícios de uma sociedade patriarcal, sem a audácia de se libertar dela por completo, um anacronismo que não mais se sustenta. Certamente essa distinção que ainda se preserva pode representar as últimas correntes que mantêm o Brasil cativo de uma visão obsoleta e unidimensional do homem e da mulher e dos novos arranjos familiares.

Quiçá, o caminho para este rompimento já tenha começado a ser pavimentado com a edição da Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013, que acresceu importantes dispositivos à CLT e ao Regime Geral da Previdência Social, estabelecendo o direito do cônjuge da segurada, ou de seu companheiro, ao prazo remanescente da licença, no caso de falecimento da mãe durante a sua fruição, em atenção ao melhor interesse da criança, e previu o direito do empregado-adotante ao mesmo benefício.

Assim, por meio da inclusão do artigo 71-A à Lei 8.213/31, o benefício passa a ser devido para qualquer hipótese de filiação na mesma medida, isto é, seja pelo fato biológico ou por adoção, independentemente da idade da criança²⁶⁸, até mesmo se a genitora também tenha originalmente recebido. Além da norma extirpar qualquer diferenciação entre filhos, também promoveu importante avanço ao expressamente prever que o segurado adotante pode ter acesso ao salário-maternidade. Apesar da evolução em não o limitar apenas à mulher com a inclusão do segurado adotante como destinatário do benefício em famílias monoparentais, em relação às uniões homoafetivas, por outro lado, restringiu-se a concessão à um só segurado, ainda que cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social, conforme redação do art. 71-A.

²⁶⁸ Antes da legislação em comento, a mãe adotiva passou a ter reconhecido o direito à licença maternidade e à concessão de salário-maternidade com a duração variável a depender da idade da criança, por meio da previsão da Lei nº 10.421, de 15.04.2002, que apesar de parcialmente revogada, continha a seguinte redação:

Art. 2º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

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

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Art. 3º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

A seu turno, ao incluir o artigo 71-B à lei 8.213/31, passou-se a estender ao cônjuge ou companheiro supérstite que tenha a qualidade de segurado, todo o benefício, ou a parte que não tenha sido fruída, em caso de falecimento daquele que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade, e desde que requerido até o último dia do prazo previsto para o término do benefício originariamente devido. Nesta condição, o benefício será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado nos termos do § 2º do art. 71-B.

Em que pese não sem demora, tais possibilidades trouxeram um grande desdobramento ao tema em comento, haja vista afastar a nomenclatura de uma licença gestante, o que elimina a justificativa fisiológica da proteção, e por estender ao cônjuge ou companheiro sobrevivente segurado o acesso a tal benefício, o que demonstra um alargamento da compreensão do legislador, que passou a identificar como destinatário do benefício não apenas as seguradas, mas também os segurados que se enquadrem na previsão legal.

Sob a perspectiva lógica incorporada ao ordenamento pela inovação legislativa, suscitou-se uma controvérsia jurisprudencial quanto à aplicação retroativa desta forma de concessão, isto é, quanto à possibilidade de aplicação do art. 71-B da Lei nº 8.213/91 a fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor. Instada a se manifestar, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU)²⁶⁹ se pronunciou positivamente sobre ser possível a fruição do benefício ainda que o óbito tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 12.873/2013 (que incluiu o art. 71-B na lei 8.213/91).²⁷⁰

Nas razões de decidir, a TNU buscou extrair o “significado que melhor se coadune à moldura constitucional e legal do benefício de salário-maternidade”²⁷¹ optando por considerar

²⁶⁹ Sobre a TNU: “A Lei n. 10.259/2001 previu a criação da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, que funciona junto ao Conselho da Justiça Federal. Tem competência para apreciar os pedidos de uniformização de interpretação de lei, em questões de direito material, fundado em divergência entre decisões de turmas recursais de diferentes regiões ou em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. O objetivo primordial é uniformizar a jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Federais”. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Turma Nacional de Uniformização.** Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=352#:~:text=A%20Lei%20n.,a%20Conselho%20da%20Justi%C3%A7a%20Federal.&text=O%20objetivo%20primordial%20C3%A9%20uniformizar.%20C3%A2mbito%20dos%20Juizados%20Especiais%20Federais. Acesso em: 10 mai 2021.

²⁷⁰ Tema 236 da TNU: “É cabível a concessão de salário-maternidade em favor do genitor segurado em caso de óbito da mãe ocorrido após o parto, pelo período remanescente do benefício, ainda quando o óbito tenha ocorrido antes da entrada em vigor da lei nº 12.873/2013 (que incluiu o art. 71-B na lei 8.213/91)”. In: BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **PEDILEF 0072880-17.2013.4.01.3800/MG. Relatora:** Juíza Federal Polyana Falcão Brito. Acórdão publicado em 26/2/2021.

²⁷¹ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **PEDILEF 0072880-17.2013.4.01.3800/MG. Relatora:** Juíza Federal Polyana Falcão Brito. Acórdão publicado em 26/2/2021.

“o princípio da primazia do interesse do menor como vetor de interpretação fundamental para a análise de normas que versam sobre a proteção à maternidade e à infância”²⁷², ao argumento de que:

Conforme entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, o salário-maternidade é um benefício de natureza previdenciária e não trabalhista e seu escopo de proteção social vai além da proteção ao trabalho da mulher para alcançar todos os riscos sociais inerentes ao evento maternidade, de modo que o seu alcance se projeta para a família e não apenas para a mãe. Por isso, qualquer interpretação finalística sobre o conteúdo do salário-maternidade não pode desconsiderar o indivíduo mais vulnerável que dele se beneficia: a criança.²⁷³ (Original não destacado)

Aduziu ainda a relatora Polyana Falcão Brito que, quando a Lei nº 8.213/91 alude ao termo feminino “segurada” no *caput* do art. 71, deve-se interpretá-lo no sentido de uma regra geral que, no entanto, não impede, por uma compreensão extensiva, que o homem segurado possa ser o destinatário do benefício com o intuito de se proteger a criança diante do óbito precoce de sua mãe na perspectiva social da proteção à infância.²⁷⁴

Bem assim, pelo voto condutor do julgamento, resta claro que não se trata de um *bis in idem* em razão da pensão por morte que a criança tem direito, pois enquanto a pensão se presta a repor a renda percebida pela mãe em vida, o salário maternidade, por outro lado, permite que o genitor, que também precisa ter a qualidade de segurado ao tempo do nascimento da criança, afaste-se do próprio trabalho para cuidar do filho sem prejuízo da sua renda. Por fim, para a TNU, não se trata de um pagamento que ofenda o princípio da prévia fonte de custeio ou do equilíbrio atuarial porque presente o fato gerador do salário-maternidade, qual seja, parto de criança nascida de segurada empregada e que esta tenha a carência cumprida para a concessão do benefício, cujo pagamento só foi interrompido pelo óbito da mãe, um evento posterior imprevisível.²⁷⁵

Famílias monoparentais já desfrutam do acesso ao salário-maternidade, assim como, de forma parcial, as famílias formadas por parceiros do sexo masculino, em que já se reserva o direito a um dos companheiros pela inteligência do art. 71-A da Lei 8.213/91. A antinomia fica evidente, contudo, em relação às uniões homoafetivas envolvendo mulheres.

²⁷² BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **PEDILEF 0072880-17.2013.4.01.3800/MG. Relatora:** Juíza Federal Polyana Falcão Brito. Acórdão publicado em 26/2/2021.

²⁷³ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **PEDILEF 0072880-17.2013.4.01.3800/MG. Relatora:** Juíza Federal Polyana Falcão Brito. Acórdão publicado em 26/2/2021.

²⁷⁴ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **PEDILEF 0072880-17.2013.4.01.3800/MG. Relatora:** Juíza Federal Polyana Falcão Brito. Acórdão publicado em 26/2/2021.

²⁷⁵ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **PEDILEF 0072880-17.2013.4.01.3800/MG. Relatora:** Juíza Federal Polyana Falcão Brito. Acórdão publicado em 26/2/2021.

É o caso, por exemplo, do processo nº 0000321-19.2018.4.03.9301, que tramitou em segredo de justiça no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. De acordo com os autos, por meio da técnica de reprodução assistida, uma das companheiras ficou grávida de gêmeas, sendo que a companheira que não gestou se comprometera a tomar medicação estimulante para produzir leite materno e assim poder auxiliar na amamentação das filhas. Após o nascimento das crianças, pleiteada licença maternidade por ambas, vez que seguradas do RGPS, houve negativa administrativa parcial e somente a mãe biológica obteve seu pedido deferido.

Ajuizada a demanda, o entendimento da autarquia foi mantido pelo Juízo sob o argumento de que, em que pese o preenchimento dos requisitos, o fato da companheira que gestou as crianças ter obtido acesso ao salário-maternidade tornou sem amparo legal o pleito da sua companheira. Não obstante ter sido reconhecido os objetivos nobres do casal e os benefícios da amamentação e dos cuidados integrais no começo da vida das filhas, observou a Magistrada sentenciante que a única exceção possível à concessão da licença maternidade a mais de um segurado é a previsão do art. 71-A, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, que resguarda o direito da mãe adotante ainda que a mãe biológica da criança tenha usufruído do benefício.

Esta compreensão amplia consideravelmente a pertinência da discussão proposta nesta pesquisa, e todo o alargamento no acesso ao benefício previsto na legislação, além da possibilidade de aplicação retroativa à vigência da norma a partir do entendimento jurisprudencial analisado, somam-se com o intuito de minimizar os efeitos deletérios da omissão legislativa, em não disciplinar a licença paternidade, o que dificulta o reconhecimento dos reais destinatários do licenciamento compulsório: os integrantes da família, aos quais se aplicam as duas dimensões do cuidado.

2.3.2.2 REGRAS ESPECÍFICAS

A Constituição Federal determinou em seu art. 39 que a União, estados, o Distrito Federal e os municípios deveriam instituir, dentro do âmbito de suas competências, o regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Ao que aqui interessa, também estendeu aos servidores públicos alguns dos direitos dos trabalhadores por ela previstos no art. 7º, conforme §3º do art. 39, tendo indicado dentre eles os incisos XVIII e XIX, que resguardam o direito à licença maternidade e paternidade, respectivamente.

Sobre a abrangência do termo servidor público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro elucida que a Magna Carta tanto o utiliza como expressão empregada ora de forma generalista, a fim de “designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado”.²⁷⁶

Há, em decorrência uma distinção importante a fazer, no sentido de que há servidores públicos ocupantes de cargos públicos (estatutários) e há servidores públicos ocupantes de empregos públicos. Assim, os ocupantes de cargos públicos serão regidos pelo regime jurídico próprio do ente federativo correspondente, enquanto os empregados públicos terão seus contratos de trabalho regidos pela CLT, aos quais será aplicado o regime geral de previdência social. Essa diferenciação guarda relevo com o tema em estudo porque, a depender da natureza do vínculo, a proteção da maternidade e da paternidade terá um tratamento diferenciado.

Por razões didáticas, haja vista existirem no Brasil 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios²⁷⁷ e 26 (vinte e seis) estados, além do Distrito Federal, o que tornaria uma tarefa hercúlea analisar quais entes dispõem de regime jurídico próprio para reger seus servidores públicos, bem assim, se foram, e como eventualmente foram, reguladas a proteção da maternidade e paternidade em cada um deles, será considerado neste estudo, como representativo dos demais regimes especiais, o regime jurídico dos servidores públicos federais de que trata a Lei n. 8.112/1990.

Defende-se que não haverá prejuízos nessa opção porque o próprio Superior Tribunal de Justiça entendeu, quando provocado no RMS nº 46.438/MS²⁷⁸ cuja relatoria coube ao Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins, que é possível a analogia das legislações estaduais e municipais com a Lei n. 8.112/1990, consoante permitido pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ainda que a Corte Superior tenha feito ressalvas quanto à

²⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 697

²⁷⁷ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Panorama. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama> Acesso em 27 set. 2021.

²⁷⁸ O acórdão seguiu assim ementado: “DIREITO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DO DIREITO A RECONDUÇÃO PREVISTO NO ART. 29, I, DA LEI 8.112/1990 A SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. (...) 4. Não é possível a aplicação, por analogia, do instituto da recondução previsto no art. 29, I, da Lei 8.112/1990 a servidor público estadual na hipótese em que o ordenamento jurídico do estado for omissivo acerca desse direito. Isso porque a analogia das legislações estaduais e municipais com a Lei 8.112/1990 somente é possível se houver omissão no tocante a direito de cunho constitucional autoaplicável que seria necessário para suprir a omissão da legislação estadual, bem como que a situação não dê azo ao aumento de gastos. (...) Recurso ordinário improvido”. (Original não destacado). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 46.438/MS**. Relator: Humberto Eustáquio Soares Martins. Diário Oficial da União, 18 dez. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42669471&num_registro=201402256083&data=20141219&tipo=91&formato=PDF Acesso em 27 set. 2021.

aplicabilidade, quais sejam, *i*) se houver omissão no tocante a direito de cunho constitucional, que seja autoaplicável; e, *ii*) se a situação não dê azo ao aumento de gastos; certo é que a matéria ora discutida admite analogia em caso de omissão, por ser direito fundamental dos trabalhadores e servidores públicos, consoante expresso no art. 7º e, por aproximação, no §3º do art. 39, respectivamente, ambos da Magna Carta.

Superado o necessário esclarecimento, compulsando o regime destinado aos servidores públicos federais, verifica-se ter sido inserido na seção V da Lei 8.112/1990 dentre os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor licenças maternidade, adoção e paternidade que acompanham a orientação constitucional. De acordo com o art. 207, à servidora gestante o licenciamento compulsório assegurado é de 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração, que se iniciará no primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica, ou a partir do parto, em caso de nascimento prematuro. Já pela redação do art. 208, em caso de nascimento ou adoção de filhos, o servidor tem resguardado o direito à licença paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.

Assim como a Lei nº 11.770/2008, que instituiu o programa “Empresa Cidadã”, previu a possibilidade de prorrogação da licença maternidade e paternidade para os empregados de estabelecimentos vinculados ao programa, houve expressa previsão de facultar à administração pública tal dilação da duração do licenciamento compulsório de mães servidoras, possibilidade esta que foi regulamentada pelo Decreto nº 6.690/ 2008, admitindo-se a ampliação por 60 (sessenta) dias por meio de simples requerimento, nos termos do art. 2º caput e § 1º daquele diploma, condicionada a prorrogação do benefício ao requerimento até o final do primeiro mês após o parto. Da mesma forma, o progresso legislativo passou a admitir a possibilidade de majorar por 15 (quinze) dias a licença do servidor, nos termos do art. 1º e 2º do Decreto nº 8.737/2016.

Além de ter sido mantido um vão de 115 dias entre a duração da licença paternidade e maternidade, o que já é um vazio protetivo totalmente incongruente, observa-se ser também desconcertante que, a depender da modalidade de filiação, tenha havido discriminação por parte do legislador entre as mães biológicas ou por adoção. É que, pelo que consta no art. 210 do regime jurídico dos servidores federais, limitou-se à apenas 90 (noventa) dias de duração a licença remunerada destinada à servidora em caso de adoção ou concessão de guarda judicial de criança de até 1 (um) ano de idade. Nos casos de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de duração previsto é reduzido para 30 (trinta) dias. Assim,

é evidente o tratamento diferenciado atribuído à maternidade pelo fato biológico, que supera a licença adotante em, no mínimo, trinta dias, a depender da idade da criança.

Logo, em que pese o tema ter evoluído para as seguradas do Regime Geral da Previdência Social, onde verdadeiramente se chegou a um tratamento igualitário total e incondicionado entre filhos biológicos e adotivos desde 2009, constatou-se, no entanto, que para as servidoras públicas a regulamentação da matéria ainda estava ultrapassada.

Para superar esta antinomia, deve-se compreender o texto legal a partir do princípio da dignidade humana e de uma interpretação sistemática da Constituição, conferindo o sentido de que “a licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias”.²⁷⁹

Este foi o importante balizamento sobre o tema conferido pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, em sede de repercussão geral (número 782) no Recurso Extraordinário nº 778.889/PE. Sob o argumento de ter havido uma mutação constitucional, foi fixada a tese de que é devida a licença maternidade pelo mesmo período de duração tanto no caso de filiação biológica quanto no caso de adoção, independentemente da idade da criança adotada.

A condução deste julgamento foi da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, para quem o significado, o sentido e o alcance que se deve dar ao art. 7º, XVIII, da Constituição, foi alterado à luz dos compromissos de valores e de princípios assumidos pela sociedade brasileira ao longo de sua evolução histórica. O fundamento do julgado se baseou no fato de que viola o “direito dos filhos adotados à igualdade e à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente, pretender que crianças em condições muito mais gravosas gozem de período inferior de convívio com as mães”.²⁸⁰

O que motivou o relator do *leading case* foram os estudos recentes sobre a temática da adoção, em que se reconheceu que a adaptação de uma criança a uma nova família e os primeiros meses de convívio demandam tempo, paciência e disponibilidade por parte dos pais. E que tanto nas adoções de bebês, quanto nas mais tardias, não há qualquer indicativo de que a

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário REX 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016, p. 1. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário REX 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016, p. 36. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016

dedicação necessária seja menor, vez que quanto maior a idade maior é o tempo de exposição a cuidados inadequados, traumas e institucionalizações.²⁸¹

Reconheceu-se que “os desafios da família que adota uma criança não são pequenos, mas, devido a razões culturais, o membro da família mais onerado pela experiência é a mulher”, e, por consequência, “ela será menos disponível para si mesma, para o trabalho, para a vida social, para a família e será muito mais demandada em casa”. Defendeu-se, portanto, que “o não desenvolvimento de um discurso feminino sobre a questão é, por si só, sinal da naturalização da desigualdade e do estigma”.²⁸²

Além do argumento da proteção da criança, há um outro, tão relevante quanto, que é a defesa de uma minoria, a mãe-adoptante. Segundo estudos retratados no julgado, o mesmo percentual de mães gestantes com depressão é encontrado dentre as mães adotantes, o que permite concluir que a “‘depressão pós-maternidade’ pode não ser um fenômeno puramente biológico ou hormonal e estar ligado ao estresse psicológico e ambiental decorrente da chegada da criança”.²⁸³

Sob tais fundamentos, o Supremo Tribunal Federal concluiu que o art. 7º, XVIII da Constituição pretendeu alcançar toda e qualquer licença maternidade, devendo ser interpretado em consonância com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres, para atender aos fins para os quais o benefício é previsto. Devendo, inclusive, ser proporcional ao desafio a ser enfrentado, em sua vertente de vedação à proteção deficiente, vez que a licença maternidade serve para auxiliar a mulher a ultrapassar o período de adaptação e de transição em decorrência da chegada do novo filho.²⁸⁴

Da análise do julgado, observa-se um incontestável avanço no conceito de proteção à maternidade. Mas emerge, ainda, um sentimento de incompletude quando se pondera o

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário REx 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016, p. 35. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário REx 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016, p. 39. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário REx 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016, p. 39. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário REx 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016, p. 42. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016

progresso da matéria no Brasil pois se observa que ainda há condições de melhorar. Isso porque, se com o reconhecimento de que *i*) a importância da amamentação, seu estímulo, e o descanso que o corpo feminino demanda após toda uma gestação, não são mais as justificativas para a concessão de uma licença maternidade; *ii*) vez que às mães que não passaram pelas dores do parto, para as quais o filho nasceu no seio da família por meio de um processo de adoção, que impõe desafios até mais duradouros, tiveram estendido o direito à licença em igualdade de condições; *iii*) associado ao fato de que já se permite, às famílias monoparentais e homoafetivas o acesso ao salário-maternidade; e, *iv*) além de ser possível, em caso de falecimento da mãe, ao cônjuge/companheiro e pai sobrevivente que não se ausenta, a transferência do tempo e remuneração concedidos à mulher com a licença maternidade; acredita-se, portanto, que há espaço para avanços, dada a necessidade de uma nova ruptura com estereótipos e papéis de gênero, no sentido de permitir de forma plural aos pais e às mães o direito de cuidar da prole com a chegada do novo membro da família, efetivando assim o direito fundamental à convivência e o livre desenvolvimento da personalidade como corolários do princípio da parentalidade responsável.

Com efeito, houve um grande avanço no conceito de proteção à maternidade, representando um progresso inafastável que tornou possível robustecer a proteção à criança, fortalecendo a igualdade entre filhos, biológicos ou adotivos, o que, por conseguinte, conferiu uma maior autonomia a mulher, mãe adotante que passou a ter igualdade de tratamento com as mães biológicas.

Por analogia, a licença maternidade já foi concedida para servidores integrantes de famílias monoparentais masculinas²⁸⁵ e homoafetivas do sexo masculino²⁸⁶ desde o julgado,

²⁸⁵ De acordo com o processo nº 5115563-86.2016.8.13.0024, que tramitou no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com sentença mantida em segundo grau. A ementa do acórdão foi a seguinte: “REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - FAMÍLIA MONOPARENTAL - PAI ADOTANTE - LICENÇA MATERNIDADE - PRORROGAÇÃO - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL- DIREITO LÍQUIDO E CERTO. O Mandado de Segurança é cabível para a proteção de direito líquido e certo não protegido por Habeas Corpus nem por Habeas Data, em sendo o responsável pelo abuso de poder ou ilegalidade autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, nos termos do art. 5º, LXIX da CR/88. A Constituição Federal objetiva concretizar o direito social à maternidade, sem qualquer distinção entre as suas formas. O legislador não previu o resguardo apenas da maternidade biológica, como também daquela oriunda da adoção, sendo vedado o tratamento desigual entre estas. A família monoparental também constitui entidade familiar, devendo seu núcleo social e afetivo ser protegido, independentemente de ser o pai ou a mãe quem exerça o Poder Familiar, nos termos do consagrado princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput e inciso I, da CF/88”. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação em Mandado de Segurança 5115563-86.2016.8.13.0024**. Relator Desembargador Dárcio Lopardi Mendes. DJ 25.04.2019. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CD3DF2C88AB3FD3C22D4F176A5D4A502.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.16.088004-3%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar Acesso em 07 jul 2019

²⁸⁶ Observe-se a jurisprudência cuja ementa é reproduzida a seguir e que explica o que foi mencionado sobre as uniões homoafetivas de casais masculinos, que inclusive remete ao RE 778.889/PE: MASCULINO. CASAL

estendendo-se a eles (ou a um deles, considerando os relacionamentos homoafetivos) a licença maternidade, assim como no caso dos empregados, sendo a própria nomenclatura do instituto uma incongruência com o princípio da parentalidade responsável. Contudo, ficou sem resposta proporcional os casos das mulheres em relacionamentos homoafetivos que tem sofrido com interpretações restritivas dos seus direitos.

Mas persiste ainda inúmeras dificuldades na sistematização do licenciamento por parentalidade. Tem-se que famílias monoparentais masculinas e femininas têm o mesmo direito à dita licença maternidade de 120 dias (podendo chegar a 180 dias se servidoras públicas ou empregadas de empresas cidadãs), o que é, inclusive, uma imprecisão terminológica, porquanto tal licença ser estendida também aos relacionamentos homoafetivos masculinos, em que um dos pais ocupa a função social do lugar da mãe. Logo, a problemática da desigualdade reside para aqueles que ocupam a função social do pai, posição que não é exclusiva dos homens, pois, podem ser exercidas por mulheres em relacionamentos homoafetivos femininos.

Alargando a discussão sobre os contornos desiguais estabelecidos pela lei na proteção da maternidade e da paternidade, convém trazer uma maior densidade às limitações legais do

HOMOAFETIVO. LICENÇA GESTANTE/ADOTANTE. DISCRIMINAÇÃO. VEDAÇÃO. DIREITO DO FILHO. DECISÃO NÃO TERATOLÓGICA. 1. O ora agravado requereu à Administração Pública Federal a concessão de licença adotante pelo mesmo período concedido no caso de licença-maternidade, isto é, por 120 dias (art. 207, Lei nº 8.112/90) prorrogáveis por mais 60 dias (art. 2º, § 1º, do Decreto nº 6.690/08). Administrativamente, o pleito indeferido, tendo sido concedida apenas a licença-paternidade por 5 dias consecutivos, nos moldes do art. 208 da Lei nº 8.112/90, prorrogáveis por mais um único período de 15 dias (Decreto nº 8.737, de 03/05/2016, que instituiu o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112/90). 2. Ab initio, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 778889, com repercussão geral conhecida, fixou a tese no sentido de que os prazos da licença adotante não podem ser inferiores ao prazo da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada. Resta saber se o impetrante, servidor público do gênero masculino, que vive em união homoafetiva, poderia ser beneficiado pelo prazo da licença gestante/adotante concedidas as servidoras do gênero feminino. 3. Na decisão proferida no julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado (...) Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos, salientando ainda que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos (...) somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Dessa forma o reconhecimento do direito do autor ao gozo de licença adoção nos moldes aplicados às servidoras mulheres não se trata de concessão de privilégio ou fator de discriminação, mas de dar eficácia à isonomia reconhecida entre casais homoafetivos e heteroafetivos. 4. Ademais como bem destacado no destacado na decisão agravada, ao se negar tal direito de convívio, o maior prejudicado será o filho. No caso sub examine, esse aspecto ganha especial relevância em razão do déficit afetivo dos filhos impetrantes, que são provenientes de lar desestruturado, sendo fundamental a convivência integral durante o período da licença para se estruturarem os laços afetivos, e por certo isso será impossível em 5 (cinco) dias. Assim, a licença remunerada de 120 dias (art. 207 da Lei nº 8.112/90), com a prorrogação de 60 dias prevista no art. 2º, § 1º do Decreto n. 6.690/08, deve ser estendida a um dos integrantes do casal homoafetivo. Ressalte-se, por oportuno, que o companheiro do agravado firmou declaração constando que não irá solicitar licença adotante a qualquer órgão público ou privado. 6. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região; AI 0012013-77.2016.4.02.0000 (nº do original 0154747-74.2016.4.02.5101), 14ª Vara Federal do Rio de Janeiro Sétima Turma Especializada; Rel. Des. Fed. José Antonio Neiva; Julg. 15/03/2017; DEJF 23/03/2017).

direito de cuidar, corolário do princípio da parentalidade responsável, em se tratando da socioafetividade e das famílias recompostas.

Sobre a socioafetividade, Paulo Lôbo faz uma correlação importante com a paternidade, ao afirmar que “toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica”.²⁸⁷

Neste raciocínio, é de bom alvitre destacar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 2.285/2007, que dispõe sobre o Estatuto das Famílias, e que recebeu contribuições importantes da Comissão de Sistematização do Estatuto das Famílias, composta por renomados autores da área do Direito de Família como Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Rosana Fachin. Buscando estruturar soluções para as inúmeras situações criadas com o reconhecimento de novos valores jurídicos como a solidariedade, a afetividade e o cuidado, está posto no art. 100 do referido PL nº 2.285/2007 que “o direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade”.²⁸⁸ Logo, por essa redação, não só os ascendentes são titulares do direito a convivência ao lado das crianças e adolescentes, há um reforço dado nesse texto à importância de se preservar, inclusive, o respeito às relações socioafetivas, o que aproxima o tema da realidade das famílias recompostas.

O que leva à indagação quanto ao alcance e efetividade da segunda dimensão do cuidado aos que exercem a parentalidade socioafetiva responsável, principalmente, quando esta se dá concomitantemente com a parentalidade biológica, no que se define como multiparentalidade. Como ficam os interesses do cônjuge ou companheiro(a) que se une a quem já possui filhos fruto de um relacionamento prévio e com eles constrói relação de parentalidade baseada na socioafetividade?

E mais, se a configuração das licenças maternidade e paternidade já se demonstram díspares e problemáticas para aqueles que supostamente preenchem os requisitos ordinários para sua concessão, o que falar dos outros, cujo direito de cuidar não é evidente por demandar um esforço interpretativo amparado na metodologia civil-constitucional e que possa atualizar a letra da lei para que a realidade das famílias recompostas seja também acolhida?

²⁸⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Família Vol. 5. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 12.

²⁸⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.285/2017**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01tp244c81p7f61st98yob7jqs1312462.node0?codteor=519935&filename=Avulso+-PL+2285/2007 Acesso em 27 set. 2021.

Ora, pelo que se constatou, é possível estabelecer que o estado da arte quanto à concessão de licenças maternidade e paternidade no Brasil é confuso, incongruente com o princípio da igualdade, solidariedade, dignidade humana e parentalidade responsável, em prejuízo ao livre desenvolvimento da pessoa e do melhor interesse da criança. Não só a nomenclatura é incorreta, como os prazos de duração tão díspares reforça a invisibilidade da função social do homem nas famílias, desvirtuando o direito de convivência inerente às relações de parentalidade-filiação. Bem assim, a situação atual exclui o direito de pais e mães nas relações marcadas pela socioafetividade verificada nas famílias recompostas, em prejuízo à proteção integral da criança e na autodeterminação dos adultos, a quem é negado o direito de desenvolverem suas habilidades parentais.

Defende-se que o mais correto seria por ensejo de filiação biológica ou adotiva, a introdução no ordenamento jurídico de uma verdadeira licença para cuidar, e que assim o seja, inclusive, quanto à nomenclatura, haja vista ser mais consentânea com o cuidado e suas dimensões, e com prazos semelhantes a serem usufruídos independentemente dos arranjos familiares em que seus destinatários estiverem envolvidos: *i)* família monoparental feminina; *ii)* família monoparental masculina; *iii)* famílias homoafetivas femininas; *iv)* famílias homoafetivas masculinas; *v)* famílias heteroafetivas; e, até mesmo, *vi)* famílias recompostas, por conta do reconhecimento da multiparentalidade, tal como já é realidade na Finlândia, como será demonstrado na próxima seção.

Assim, em que pese o avanço no tratamento dado à matéria pela nossa Suprema Corte com o julgado sob análise, é forçoso reconhecer que mesmo novo, o entendimento já nasceu velho. As necessidades da sociedade já estão mais adiante. No dizer de Pontes de Miranda, “ainda onde o Direito mudou muito, muito se há de inquirir do que não mudou”²⁸⁹. Não só porque a figura do pai na criação dos filhos deve ser melhor estimulada pelo Estado, como porque os velhos papéis de gênero devem ser abandonados, e não reforçados com a manutenção de um sistema de licenças com duração diferenciada entre os sexos, alheio à composição dos arranjos familiares e à parentalidade exercida pelas novas famílias contemporâneas, e em flagrante desprestígio do ideal de democracia nas famílias.

3.4 O DISCRÍMEN DA MATERNIDADE E A EMANCIPAÇÃO FEMININA

²⁸⁹ MIRANDA, Pontes. **Direito de família: direito parental: direito protectivo** / Pontes de Miranda; atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery (coleção tratado de direito privado: parte especial). Tomo 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 16-17.

Após toda investigação que se reproduziu, resta patente que o ideal de igualdade está sendo vitimado diante da diferença de tratamento dispensada pela lei na proteção de mulheres e homens quando se tornam mães e pais. Em relação a estes, tal desproporção atua como um aleijão da existência, por não permitir que possam desempenhar e desenvolver as habilidades parentais de forma plena desde a tenra idade dos filhos, o que malfez o direito fundamental de cuidar, inerente ao livre desenvolvimento da personalidade, e à parentalidade responsável, além de comprometer a sua participação na função social da família, como será tratado de forma mais detida na próxima seção.

Nota-se que, também para as mulheres, essa disparidade no tratamento as inferioriza, pois produz, alimenta e reproduz desigualdades²⁹⁰ no acesso e permanência no mercado de trabalho, o que é um contrassenso com os fins constitucionais. Exemplo do empenho do legislador ordinário com o compromisso da Carta Cidadã²⁹¹ na promoção da igualdade de oportunidades no mercado de trabalho é verificada no teor do art. 373-A, da Lei nº 9.799/1999, visando corrigir distorções no acesso das mulheres ao mercado de trabalho, sendo vedado *i*) publicar oferta de emprego ou recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa condicionando à orientação sexual, idade, cor ou situação familiar; ou se valer de qualquer desses; *ii*) considerar orientação sexual, idade, cor ou situação familiar como fator determinante para fins de remuneração, formação ou promoção profissional; *iii*) exigir prova de esterilidade ou gravidez como condição de admissão ou permanência no emprego.

Sendo assim, a diferença entre os prazos das licenças para cuidar não deveria mais subsistir, pois se mostra garante e vilã ao mesmo tempo, em prejuízo para as mulheres. Pelo teor dos relatórios e pesquisas a seguir analisadas, atribui-se a menor contratação feminina nos postos de trabalho e nos cargos de liderança como consequência dos estereótipos de papéis de gênero que são reforçados por períodos tão distintos de afastamento ao trabalho pelo licenciamento compulsório, o

²⁹⁰ Assim como no raciocínio de Boaventura de Souza Santos reproduzido anteriormente. Vide referências 212 e 213.

²⁹¹ Compromisso que foi muito influenciado pelo movimento de mulheres, como se expressa pela fala da Constituinte Maria Elizete de Souza Figueiredo: “A discriminação da mulher trabalhadora também se manifesta na questão da maternidade e do estado civil. A mulher trabalhadora que tem um filho ou é casada está sujeita a não ser admitida em um determinado emprego, e se estiver trabalhando corre o risco de perder o emprego. Existe empresas, e aqui vai uma denúncia, que chegam ao absurdo de exigir das operárias que apresentem mensalmente os seus absorventes higiênicos por época da menstruação, como forma de verificar se elas estão grávidas. Isto se dá porque os patrões não encaram a maternidade como um fator social, mas como ônus para as empresas”. *In*: BRASIL. Deputada Maria Elizete de Souza Figueiredo na Ata da Reunião do dia 06.05.1987 da Comissão Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte **in Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 230.

que desencoraja a admissão de mulheres nos processos de recrutamento de pessoal menos atrativa do que a masculina.

Para Alice Monteiro Barros, este desestímulo decorre da majoração dos custos para o empregador, que estão muito mais vinculados à maternidade e aos cuidados com os filhos, pela própria cultura social, do que em razão de uma legislação proibitiva ou, ainda, por mero preconceito contra elas. Logo, conforme haja alteração desses comportamentos tradicionais, no seio da família ou na vida em sociedade, a posição da mulher no emprego ou profissão serão também modificadas.²⁹²

Com efeito, a Organização Internacional do Trabalho evidencia tal constatação dentre os fatores que têm impedido as mulheres de ter acesso ao mercado de trabalho na mesma medida que os homens. Como uma forma de superar esta lacuna, são essenciais reformas que reconheçam a mulher como responsável pela maior parte dos cuidados domésticos e com a família, como produto da falta de acesso a medidas básicas de proteção social por muitos homens e mulheres, tais como a tutela adequada à maternidade, a licença parental ou licença paternidade remunerada.²⁹³ “A liberdade de trabalhar - por escolha, em condições de dignidade, segurança e justiça - é parte integrante do bem-estar humano. Garantir que as mulheres tenham acesso a esse direito é um fim importante em si mesmo”.²⁹⁴

O relatório de 2021 publicado pelo Fórum Econômico Mundial (FEM) sobre a desigualdade de gênero analisou os dados de um total de 156 (cento e cinquenta e seis) países, tendo observado uma piora mesmo em relação às conclusões dos últimos relatórios que já haviam demonstrado uma desaceleração. Há uma persistência significativa de uma inferior presença feminina no mercado de trabalho em relação à masculina, o que colabora com a lacuna na participação econômica e nas oportunidades entre os sexos.²⁹⁵ Mantidas as tendências atuais, a lacuna global entre os homens e mulheres pode ser fechada em 136,5 anos, uma piora evidente ao que estimava o relatório de 2020, e sugere que o emergência de saúde pública criada pelo Coronavírus e a crise econômica relacionada

²⁹² BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 1093.

²⁹³ No original: *Many women and men lack access to adequate maternity protection, paid paternity and parental leave and other basic social protection measures. Policy reforms should acknowledge that the bulk of unpaid family and household work is currently performed by women.* In: ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **The gender gap in employment: What's holding women back?** Disponível em: <https://www.ilo.org/infostories/en-GB/Stories/Employment/barriers-women#bridging-gap> Acesso em 17 mai 2021.

²⁹⁴ Sem tradução: *The freedom to work – by choice, in conditions of dignity, safety and fairness – is integral to human welfare. Guaranteeing that women have access to this right is an important end in itself.* In: ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **The gender gap in employment: What's holding women back?** Disponível em: <https://www.ilo.org/infostories/en-GB/Stories/Employment/barriers-women#bridging-gap> Acesso em 17 mai 2021.

²⁹⁵ FÓRUM Econômico Mundial. **Global Gender Gap Report 2021.** Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf Acesso em 27 set 2021, p. 5.

afetaram as mulheres mais severamente do que os homens, reabrindo parcialmente as lacunas que já haviam sido fechadas.²⁹⁶ Mesmo arranjos laborais mais flexíveis se demonstraram insuficientes na ausência de escolas e creches.²⁹⁷

Desde o relatório de 2017 havia sido sinalizada uma piora alarmante na desigualdade entre homens e mulheres, observada não só no Brasil como em todo o mundo, tendo sido experimentando o primeiro recuo desde 2006, quando a medição foi iniciada. De acordo com os índices pesquisados, considerou-se um verdadeiro retrocesso, haja vista ter sido aumentado o tempo estimado para se erradicar o tratamento diferenciado, e não diminuído, como era de se esperar a partir dos relatórios anteriores.²⁹⁸

Neste sentido, em 2021, o Banco Mundial elaborou um relatório que constata que “longos períodos de licença familiar para funcionárias após o parto têm sido associados a uma queda no emprego feminino e nos ganhos no curto prazo”.²⁹⁹ Embora se reconheça um progresso na igualdade entre homens e mulheres nos últimos 50 anos, observou-se que a lacuna que ainda persistia ficou ainda mais prejudicada com a crise gerada pela pandemia mundialmente denominada COVID-19, causada pelo coronavírus (SARS-coV-2), que atingiu o mundo em 2020. Houve uma desproporção na redução das suas capacidades sociais e econômicas em decorrência da maior suscetibilidade das mulheres aos efeitos da pandemia, pois, notadamente, constituem a maioria dos trabalhadores na área da saúde, serviço social e assistência não remunerada.³⁰⁰

²⁹⁶ Tradução livre para: *Globally, the average distance completed to parity is at 68%, a step back compared to 2020 (-0.6 percentage points). These figures are mainly driven by a decline in the performance of large countries. On its current trajectory, it will now take 135.6 years to close the gender gap worldwide.* FÓRUM Econômico Mundial. **Global Gender Gap Report 2021.** Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf Acesso em 27 set 2021, p. 5.

²⁹⁷ No original: *These findings suggest that the remote provision of childcare (such as day care centres, family day care and kindergartens) that has in some instances been put in place to replace in-person care is not able to alleviate the time spent by parents, and that women have filled a larger share of that shortfall. Flexible work arrangements are also seen to be insufficient in the absence of adequate childcare.* FORUM Econômico Mundial. **The Global Gender Gap Report 2017.** Disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf Acesso em 21 set. 2018. p. v- viii.

²⁹⁸ FORUM Econômico Mundial. **The Global Gender Gap Report 2017.** Disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf Acesso em 21 set. 2018. p. v- viii.

²⁹⁹ No original: *(...) extended periods of family leave for female employees after childbirth have been associated with a drop in female employment and earnings in the short run.* In: BANCO Mundial. **Women, Business and the Law 2021.** p. 5. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35094/9781464816529.pdf> Acesso em: 18 mai. 2021.

³⁰⁰ Sem tradução: *Although much progress has been made over the past 50 years, global gender equality had not yet been achieved when crisis struck in 2020. COVID-19 has directly and disproportionately jeopardized women’s social and economic capabilities. Because they make up the majority of health, social service, and unpaid care workers, women are uniquely susceptible to the effects of the pandemic. In addition, women continue to earn less than men for the same work, as well as face a higher risk of violence in their homes.* In: BANCO Mundial. **Women, Business and the Law 2021.** p. 1. Disponível em:

Pesquisa recente que se debruçou sobre os fundamentos da desvantagem remuneratória entre os sexos, utilizou a lancinante expressão “penalização da maternidade” como um fator de extrema relevância, “mais precisamente uma disparidade de remuneração por engravidar”.³⁰¹ Um estudo desenvolvido pelo Escritório Nacional de Análise Econômica dos Estados Unidos, por sua vez, demonstrou que o cerne da questão não é a maternidade em si considerada, como a capacidade de dar à luz, mas a organização social dos cuidados com as crianças e a porção desproporcional destes destinada às mulheres, o que denota a necessidade de reconfigurar o trabalho doméstico. Como possível explicação para a persistência desta penalização, mostrou-se que fora culturalmente transmitida pelas gerações, como uma influência do meio ambiente infantil na formação da preferência familiar das mulheres sobre a carreira.³⁰²

Um estudo desenvolvido nos Estados Unidos e publicado em 2013 na revista *American Economic Review* constatou que a reduzida participação feminina na força de trabalho também está relacionada às políticas governamentais em relação à duração da licença maternidade.³⁰³ A análise sugere uma ambivalência no benefício, pois, se por um lado, direitos a longas licenças maternidade remuneradas e trabalhos com carga horária reduzida acabam encorajando mulheres a dividir a atenção, dantes focada apenas no trabalho, a se dedicarem mais a família, por outro, sob o ponto de

<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35094/9781464816529.pdf> Acesso em: 18 mai. 2021.

³⁰¹ No original: *The gender wage gap is mostly a penalty for bearing children. (...) Childless women have earnings that are quite similar to men's salaries, while mothers experience a significant wage gap.* In: KLIFF, Sarah. **A stunning chart shows the true cause of the gender wage gap: The gender wage gap is really a child care penalty.** Disponível em <https://www.vox.com/2018/2/19/17018380/gender-wage-gap-childcare-penalty> Acesso em 21 set. 2018.

³⁰² Tradução livre para: (...) *we show that most of the remaining gender inequality in earnings is due to children. The arrival of children creates a gender gap in earnings of around 20% in the long run, driven in roughly equal proportions by labor force participation, hours of work, and wage rates. Underlying these “child penalties”, we find clear dynamic impacts on occupation, promotion to manager, sector, and the family friendliness of the firm for women relative to men. Based on a dynamic decomposition framework, we show that the fraction of gender inequality caused by child penalties has increased dramatically over time, from about 40% in 1980 to about 80% in 2013. As a possible explanation for the persistence of child penalties, we show that they are transmitted through generations, from parents to daughters (but not sons), consistent with an influence of childhood environment in the formation of women's preferences over family and career.* In: KLEVEN, Henrik; LANDAIS, Camille; SØGAARD, Jakob Egholt. **Children and Gender Inequality: Evidence from Denmark.** NBER Working Paper No. 24219 January 2018. Disponível em <<https://www.nber.org/papers/w24219.pdf>>. Acesso em 21 set. 2018, p. 1-2.

³⁰³ No original: *Parental leave potentially has complex effects on labor supply (see, for example, Ruhm 1998 or Waldfogel 1998). On the one hand, it is an entitlement that one can only qualify for by having a job in the first place. And, by giving workers the right to their job back after taking the leave, the entitlement raises the job prospects of those who have left the labor force after the birth of a child. These effects suggest that parental leave would increase women's LFPRs. other hand, parental leave mandates may encourage women to stay out of the labor force longer than they otherwise would. In addition, such mandates may raise the expected cost of employing women of childbearing age, thus potentially lowering their wages and possibly deterring employers from hiring them. Thus, parental leave has theoretically ambiguous effects on women's labor supply.* In: BLAU, Francine D.; KAHN, Lawrence M. 2013. **Female Labor Supply: Why is the United States Falling Behind?** *American Economic Review*. Vol. 103, nº 3. Fls. 251–256. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.103.3.251> Acesso em 18 mai. 2021.

vista do empregador, acabam endossando o preconceito em contratar mulheres em idade fértil para cargos de nível mais elevado e de lideranças, por não ser possível identificar de antemão quais trabalhadoras irão preferir dividir sua atenção com a família e quais não possuem essa pretensão.³⁰⁴

No índice do *Global Gender Gap 2021* do Fórum Econômico Mundial (FEM), o Brasil ocupa o 93º lugar no *ranking* geral, tendo demonstrado ocupar boas posições nas classificações isoladas quanto aos assuntos saúde, sobrevivência (1ª) e grau de escolaridade (37ª), em que se observa uma maior paridade entre homens e mulheres no Brasil. Suas piores colocações, no entanto, demonstram onde as desigualdades entre os sexos permanece ainda muito ampla, tendo ocupado: i) o 89º lugar na categoria participação econômica e oportunidade, quesito que mede a disparidade entre os gêneros na força de trabalho e o descompasso da remuneração entre homens e mulheres; e, ii) a posição 108 no quesito empoderamento político, filtro que mede a ocupação de cargos legislativos, funções de alta direção, gestão e gerência.³⁰⁵

De acordo com o mesmo relatório divulgado referente ao 2020, o caminho para a paridade exige transformações culturais e sociais, que naquela medição já estavam, inclusive, em andamento, mas teve o seu desenvolvimento extremamente impactado pela crise sanitária mundial causada pelo coronavírus, e as consequências dela advindas como o fechamento de escolas, que foi uma das principais causas para as mulheres reduzirem a jornada de trabalho e a participação no trabalho, uma vez que as responsabilidades com os filhos ainda recaem predominantemente sobre elas.³⁰⁶ As transformações que exigem um certo tempo, precisam

³⁰⁴ No original: *Our analysis of women's labor force participation and family-friendly policies suggests that there may be a trade-off between some policies that make it easier for women to combine work and family and women's advancement at work. On the one hand, such policies likely facilitate the labor force entry of less career-oriented women (or of women who are at a stage in the life cycle when they would prefer to reduce labor market commitments). On the other hand, entitlements to long, paid parental leaves and part-time work may encourage women who would have otherwise had a stronger labor force commitment to take part-time jobs or lower-level positions. Moreover, on the employer side, such policies may lead employers to engage in statistical discrimination against women for jobs leading to higher-level positions, if employers cannot tell which women are likely to avail themselves of these options and which are not. Thus, while these policies may give women options that they would not otherwise have had, they may also leave them less likely to be considered for high-level positions. One's evaluation of such policies must take both of these effects into account.* In: BLAU, Francine D.; KAHN, Lawrence M. 2013. **Female Labor Supply: Why is the United States Falling Behind?** *American Economic Review*. Vol. 103, nº 3. Fls. 251–256, p.255. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.103.3.251> Acesso em 18 mai. 2021.

³⁰⁵ FÓRUM Econômico Mundial. **Global Gender Gap Report 2021**. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf Acesso em 27 set 2021, p. 10, 18-19.

³⁰⁶ Sem tradução: *Gender gaps in both labour participation and income are likely to increase after the COVID-19 crisis. As reported in previous editions, the disproportionate burden of household and care responsibilities was already an important driver of these gaps even before the pandemic. While statistics on hours spent by men and women on unpaid work (mainly domestic and volunteer work) continue to show that women spend at least twice as much time as men on these tasks, data analysis reveals that school closures during the pandemic have been one of the main causes for women to reduce working hours and labour participation, as childcare responsibilities still fall predominantly on them.* FÓRUM Econômico Mundial. **Global Gender Gap Report 2021**. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf Acesso em 27 set 2021, p. 14.

de maior compromisso vez que a marcha tornou-se ainda mais lenta com a crise do COVID-19. Para agilizar esse processo, políticas que ofereçam soluções econômicas e tempo para as necessidades e cuidados domésticos ou mudem os incentivos para que homens e mulheres possam reequilibrar a carga de tarefas domésticas e de cuidado (ou seja, uma licença paternidade, por exemplo) certamente alcançarão um impacto significativo nas oportunidades de carreira das mulheres.³⁰⁷

Outra consequência das antinomias verificadas, e que recrudesce os prejuízos ao acesso das mulheres ao mercado de trabalho por se demonstrar menos atrativa a sua contratação nos processos de recrutamento, situação que foi agravada pela pandemia da Covid-19 e pelo advento da Lei nº 14.151/2021 que, ao pretexto de afastar as gestantes do trabalho presencial, repassou para as empresas o compromisso com a sua remuneração ainda que as atividades sejam incompatíveis com o trabalho em regime *home office*, o que é mais uma incongruência legal que exige esforço interpretativo dos Magistrados, na análise de casos concretos, posto que é devido antecipar as prestações de salário maternidade por equiparação à orientação legal das gestantes que desempenham atividades insalubres e cujo empregador não disponha de outra função disponível a ser exercida à distância.

Esta é uma conclusão relativamente fácil de chegar, para não dizer óbvia, quando se observa a evolução da própria legislação e as transformações atraídas pela jurisprudência, como demonstrado no tópico anterior, vez que a existência de um prazo tão distinto entre as licenças pelo evento maternidade, por filiação biológica ou adotiva, ou por paternidade, não mais se justifica em razão das alterações fisiológicas decorrentes da gestação, parto ou aleitamento.

Diante de tais evidências, há a necessidade de se enxergar a gravidade da discriminação fomentada contra a mulher, da qual a própria legislação é instrumento, avançando com a implementação de mecanismos jurídicos necessários à sua plena liberdade e máxima igualdade com os homens no mundo do trabalho remunerado, implementando-se alterações nas políticas de acesso ao licenciamento remunerado por maternidade e paternidade, para que se materialize o princípio protetor para ambos os sexos.

³⁰⁷ No original: *it suggests that in addition to ongoing cultural and social transformations that require a long time to occur, policies that offer cost- and time-effective solutions to housecare needs (i.e. kinder-gardens within a company) or change the incentives for men and women to rebalance the burden of household and care duties (i.e. paternity leave) are likely to have a significant impact on women's career opportunities.* FÓRUM Econômico Mundial. **Global Gender Gap Report 2020**. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/gender-gap-2020-report-100-years-pay-equality> Acesso em 17 mai 2020, p. 11.

Convém ressaltar, que não se está a sugerir, com isso, que toda as formas de proteção à maternidade sejam negadas ou eliminadas em prol da paridade, nem tampouco que seja reduzido o seu prazo de duração. Impõe-se reconhecer que a tutela da maternidade acoberta circunstâncias ainda não experimentadas pelo homem. A gravidez e o aleitamento ainda são fatores relevantes a se considerar e não podem ser desprezados por completo, pois a condição gravídica e de lactação particulariza e influi em um tratamento diferenciado das mulheres com fundamento na proteção da maternidade quando se coloca em risco sua saúde e a da criança, a exemplo do afastamento das atividades insalubres sem prejuízo do salário e do adicional dantes recebido.

Ao se debruçar sobre a obrigatoriedade deste afastamento, para qualquer que seja o grau de insalubridade da atividade, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, dos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017 (conhecida como Reforma Trabalhista). Decidiu o Pretório Excelso que tal distanciamento não poderia ser condicional como sugeria a norma originalmente, pois transformava em regra a exposição ao risco e reduzia indevidamente o nível de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em ambiente seguro e hígido, constituindo-se ofensa a um direito irrenunciável de dupla titularidade: da mulher gestante ou lactante, mas também do nascituro e recém-nascido lactente.³⁰⁸

Quando do julgamento, ao proferir seu voto, o Ministro Edson Fachin destacou que:

O direito de fazer suas escolhas, que remonta ao elogiável paradigma da autodeterminação da mulher, enquanto sujeito de direito responsável pelo seu próprio destino, deve ser, no contexto da proteção à mulher gestante e lactante, contextualizado, pois além da proteção legítima à dignidade da mulher em si, sua saúde, física e mental, além da função social por ela exercida na família e na sociedade, há o direito autônomo, da proteção integral e do melhor interesse da criança; que se apresenta como direito individual, mas também coletivo; como dever fundamental da mulher de cuidar e nutrir, não apenas a si mesma, mas também ao nascituro e ao recém-nascido.³⁰⁹

Com fundamento nos dados levantados, compreende-se que a construção global da equidade entre homens e mulheres é valor fundamental que não pode deixar de ser tratado como questão de Direitos Humanos, tema que fortalece e confere efetividade ao princípio da dignidade

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5605**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Data do julgamento: 29.05.2019. Data da publicação no DJE: 31.05.2019.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5605**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Data do julgamento: 29.05.2019. Data da publicação no DJE: 31.05.2019.

humana, da igualdade, à autonomia e autodeterminação feminina. Representa, também, requisito prévio para o sucesso no desenvolvimento socioeconômico, e pressupõe ações para redução da pobreza, construção de uma governabilidade democrática, prevenção de crises, recuperação e promoção do desenvolvimento sustentável, dentre outros.

Na próxima seção, a disparidade no direito de cuidar será analisado a partir dos prejuízos vivenciados pelos homens no exercício da parentalidade. Serão investigados movimentos legislativos destinados à promoção da segunda dimensão do cuidado aos pais direcionados a estabelecer a licença para cuidar de titularidade dos pais (ou de quem exerça a função do pai), pois a proteção à paternidade inaugurada pela Carta Magna ainda se mantém em seu patamar mínimo. No ensejo, diante das dificuldades enfrentadas pelo poder público, recrudescidas pela pandemia provocada pela emergência de importância internacional causada pelo coronavírus, a pesquisa atravessará para uma abordagem propositiva do tema, que enxerga na função social da empresa, na dimensão da sua responsabilidade social, a solução possível para agilizar as transformações pouco a pouco sentidas no seio da sociedade, não apenas para dar visibilidade à importância da função social do lugar do pai, como também a fim de promover o princípio da parentalidade responsável.

4 O PODER REPARADOR DA RESPONSABILIDADE SOCIAL NA PROMOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL

4.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PARENTALIDADE E O QUE CUSTA PARA UMA LICENÇA PARA CUIDAR

As transformações sociais vivenciadas no último século, acompanhadas da emancipação feminina alcançada pelos movimentos das mulheres, produziram uma ambiência propícia para que uma nova ordem fosse inaugurada. Calcada na dignidade humana e ávida por uma sociedade livre, justa e solidária, a Carta Magna de 1988 edificou um sistema jurídico para o qual a família deixou de merecer a tutela jurídica enquanto instituição, e passou a ser vista como o reduto de desenvolvimento do cidadão virtuoso, referido na seção anterior. A Constituição convida que se olhe para os seus integrantes e que a visão se ajuste para reparar as arestas que limitam suas existências, impedido o livre e pleno desenvolvimento de suas personalidades.

Como resposta a este convite, ao enxergar o ser humano na sua individualidade, estendeu-se às pessoas solteiras, separadas e viúvas, a mesma proteção à moradia atribuída pela Lei nº 8.009/90 em relação à impenhorabilidade do bem de família³¹⁰, passando a ser consideradas como família unipessoal. Na interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça, “não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão”.³¹¹ Logo, enquanto o núcleo da antiga sociedade era a família, em contraste, o da sociedade moderna é o indivíduo.³¹²

O principal papel da família atual é, pois, o de suporte emocional da pessoa.³¹³ Ela se volta para os seus membros com uma feição personalizada e paritária quanto aos direitos dos

³¹⁰ Essa interpretação do STJ foi gravada na redação da Súmula 364: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

³¹¹ A ementa do julgado é: PROCESSUAL – EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL - RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/90. - A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. - É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) Nº 182.223 – SP**. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Data Julgamento: 06.02.2002, Data Publicação: 07.04.2003.

³¹² MAINE, Henry Summer. **El derecho antiguo**. Trad. A. Guerra. Madrid: Alfredo Alonso, 1893, p. 89, Apud LÔBO, Paulo. **Direito civil: Família** Vol. 5. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 17.

³¹³ WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. **Um novo conceito de família – reflexos doutrinários e análise da jurisprudência** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor**. 3.ed, Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 83.

seus componentes, devendo ser dirigida em regime de respeito mútuo,³¹⁴ e percebida “como lugar para a concretização da dignidade da pessoa humana de cada um dos seus membros, iluminando a aplicação do direito”³¹⁵. E não poderia deixar de ser, vez que a “igualdade e solidariedade (art. 2 Const.) são aspectos de um mesmo valor que o legislador se propõe atuar: o pleno e livre desenvolvimento da pessoa”³¹⁶.

A realização pessoal da afetividade, em um ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família, que aproxima a instituição jurídica da instituição social, deixando de ser entendida como a base do Estado para ser concebida como o espaço de realizações existenciais. Na ótica da sua função social, a família tem por finalidade realizar a dignidade de cada integrante, tendo como vocação a realização pessoal de seus membros e a finalidade de concretizar suas aspirações.³¹⁷

Com efeito, na perspectiva da metodologia da constitucionalização do direito privado, marco teórico desta investigação, a *despatrimonialização* e a *repersonalização*³¹⁸ das relações familiares decorrem do primado da dignidade da pessoa humana e da correspondente valorização de aspectos existenciais, com o propósito de assegurar, com prioridade, o pleno e melhor desenvolvimento de cada um de seus membros e seus direitos da personalidade. Com a democratização das famílias e o estabelecimento de uma chefia colegiada pelo casal, sendo a autoridade parental exercida no interesse dos filhos, o valor da igualdade em direitos e deveres entre os cônjuges veda o tratamento discriminatório em razão do sexo do integrante da entidade familiar.³¹⁹

Contudo, esse reconhecimento ainda se demonstra deficiente como observado nas linhas anteriores. No que toca à proteção da paternidade³²⁰, segue invisibilizada, pois a sociedade e o

³¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, nº 14, p. 34.

³¹⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Família** Vol. 5. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 35.

³¹⁶ PERLINGERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 46.

³¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Família** Vol. 5. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 19.

³¹⁸ Sobre o tema, Paulo Lôbo reflete quanto “à necessidade de fazer um esclarecimento no uso largo que temos no Brasil da denominação ‘repersonalização’ e ‘despatrimonialização’, que nada têm a ver com a negativa ou a desimportância do patrimônio. É preciso deixar claro que o patrimônio está a serviço da pessoa, e esta não é uma atitude antipatrimonial; é a compreensão do seu papel primordial, considerando-se a primazia da pessoa”. LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. *In: Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Organizadores: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk; Eduardo Nunes de Souza; Joyceane Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt Junior. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 27.

³¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/177.pdf> Acesso em 19 mai. 2021, p. 2.

³²⁰ Sobre a paternidade, faz-se interessante compartilhar a reflexão elaborada por Paulo Lôbo: “Pode-se afirmar que toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras

Estado não a avistam. Sua tutela permanece ofuscada, como se a função da mãe fosse mais importante e bastante para a criança³²¹. É esta visão estreita que se busca alargar por meio desta pesquisa, pois ao se obscurecer a função do pai, a um só tempo, malferem-se todos os membros da família, em prejuízo à segunda dimensão do cuidado e, por conseguinte, ao princípio da parentalidade responsável.

Enquanto aquele que ocupa o lugar do pai continuar sendo privado de exercer os cuidados com o novo integrante da família e de desenvolver suas habilidades parentais, o que se afigura como uma limitação à personalidade; por consequência, quem exerce a função da mãe se sobrecarrega com a maior parte das responsabilidades que lhe são culturalmente atribuídas com os cuidados com os filhos - o que acaba repercutindo em um descrímen das mulheres no acesso ao mercado de trabalho; e, por fim, mas não menos importante, a pessoa de cada um dos filhos é prejudicada, porquanto premida da convivência e dos cuidados paternos em sua plenitude.

Neste sentido, o princípio da parentalidade responsável, constitucionalmente previsto no art. 226, §7º, cuja escolha da nomenclatura já foi objeto de reflexão anterior, precisa ser decomposto para uma melhor compreensão do tema, porque tanto se aplica ao direito ao planejamento familiar³²², quanto ao dever dos pais com os cuidados dos filhos, e, inclusive, ao direito individual e concreto dos pais e das mães de cuidar dos próprios filhos, como se defende nesta investigação ao se invocar as duas dimensões do cuidado.

palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica”. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 27.

³²¹ Há em trâmite no parlamento, como adiante se verá, o Projeto de Lei (PL) nº 901/2011, que recebeu inicialmente o nº 4.028-B/2008. Em sua justificativa na defesa da ampliação da licença paternidade em 30 (tinta) dias para os empregados das organizações que aderirem ao programa “Empresa Cidadã”, reconheceu-se que: “Ocorre que a responsabilidade decorrente da opção pela maternidade deve ser compartilhada em primeiro lugar com o pai. Culturalmente a sociedade ainda vê na mãe a principal responsável pela criação dos filhos. É considerado natural que seja a mulher a se incumbir de todas essas tarefas. O presente projeto de lei pretende abrir esta discussão e alertar para a necessidade de alterar esta mentalidade. A sociedade deve abraçar a maternidade como um processo a ser compartilhada por mães e pais. Mesmo cabendo exclusivamente à mãe o aleitamento o pai deve ter papel que não de coadjuvante no desenvolvimento saudável dos filhos”. (Original não destacado) BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.028-B/2008**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=628652#:~:text=No%20dia%2013%20de%20agosto,opte%20pela%20ades%C3%A3o%20ao%20Programa. Acesso em 25 mai. 2021, p. 3.

³²² Durante a Assembleia Constituinte, convidado a se manifestar sobre o planejamento familiar, o Sr. Dermival da Silva Brandão proferiu uma interessante observação sobre a parentalidade responsável, considerando-a “(...) implícita ao exercício da função conjugal. No exercício dessa paternidade responsável é importante, sobretudo, salvaguardar a dignidade humana na pessoa do cônjuge. Só há verdadeiramente progresso quando há o crescimento da pessoa humana”. BRASIL. Sr. Dermival da Silva Brandão. Ata da 6ª Reunião da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso - Comissão da Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte **In Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 49.

Tal compreensão é tão evidente que não escapou de ser mencionada na justificativa do PL nº 6.998/2013, transformado na Lei Ordinária nº 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância), em que se reconheceu que “a atenção à criança pequena é um direito dela, mas também um direito de seus pais ou responsáveis. Daí ser necessário que a atenção planejada pelo Estado seja abrangente dessa problemática e envolva a criança e a família”.³²³

Cumprir destacar que este raciocínio se coaduna com o próprio princípio da tutela especial à família, previsto no art. 226, *caput*, por meio do qual a Carta Magna obriga o Estado a proteger não a família em si considerada, na acepção coletiva de grupo familiar, mas visa salvaguardar individualmente a pessoa concreta de cada um dos seus membros. Não à toa, com amparo nesta tutela, houve o reconhecimento da paternidade socioafetiva imbuída pela valorização dos laços sentimentais entre pais e filhos. A família merece proteção pela função social que ocupa na sociedade, isto é, pela capacidade de proporcionar um ambiente privilegiado para a boa vivência e dignificação da pessoa, servindo ao desenvolvimento da personalidade de seus membros, merecendo, assim, uma especial proteção.³²⁴

Dessa forma, o projeto familiar está vinculado aos valores e princípios constitucionais para dar cumprimento, de forma efetiva, à função social da família, sob pena de ensejar efeitos jurídicos de caráter negativo entre os familiares em prejuízo à democracia familiar.

Portanto, de acordo com a dimensão social do valor da dignidade da pessoa humana, a família é vista como essa comunidade própria à realização existencial dos seus membros, permitindo o desenvolvimento de suas personalidades e melhores potencialidades.³²⁵

Este mesmo raciocínio é compartilhado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, para quem “formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social”³²⁶ e, sob a ótica constitucional, a funcionalização social da família “significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um”.³²⁷

³²³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.998/2013**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836> Acesso em 19 mai. 2021, p. 10.

³²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/177.pdf> Acesso em 19 mai. 2021, p. 3.

³²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/177.pdf> Acesso em 19 mai. 2021, p. 3.

³²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 6 Vol. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 44.

³²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 6 Vol. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 99.

Citando Jacques Lacan, Rodrigo da Cunha Pereira explica que a família é necessária para a estruturação psíquica de seus membros, na qual cada um ocupa um lugar definido, uma função, não sendo requisito para tanto o vínculo biológico. O autor enaltece que as funções de pai e de mãe precisam ser ocupadas, pois são essenciais à formação do ser humano.³²⁸

Assim como a família desempenha uma função social na construção da sociedade, pais e mães também exercem funções sociais dentro das famílias, ocupando lugares necessários à formação dos que compõem a sociedade.

Esta função social da parentalidade já era enaltecida dentre os Constituintes, tanto que havia uma redação alternativa para tratar da ordem social, colocando-as como princípios, valores fundamentais para atingir a finalidade de realizar a justiça social, cabendo ao Estado assegurar os mecanismos do seu desempenho.³²⁹ O texto proposto e a justificativa apresentada foi a seguinte:

"A ordem social tem por fim realizar a justiça social com base nos seguintes princípios:

Inciso I – Função social da maternidade e da paternidade como valores sociais fundamentais, devendo o Estado assegurar os mecanismos do seu desempenho".

(...) o reconhecimento da função social da maternidade e da paternidade evitará, com isso, práticas discriminatórias correntes que alijam a mulher do mercado de trabalho. Na hora em que a paternidade também for considerada como valor social fundamental, a mulher passa a ser menos discriminada, e, com isso, também, não mais alijada do mercado de trabalho.³³⁰ (Original não destacado)

Muito embora tal opção não tenha sido incorporada ao texto constitucional originário, há iniciativas de projetos de leis em trâmite no Congresso Nacional visando a criação de uma licença parental no Brasil ou até mesmo à ampliação da licença paternidade. O Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 165/2006, por exemplo, versa sobre a alteração da CLT para dar direito a uma licença parental aos genitores, devida para cada filho, nos seus primeiros seis anos de vida, e, por consequência, propõe modificar a Lei nº 8.213/91, para incluir dentre os planos de benefício da Previdência Social o correspondente salário parental. Dispõe ainda que a licença parental não poderá exceder, cumulativamente, o limite de seis meses, sendo devida à empregada, transcorrido o período da licença-maternidade, por um período contínuo ou fracionado de

³²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5.

³²⁹ BRASIL. Deputada Wilma Maia. Ata da 6ª Reunião da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores - Comissão da Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 40.

³³⁰ BRASIL. Deputada Wilma Maia. Ata da 6ª Reunião da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores - Comissão da Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 40.

quatro meses; ao empregado, por um período ininterrupto ou fracionado não superior a quatro meses.³³¹

Tal projeto foi aprovado por comissão terminativa no Senado e em 2010 foi remetido para a Câmara dos Deputados onde se juntou a outras iniciativas apensadas ao Projeto de Lei (PL) nº 6.753/2010, que, por sua vez, pretende estender ao empregado o salário maternidade na sua integralidade, ou, caso tenha sido gozado em parte, pelo tempo restante, em caso do falecimento da mãe. Por si só, esta proposta não corresponde à uma grande inovação legislativa em razão de tal possibilidade já ter sido prevista pela Lei nº 12.873/2013. Diferencia-se desta, contudo, por assegurar tal direito não só em caso de morte da mãe, como também de grave enfermidade, ou, ainda, do abandono da criança, bem como nos casos de guarda exclusiva do filho pelo pai.³³² Com o intento semelhante tramitam também apensos o PL nº 3.212/2012³³³, o PL nº 3.417/2012³³⁴, o PL nº 3.231/2012³³⁵, o PL nº 3.445/2012³³⁶, o PL nº 5.473/2013³³⁷, o PL nº 5.566/2013³³⁸, o PL nº 5.797/2013³³⁹, o PL nº 5.920/2013³⁴⁰, o PL nº 5.656/2016³⁴¹, o PL nº

³³¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 165/2006**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=657002&ts=1594022482793&disposition=inline> Acesso em 25 mai. 2021.

³³² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.753/2010**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=732616&filename=PL+6753/2010 Acesso em 25 mai. 2021.

³³³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.212/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=964920&filename=PL+3212/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

³³⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.417/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=970242&filename=PL+3417/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

³³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.231/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=965241&filename=PL+3231/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

³³⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.445/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=970736&filename=PL+3445/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

³³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.473/2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1082068&filename=PL+5473/2013 Acesso em 25 mai. 2021.

³³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.566/2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1088335&filename=PL+5566/2013 Acesso em 25 mai. 2021.

³³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.797/2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1101577&filename=PL+5797/2013 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁴⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.920/2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1108198&filename=PL+5920/2013 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁴¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.656/2016**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1470258&filename=PL+5656/2016 Acesso em 25 mai. 2021.

4.379/2019³⁴², o PL nº 2.821/2020³⁴³, e PL nº 3.281/2012³⁴⁴, que se diferencia dos demais por estender tal direito igualmente aos servidores públicos, alterando a Lei nº 8.112/1990.

Junto a todos estes segue o PL nº 2.786/2019³⁴⁵, que busca regulamentar a licença paternidade em 5 (cinco) dias, mas sugere a possibilidade de, com a anuência materna, serem cedidos 90 (noventa) dias do salário-maternidade ao pai, que poderão ser gozados concomitantemente com a licença maternidade ou não.

Buscando introduzir outros enfoques à criação e regulação de uma licença parental à exemplo do PLS nº 165/2006, estão na mesma condição de apensos, o PL nº 9.412/2017³⁴⁶ e o PL nº 10.257/2018³⁴⁷, em que ambos buscam transformar os atuais 120 (cento e vinte) dias de licença maternidade em um licenciamento compartilhado, para que pais e mães o dividam bem como partilhem do correspondente salário maternidade da forma como preferirem, apenas com a limitação de que os períodos sejam contínuos e não concomitantes; e o PL nº 855/2019, que visa instituir uma licença parental com duração de 180 (cento e oitenta) dias a quem detiver sob sua guarda uma criança, independente do vínculo biológico ou por adoção, sem prejuízo do emprego ou salário. Na hipótese, tal período poderia ser dividido de forma livre, desde que de comum acordo, garantindo-se à empregada gestante, no entanto, um período mínimo de 120 (cento e vinte) dias de licença³⁴⁸.

³⁴² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.379/2019**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1787038&filename=PL+4379/2019
Acesso em 25 mai. 2021.

³⁴³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.621/2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1894154&filename=PL+2681/2020
Acesso em 25 mai. 2021.

³⁴⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.281/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=966339&filename=PL+3281/2012
Acesso em 25 mai. 2021.

³⁴⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.786/2019**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1744714&filename=PL+2786/2019
Acesso em 25 mai. 2021.

³⁴⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.412/2017**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1634790&filename=PL+9412/2017
Acesso em 25 mai. 2021.

³⁴⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.257/2018**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1660816&filename=PL+10257/2018
Acesso em 25 mai. 2021.

³⁴⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 855/2019**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1711893&filename=PL+855/2019
Acesso em 25 mai. 2021.

Contíguos se encontram ainda: *i*) o PL nº 879/2011³⁴⁹, o PL nº 901/2011³⁵⁰ e PL nº 1.131/2015³⁵¹, que basicamente pretendem o mesmo, isto é, fixar a licença paternidade em 30 (trinta) dias consecutivos, em caso de nascimento de filho ou adoção, sem prejuízo do emprego e do salário; *ii*) o PL nº 4.878/2016³⁵², que propõe o mesmo prazo, mas se destaca por estender também para os servidores públicos federais; *iii*) o PL nº 2.534/2015³⁵³, que, por sua vez, limita em até 15 (quinze) dias o licenciamento compulsório destinados aos pais; *iv*) o PL nº 3.325/2012³⁵⁴ e o PL nº 7.824/2017³⁵⁵ que atribuem o prazo de 15 (quinze) dias à licença paternidade, sendo que o mais recente projeto se diferencia por prever mais 5 (cinco) dias de licenciamento por filho em caso de nascimento de múltiplos; *v*) com propostas semelhantes, mas alterando a duração, o PL nº 11.033/2018³⁵⁶ e o PL nº 2.513/2019³⁵⁷, dispõem sobre o prazo de 10 (dez) dias da licença paternidade, mas enquanto o primeiro prevê o acréscimo de 3 (três) dias por filho em caso de nascimento de múltiplos, o segundo prevê que tanto a licença maternidade quanto a paternidade poderão ter os prazos dobrados se houver nascimento ou adoção de criança ou adolescente com deficiência; *vi*) o PL nº 9.383/2017³⁵⁸, busca assegurar uma licença paternidade de 120 (cento e vinte) dias na hipótese de nascimento ou adoção de

³⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 879/2011**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=855656&filename=PL+879/2011 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁵⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 901/2011**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=856081&filename=PL+901/2011 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁵¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.131/2015**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1320591&filename=PL+1131/2015 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁵² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.878/2016**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1447056&filename=PL+4878/2016 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.534/2015**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1367167&filename=PL+2534/2015 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁵⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.325/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=967218&filename=PL+3325/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁵⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.724/2017**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1566843&filename=PL+7824/2017 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁵⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 11.033/2018**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1695118&filename=PL+11033/2018 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁵⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.513/2019**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1737117&filename=PL+2513/2019 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁵⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.383/2017**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1634552&filename=PL+9383/2017 Acesso em 25 mai. 2021.

múltiplos, *vii*) o PL nº 2.098/2011³⁵⁹, que objetiva manter os cinco dias de licença paternidade no decorrer da primeira semana do nascimento, mas ressalva que, caso se trate de parto prematuro, o licenciamento seja computado a partir da alta hospitalar; *viii*) o PL nº 3.831/2012³⁶⁰, que pretende regulamentar a licença paternidade para estabelecer o prazo de noventa dias, em caso de nascimento, adoção ou guarda judicial de filho; *ix*) há o PL nº 559/2020³⁶¹, que fixa a licença paternidade em 20 (vinte) dias, sem prejuízo do emprego ou do salário, em caso de nascimento de filho ou de adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção de criança ou de adolescente; *x*) o PL nº 9.598/2018³⁶² e o PL nº 480/2021³⁶³ que a seu turno, dispõem sobre a licença paternidade com um período de 14 (quatorze) e 15 (quinze) dias, respectivamente, em caso de nascimento ou adoção de filho, podendo ser acrescida de mais 30 (trinta) e de 15 (quinze) dias, respectivamente, a duração no caso do empregador ser organização participante do programa “Empresa Cidadã”³⁶⁴; *xi*) com objetivo semelhante a este, o PL nº 7.601/2017 pretende majorar os períodos da licença maternidade para 240 (duzentos e quarenta) dias e a licença paternidade para 25 (vinte e cinco) dias, além dos 5 (cinco), para as empresas vinculadas ao aludido programa³⁶⁵.

Bem assim, segue na Câmara dos Deputados, com uma tramitação independente dos demais, o PL nº 3.935/2008³⁶⁶, que por sua vez teve origem no PLS nº 666/2007, e propõe regulamentar a duração da licença paternidade para 15 (quinze) dias, sem prejuízo do abono de um dia para registro do nascimento do filho, a que se refere o art. 473, III, da CLT. A este

³⁵⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.098/2011**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912123&filename=PL+2098/2011 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁶⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.831/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=989798&filename=PL+3831/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 559/2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1864101&filename=PL+559/2020 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁶² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.598/2018**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1640935&filename=PL+9598/2018 Acesso em 25 mai. 2021

³⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 480/2021**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1964252&filename=PL+480/2021 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁶⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.598/2018**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1640935&filename=PL+9598/2018 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.641/2017**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1556898&filename=PL+7601/2017 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁶⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.935/2008**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=594922&filename=PL+3935/2008 Acesso em 25 mai. 2021.

projeto de lei se somam outros³⁶⁷ que lhe foram apensos contendo propostas que já estão previstas em lei ou que são muito semelhantes às já analisadas, dentre as quais se destaca o PL nº 560/2020³⁶⁸, que propõe unificar os prazos de ampliação do licenciamento compulsório previsto na Lei nº 11.770/2008, e disciplina que os 75 (setenta e cinco) dias somados poderão ser compartilhados entre os pais, conforme sua conveniência.

Em que pese os Projetos de Lei (PL) nº 6.753/2010 e nº 3.935/2008 estarem afetados ao regime de tramitação de urgência, e por consequência todos os outros que a eles estão vinculados, até o momento nenhum deles avançou significativamente, tendo apresentado movimentações recentes apenas para a inclusão de novos apensos. Convém destacar que outras iniciativas com conteúdo semelhante, como a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 110/2011³⁶⁹ nº 16/2017³⁷⁰ não avançaram em seus intentos, e já tiveram a tramitação encerrada, tendo sido arquivadas ao final da legislatura correspondente.

Ora, a morosidade na apreciação do tema e o próprio teor das iniciativas apenas demonstram o quanto a função social do pai tem sido ignorada, não só porque poucos projetos se debruçaram sobre a regulamentação de um prazo razoável de licença paternidade, com pelo menos 60 (sessenta) dias de duração, como poucos sugerem a criação de uma licença parental viável, que não pretenda, para tanto, diminuir a licença maternidade já consagrada ou a transformar em uma licença compartilhada.

Abordando alguns dos projetos de lei citados, um estudo técnico intitulado “Desigualdades de gênero: impacto econômico da alteração da licença paternidade e da criação de licença parental” de autoria dos consultores legislativos Eliezer de Queiroz Noletto e Luciana

³⁶⁷É possível ter todos os projetos de lei apensos ao PL nº 3.935/2008. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.935/2008**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=408349> Acesso em 25 mai. 2021.

³⁶⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 560/2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1864103&filename=PL+560/2020 Acesso em 25 mai. 2021.

³⁶⁹ A PEC nº 110/2011 buscava alterar “o art. 7º da Constituição Federal para estabelecer que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a licença-natalidade, concedida a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e oitenta dias; a licença paternidade de quinze dias, nos termos fixados em lei, a ser concedida após o nascimento, a adoção ou a concessão de guarda para fins de adoção, assegurada a ambos os pais; a proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, identidade de gênero, idade, cor ou estado civil; dispõe que a emenda constitucional entra em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação.” *In*: BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 110, de 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103135> Acesso em 25 mai. 2021.

³⁷⁰ A PEC nº 16/2017 propôs alterar “o § 1º art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias para estabelecer que o prazo da licença-paternidade poderá ser os dias correspondentes à da licença-maternidade, quando a fruição desta licença for exercida em conjunto, pela mãe e pelo pai, em períodos alternados, na forma por eles decidida”. BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 16, de 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129032> Acesso em 25 mai. 2021.

da Silva Teixeira, foi publicado pela Câmara dos Deputados em março de 2019. Da conclusão do documento, há indícios de que a demora na regulação de uma licença paternidade prolongada reside na análise econômica do direito³⁷¹, visto que o estudo se debruçou sobre a viabilidade da alteração legal sob o ponto de vista das suas consequências econômicas, partindo das seguintes premissas:

Para o cálculo do impacto econômico do prolongamento da licença paternidade no Brasil, deve-se levar em consideração os diversos custos associados à implementação dessa medida. Entre eles:

- O custo do pagamento de licença paternidade adicional, como proporção do salário percebido pelo trabalhador;
- O custo da contratação e pagamento de trabalhador para substituir aquele licenciado; e,
- O custo indireto referente à diferença de produtividade do trabalhador licenciado e do trabalhador substituto.³⁷²

Considerando dados apurados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) expostos na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD Contínua) do terceiro trimestre de 2018, a partir da suposição de que, para cada licença maternidade concedida corresponderia uma licença paternidade, caso se prolongasse para 30 (trinta) dias a licença paternidade os valores se aproximariam de 3 bilhões de reais, que seriam suportados pelos empregadores, a quem está atualmente a responsabilidade pelo compromisso. A este montante ainda se considera o acréscimo da mesma importância diante da necessidade de contratação de substitutos para o trabalho desempenhado pelo profissional licenciado, além dos custos envolvidos com os processos de recrutamento. Logo, um prolongamento na licença paternidade envolveria um investimento de aproximadamente 6 bilhões de reais que seriam

³⁷¹ Com a alteração da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657 de 1942) pela Lei 13.655/2018, que incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, foram acrescentados artigos que introduzem no ordenamento jurídico brasileiro o estudo das consequências econômicas na análise do direito, a saber:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

³⁷² NOLETO, Eliezer de Queiroz; TEIXEIRA, Luciana da Silva. **Desigualdades de gênero: impacto econômico da alteração da licença paternidade e da criação de licença parental**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019, p. 23. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/37681> Acesso em 25 mai. 2021

integralmente absorvidos pela iniciativa privada, exceto nos casos das organizações optantes pelo programa “Empresa Cidadã”.³⁷³

Então, além deste investimento pelas empresas, caso a licença paternidade passe a ter um benefício previdenciário a ela agregado mediante uma alteração legislativa, o INSS deveria financiar pelo menos 3 bilhões de reais com o seu custeio. Outro ponto considerado negativo, de acordo com o estudo em comento, é no tocante às repercussões sobre a produtividade, pois se estima que haveria um decréscimo pelo tempo de aprendizado do trabalhador que substituiria o licenciado, seja pelo motivo de nova contratação ou por um remanejamento de atribuições.³⁷⁴

Pela análise econômica do direito, o estudo técnico advoga que o ideal seria que a licença maternidade fosse transformada em licença parental, sendo a parte destinada ao pai suportada pela iniciativa privada, o que diminuiria as despesas públicas; ou, ainda que repassada integralmente para o INSS, o impacto econômico seria praticamente nulo, vez que os custos com a concessão seriam equivalentes ao salário maternidade em vigor.³⁷⁵

Neste viés, com a pretensão de conferir mais segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, datada de 1942, sofreu mudanças em 2018 com o advento da Lei n. 13.655, e dentre as alterações, passou a constar a proibição de se decidir com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão; além do compromisso de buscar a solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, nos termos do *caput* do art. 20 e no inciso I do §1º do art. 26.

No sentir de Tercio Sampaio Ferraz Junior, o saber jurídico-dogmático contemporâneo é um saber que se destaca pela influência da visão econômica das coisas, sendo evidente a ideia do cálculo resultante de uma relação custo/benefício. Em sua opinião, há um entendimento tácito de que os conflitos precisam ser resolvidos juridicamente com o compromisso de provocar a menor perturbação social possível.³⁷⁶ Para tanto, esse cálculo jurídico não levaria em conta só a eficiência das relações proposta, como também deve considerar “os limites

³⁷³ NOLETO, Eliezer de Queiroz; TEIXEIRA, Luciana da Silva. **Desigualdades de gênero: impacto econômico da alteração da licença paternidade e da criação de licença parental**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019, p. 23-24. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/37681> Acesso em 25 mai. 2021

³⁷⁴ NOLETO, Eliezer de Queiroz; TEIXEIRA, Luciana da Silva. **Desigualdades de gênero: impacto econômico da alteração da licença paternidade e da criação de licença parental**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019, p. 25. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/37681> Acesso em 25 mai. 2021

³⁷⁵ NOLETO, Eliezer de Queiroz; TEIXEIRA, Luciana da Silva. **Desigualdades de gênero: impacto econômico da alteração da licença paternidade e da criação de licença parental**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019, p. 26. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/37681> Acesso em 25 mai. 2021

³⁷⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 59

dogmáticos em face das exigências sociais, procurando, do melhor modo possível, criar condições para que os conflitos possam ser juridicamente decidíveis”.³⁷⁷

Em obra clássica que reflete sobre algumas convicções do liberalismo norte-americano, especificamente sobre os direitos que possam ser garantidos por comunidades politicamente organizadas, Cass R. Sustein e Stephen Holmes reconhecem que há sempre um cálculo preciso do custo da proteção de qualquer direito, e, em decorrência, por razões contábeis, sempre haverá uma reflexão de natureza avaliativa dos direitos a ser feita. Dessa forma, nem sempre será fácil aceitar a falta de recursos, uma vez que a máxima “se deve poder fazer tudo o que se deve fazer”, impede que certas coisas sejam feitas.³⁷⁸ Apesar da frustração que tal conclusão possa causar, é também algo que não se pode olvidar na opinião dos autores, pois “uma teoria dos direitos que jamais desça das alturas da moral para um mundo onde os recursos são escassos será dolorosamente incompleta, mesmo do ponto de vista moral”.³⁷⁹ Assim, dizem os autores, “se os direitos são meios de auto-organização coletiva e precondições para o desenvolvimento pessoal, sua garantia e proteção é naturalmente custosa”.³⁸⁰

Constantemente os recursos proporcionados pela coletividade são direcionados para garantir os direitos de alguns cidadãos em detrimento dos direitos de outros, muitas vezes sem nenhuma razão sólida para tanto. Por consequência, os direitos nunca deixarão de ser meras promessas vazias se não houver uma autoridade política com capacidade para intervir e disposta a fazê-lo. Considerar que um direito tem um determinado custo impõe confessar que é preciso renunciar a alguma coisa para que se possa o adquirir ou garantir. Não raro, ignoram-se os custos para não ter que reconhecer certas trocas dolorosas.³⁸¹ Cass R. Sustein e Stephen Holmes ainda alertam que “os direitos não têm somente um custo orçamentário, mas também um custo social”.³⁸² Logo, seria inescapável o reconhecimento de que o “investimento público na

³⁷⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 59

³⁷⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.; **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos** [livro eletrônico]. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 12-18

³⁷⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.; **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos** [livro eletrônico]. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 14

³⁸⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.; **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos** [livro eletrônico]. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 216

³⁸¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.; **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos** [livro eletrônico]. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 14-19

³⁸² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.; **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos** [livro eletrônico]. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 16

proteção desses direitos ajuda a aumentar a base tributária da qual depende também a proteção ativa de direitos em outras áreas”.³⁸³

Não há como negar o mérito dos argumentos postos por Cass R. Sustein e Stephen Holmes na discussão sobre os custos dos direitos, não só porque o próprio legislador brasileiro assim concorda, como se observa das alterações postas na LINDB, como também porque há uma verdade em suas palavras que muito se aproveita à presente discussão, quando considerada a demora já balzaquiana do legislador na criação da lei que discipline o direito assegurado aos trabalhadores no art. 7º, XIX, do texto constitucional, principalmente porque a prestação do que atualmente se considera como licença paternidade, minimamente assegurada no §1º do art. 10 do ADCT, não é custeada pelo Estado brasileiro. E a razão desse vazio legislativo reside no reconhecimento de que “é exatamente pelo fato de serem redondamente ignorados pelas autoridades que poderiam remediá-los que esses ‘direitos’ esquecidos não têm nenhum custo orçamentário direto”.³⁸⁴

A par desta constatação, convém assentir que conquanto a análise custo-benefício contribua para realizar a eficiência, o Direito e a complexidade da ciência jurídica não são reduzíveis à racionalidade da linguagem econômica.³⁸⁵ Sob este enfoque, é imperioso relembrar que qualquer proposta que finalmente prestigie a licença paternidade e que, para tanto, vise diminuir a licença maternidade, ofende o princípio da proteção integral à criança pois prejudica o aleitamento materno, com o qual tanto o poder público, quanto as instituições e os empregadores têm o compromisso legal de propiciar condições adequadas, de acordo com o art. 9º do ECA. A Organização Mundial da Saúde (OMS) alerta que os efeitos do aleitamento materno são individual e concretamente verificáveis, mas destaca que os ganhos se acumulam para a sociedade, beneficiando não apenas mães e filhos, como também economias inteiras.³⁸⁶

Há evidências científicas da importância do aleitamento materno para a saúde e seu desenvolvimento humano. Além do impacto na prevenção das duas principais causas de mortalidade infantil - diarreia e pneumonia, estudos apontam o ganho da lactação para o

³⁸³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.; **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos** [livro eletrônico]. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 215.

³⁸⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.; **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos** [livro eletrônico]. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 14.

³⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 64.

³⁸⁶ No original: *While these effects are most acutely felt at the individual level, they also accrue at the societal level. In other words, breastfeeding benefits not just mothers and children, but also entire economies* In: ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde. **Nurturing the Health and Wealth of Nations: The Investment Case for Breastfeeding**. Disponível em: <https://www.who.int/nutrition/publications/infantfeeding/global-bf-collective-investmentcase.pdf?ua=1> Acesso em 25 mai. 2021. p. 2.

desenvolvimento cognitivo e inteligência das crianças, o que repercute na educação e na participação na força de trabalho, sendo ganhos vitalícios. Para além, sob o ponto de vista feminino, e de contenção de um outro problema de saúde pública, revelaram-se cientificamente os benefícios do aleitamento na redução do risco de câncer de ovário e mama, que são duas das principais causas de morte entre as mulheres.³⁸⁷

Bem assim, em relação às adoções, nas razões de decidir do RE nº 778.889/PE, ao se investigar a realidade vivenciada pelas famílias adotivas com amparo em estudos internacionais, o STF concluiu que quanto maior o tempo de institucionalização de uma criança, mais difícil costuma ser a adaptação à família adotiva. Tais estudos indicam, também, que o fator mais relevante para a recuperação dessas crianças e para a superação de tais dificuldades é “a presença, a disponibilidade e a afetividade dos pais adotivos, que precisam apresentar um intenso comprometimento com o menor (‘agressive attachment behavior’) no início de seu convívio”³⁸⁸, e que comparadas às crianças não adotadas, para aquelas cuja filiação foi civil há uma maior probabilidade de demandar cuidados especiais quanto à saúde.³⁸⁹

Portanto, considerando que nas adoções, mormente nas tardias, as crianças possivelmente foram expostas por um tempo maior a cuidados inadequados, traumas e institucionalizações, é imperioso reconhecer que não há nada que indique que crianças mais velhas precisem de menos cuidados ou de menos atenção que os bebês, já que a plena adaptação nas adoções tardias é um desafio ainda maior.³⁹⁰

Compreender de outro modo provocaria ofensa ao princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição à proteção deficiente. Em outras palavras, ao se comparar as demandas

³⁸⁷ Sem tradução: *Throughout the past several years, there has been a surge in scientific evidence that shows just how critical breastfeeding is to human health and development. Recent analyses have confirmed the impact breastfeeding has on preventing diarrhea and pneumonia—two major causes of child mortality—and on the cognitive development and IQ of children, which impacts educational attainment, participation in the workforce and lifetime earnings. Studies have also revealed the impact breastfeeding has on reducing the risk of ovarian and breast cancer, two leading causes of death among women. In: ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde. **Nurturing the Health and Wealth of Nations: The Investment Case for Breastfeeding**. Disponível em: <https://www.who.int/nutrition/publications/infantfeeding/global-bf-collective-investmentcase.pdf?ua=1> Acesso em 25 mai. 2021. p. 2.*

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016, p. 34.

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016, p. 34.

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016, p. 35.

de cuidados entre filhos biológicos recém-nascidos e adotivos, notadamente nos casos de adoção tardia, ainda menos frequentes, não raro o senso comum tende a supor que quão mais tenra a idade, mais vulnerável e indefesa é a criança, e a relação de dependência, neste caso, sugeriria que os cuidados seriam maiores do que os demandados pelas crianças adotadas tardiamente, hipoteticamente consideradas mais autônomas e amadurecidas.

Esta certamente seria a visão da maioria das pessoas, o que enaltece a importância do papel contramajoritário desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, pois se as situações fossem interpretadas para agradar a maioria, os grupos com menor expressão jamais teriam suas necessidades e interesses enxergados.

Analisando-se o tratamento dispensado pelos países que tem ocupado as cinco primeiras posições no mais recente relatório sobre desigualdade de gênero, *The Global Gender Gap 2021*, elaborado pelo Fórum Econômico Mundial, verifica-se em comum entre as nações a regulamentação de uma licença parental.

Nação que há 12 relatórios seguidos ocupa a primeira posição, a Islândia concede as mães o direito a 3 (três) meses de licença maternidade e aos pais o direito a uma licença paternidade por igual período. Ao final delas, há a previsão de uma licença parental de mais 3 (três) meses, cabendo aos casais decidir como irão dividir esse tempo. Cada pai e mãe recebe 80% (oitenta por cento) dos seus salários enquanto de licença, e nenhum dos pais pode transferir parte alguma do período que lhe cabe. No entanto, o governo assegura que ambos os pais possam trabalhar e que as crianças consigam passar um tempo com cada um.³⁹¹

Para os finlandeses, a proteção dada a família é a mais completa dentre as que foram analisadas, tanto que recebe o nome de licença familiar e abrange não somente a licença maternidade, paternidade e parental usualmente concedidas pelos outros países, como também, prevê uma licença especial para cuidar das crianças seja *i*) de forma integral até a idade de três anos ou por dois anos em caso de adoção; *ii*) de forma parcial, concedida, em regra, até o segundo ano escolar da criança, ou até os 18 (dezoito) anos, em caso de deficiência ou doença crônica; *iii*) de forma temporária, por um até quatro dias úteis (incluindo o sábado), para cuidar ou providenciar cuidados para uma criança menor de 10 anos, que tenha inesperadamente adoecido.³⁹²

³⁹¹ ISLÂNDIA. *Act on Maternity/Paternity Leave and Parental Leave, No. 95/2000*. Disponível em: https://www.government.is/media/velferdarraduneyti-media/media/acrobat-enskar_sidur/Act-on-maternity-paternity-leave-95-2000-with-subsequent-amendments.pdf Acesso em 30 mai. 2021

³⁹² FINLÂNDIA. *Ministry of Economic Affairs and Employment of Finland. Family leave*. Disponível em: <https://tem.fi/en/family-leave> Acesso em 28 set. 2021.

De acordo com o *Employment Contracts Act* da Finlândia todo trabalhador tem direito a um período de licenciamento remunerado contado em dias úteis (sendo assim considerados também os sábados) e que poderá ser uma licença maternidade, maternidade especial (quando a gestante desempenha atividades insalubres), paternidade ou, até mesmo, um subsídio parental.³⁹³

A licença maternidade é concedida pelo período de 105 (cento e cinco dias) úteis, iniciando-se 30 (trinta) dias úteis antes do parto e terminando 75 (setenta e cinco) dias úteis após o parto. É possível que um período maior da licença maternidade seja usufruído antes do parto, desde que respeitado o limite máximo de 50 (cinquenta) dias de antecedência, haja vista que, independentemente do início precoce ou não, a sua duração máxima será de 105 (cento e cinco) dias úteis.³⁹⁴

A licença paternidade tem, por sua vez, a duração total de 54 (cinquenta e quatro) dias úteis, que podem ser usufruídos pelos pais *i*) por até 18 (dezoito) dias úteis simultaneamente com a mãe da criança, hipótese em que o restante da licença paternidade deve ser gozada após a licença parental; ou, *ii*) alternativamente, os pais podem escolher se valer da licença a que têm direito após fluir a licença maternidade e a licença parental.³⁹⁵

Em todo caso, a licença paternidade deve ser gozada antes de o filho completar dois anos. Já a licença parental prevista tem duração de 158 (cento e cinquenta e oito) dias úteis, e pode ser gozada de forma exclusiva (*full-time*) ou parcial (*part-time*), com cada um dos pais concordando com o seu empregador para encurtar o seu horário de trabalho e reduzir o seu salário em conformidade durante pelo menos dois meses. Ambos os pais podem tirar licença parental de forma exclusiva por um máximo de dois períodos de licença, sendo de 12 (doze) dias úteis a duração mínima da licença. Garante a legislação, ainda, que, optando-se pela licença parental *part-time*, os pais possam cuidar do filho em dias alternados ou em semanas alternadas, ou com um dos pais cuidando da criança pela manhã e o outro à tarde.³⁹⁶

Uma especificidade extremamente interessante dos finlandeses reside no fato da licença parental ser extensiva ao cônjuge ou parceiro(a) dos pais de uma criança, que resida

³⁹³ FINLÂNDIA. *Ministry of Economic Affairs and Employment of Finland. Family leave*. Disponível em: <https://tem.fi/en/family-leave> Acesso em 28 set. 2021.

³⁹⁴ FINLÂNDIA. *Occupational Safety and Health Administration in Finland. Maternity leave, paternity leave and parental leave*. Disponível em: <https://www.tyosuojelu.fi/web/en/employment-relationship/other-leave-from-employment/family-leave/maternity-paternity-parental-leaves> Acesso em 28 set. 2021

³⁹⁵ FINLÂNDIA. *Ministry of Economic Affairs and Employment of Finland. Family leave*. Disponível em: <https://tem.fi/en/family-leave> Acesso em 28 set. 2021.

³⁹⁶ FINLÂNDIA. *Ministry of Economic Affairs and Employment of Finland. Family leave*. Disponível em: <https://tem.fi/en/family-leave> Acesso em 28 set. 2021.

oficialmente com ele(a), desde que mediante relação registrada. Assim sendo, também terá direito à licença parental, desde que a criança tenha nascido, ou tiver sido adotada, após a relação entre ambos ter sido oficialmente registrada. Ainda que a licença parental finlandesa cause espécie por condicionar a licença parental ao cônjuge/companheiro(a) nos casos de adoção limitando a idade da criança (de até 7 anos), não há como negar que, no que pertine à proteção da primeira infância, a legislação finlandesa desponta em relevância ao proteger a parentalidade responsável em sua inteireza, promovendo o direito parental de cuidar de forma integral ao acolher os casos de multiparentalidade, ainda que não registradas, conferindo, assim, a merecida importância à socioafetividade.

Na Noruega é prevista, por motivo de nascimento ou adoção de filho, uma licença parental que se decompõe em: quota materna, quota paterna e quota conjunta, desde que preenchidos os três requisitos legais para a concessão do benefício: *i*) residir naquele país; *ii*) tempo de trabalho remunerado de pelo menos 6 (seis) meses nos últimos 10 (dez) meses anteriores à solicitação da licença; e, *iii*) ter alcançado no ano anterior a renda mínima de 53.200 coroas suecas (equivalente a, aproximadamente, 6.000 dólares americanos).³⁹⁷

No total, a legislação norueguesa chega a oferecer uma licença parental de até 49 (quarenta e nove) semanas com remuneração máxima, ou 59 (cinquenta e nove) semanas parcialmente remuneradas, havendo progressivo aumento no período concedido em caso de gêmeos e de trigêmeos/múltiplos. A quantidade de semanas à disposição por quota materna/paterna variará a depender do percentual de remuneração escolhido pela mãe, que também se aplicará ao pai ou à outra mãe, e não pode ser alterada posteriormente, podendo ser de 15 (quinze) semanas com 100% (cem por cento) de remuneração ou 19 (dezenove semanas) com 80% (oitenta por cento) de remuneração. Já a quota conjunta terá duração também variável, podendo ser de 16 (dezesseis) semanas a 100% (cem por cento) de remuneração ou 18 (dezoito) semanas a 80% (oitenta por cento) de remuneração. Entretanto, a lei condiciona que se o pai se beneficiar do período conjunto da licença, é necessário que fique totalmente responsável pela criança, de modo que a mãe deve estar trabalhando, estudando ou exercendo alguma outra atividade aprovada pelo governo.³⁹⁸

Ainda de acordo com a legislação norueguesa, há uma quota extra materna equivalente às 3 (três) últimas semanas anteriores à data estimada para o parto, podendo haver a antecipação

³⁹⁷ NORUEGA. Labour and Welfare Administration. *All information regarding the parental benefit*. Disponível em: <https://familie.nav.no/om-foreldrepenger> Acesso em 28 set. 2021.

³⁹⁸ NORUEGA. Labour and Welfare Administration. *All information regarding the parental benefit*. Disponível em: <https://familie.nav.no/om-foreldrepenger> Acesso em 28 set. 2021.

de outros períodos da quota normal até 12 (doze) semanas antes do parto, caso a beneficiária assim deseje. Contudo, haverá, por óbvio, a correspondente redução no período posterior ao parto. Bem assim, em relação à quota normalmente devida, deve ser necessariamente gozada nas primeiras 6 (seis) semanas do benefício parental imediatamente após o nascimento. Trata-se de um período exclusivo para este fim, de modo que a legislação não admite que tais semanas sejam combinadas com trabalho ou férias. As outras 9 (nove) semanas finais podem ser tiradas imediatamente após o período exclusivo inicial ou podem ser reservadas para depois.³⁹⁹

Já a quota paterna será concedida a partir da 7ª (sétima) semana após o nascimento ou até que a criança esteja um pouco maior, sendo possível ainda que o período seja usufruído de forma contínua e concomitante com o outro beneficiário, dividido ou combinado com trabalho parcial. Outra peculiaridade quanto à quota paterna é que ela deve ser aproveitada antes do término do período conjunto, podendo, ainda, ser requerido o seu adiamento. Para além, é possível a opção pela sua fruição por um período contínuo ou combiná-lo com trabalho ou férias, desde que seja usufruído antes de o filho completar 3 (três) anos de idade ou antes de se ter outro filho.⁴⁰⁰

A Nova Zelândia oferece dois períodos de licença parental com a condição do requerente ter trabalhado uma quantidade mínima de 10 horas nos últimos 6 ou 12 meses antes do nascimento ou adoção de filho. Tendo sido atingido os requerimentos para seis meses de trabalho, então o período a que se tem direito é de 26 (vinte e seis) semanas de licença remunerada e mais 26 (vinte e seis) semanas de licença não remunerada. Tendo sido estendido os requisitos no caso de 12 meses de trabalho anterior ao parto ou adoção, mantém-se devidas as 26 semanas de licença remunerada, sendo majorada a duração do período não remunerado que passa a ser de 52 (cinquenta e duas) semanas. A licença parental neozelandesa não é devida às mães e pais em conjunto, ainda que ambos atendam os requisitos de tempo trabalhado, mas somente para o cuidador primário definido pela família. Em todo caso, pode haver a divisão do período não remunerado. Outro ponto a destacar é que o cônjuge ou companheiro(a) que não for o cuidador primário escolhido, terá direito a uma licença sem remuneração adicional de duas semanas.⁴⁰¹

³⁹⁹ NORUEGA. Labour and Welfare Administration. *All information regarding the parental benefit*. Disponível em: <https://familie.nav.no/om-foreldrepenget> Acesso em 28 set. 2021.

⁴⁰⁰ NORUEGA. Labour and Welfare Administration. *All information regarding the parental benefit*. Disponível em: <https://familie.nav.no/om-foreldrepenget> Acesso em 28 set. 2021.

⁴⁰¹ NOVA ZELÂNDIA. Ministry of Business, Innovation and Employment. *Parental Leave Eligibility*. Disponível em: <https://www.employment.govt.nz/leave-and-holidays/parental-leave/eligibility/> Acesso em 29 set. 2021.

A Suécia passou por uma Reforma na Licença Parental em 1974 e, atualmente, os casais suecos recebem 480 (quatrocentos e oitenta) dias de licença parental por filho, remunerada em até 80% (oitenta por cento) dos seus salários. Os pais são encorajados a dividir a licença da forma mais igualitária possível, sendo que o princípio é de que o número total seja dividido ao meio entre os pais, mas cada cônjuge/companheiro pode doar parte da sua licença paga para o outro. No entanto, limita-se que ao menos 90 (noventa) dias devem ser usados por cada pai ou mãe.⁴⁰²

A licença neste caso pode ser utilizada até a criança completar 8 (oito) anos, sendo devida para cada criança (a exceção de nascimentos múltiplos), o que permite que os pais possam acumular a licença de vários filhos. Afora os 480 (quatrocentos e oitenta) dias de licença paga, os pais e mães suecos também têm o direito de reduzir a duração da jornada em até 25% (vinte e cinco por cento), até a criança completar o oitavo aniversário. Neste caso, entretanto, a remuneração será proporcional à jornada de trabalho.⁴⁰³

Buscando difundir a ideia de uma licença parental, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) se debruçou sobre o tema na Recomendação nº 191⁴⁰⁴ e nº 165⁴⁰⁵, e esclarece

⁴⁰²SUÉCIA. *Parental Leave Act (1995:584)*. Disponível em: <https://www.government.se/4ac87f/contentassets/d163a42edcea4638aa112f0f6040202b/sfs-1995584-parental-leave-act> Acesso em 30 mai. 2021.

⁴⁰³ SUÉCIA. *Parental Leave Act (1995:584)*. Disponível em: <https://www.government.se/4ac87f/contentassets/d163a42edcea4638aa112f0f6040202b/sfs-1995584-parental-leave-act> Acesso em 30 mai. 2021.

⁴⁰⁴ No original: *RELATED TYPES OF LEAVE*

10.

(...)

(3) *The employed mother or the employed father of the child should be entitled to parental leave during a period following the expiry of maternity leave.*

(4) *The period during which parental leave might be granted, the length of the leave and other modalities, including the payment of parental benefits and the use and distribution of parental leave between the employed parents, should be determined by national laws or regulations or in any manner consistent with national practice.*

(5) *Where national law and practice provide for adoption, adoptive parents should have access to the system of protection offered by the Convention, especially regarding leave, benefits and employment protection. In: ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **R191 - Maternity Protection Recommendation, 2000 (No. 191)**.*

Disponível

em:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312529 Acesso

em 25 mai. 2021

⁴⁰⁵ *Sem tradução: Terms and Conditions of Employment*

(...)

22.(1) *Either parent should have the possibility, within a period immediately following maternity leave, of obtaining leave of absence (parental leave), without relinquishing employment and with rights resulting from employment being safeguarded.*

(2) *The length of the period following maternity leave and the duration and conditions of the leave of absence referred to in subparagraph (1) of this Paragraph should be determined in each country by one of the means referred to in Paragraph 3 of this Recommendation.*

(3) *The leave of absence referred to in subparagraph (1) of this Paragraph may be introduced gradually.*

que tal licenciamento corresponderia a um período mais longo de tempo, a ser concedido após o término da licença maternidade ou paternidade, que seria disponibilizado a um ou ambos os pais, a fim de permitir que cuidem de um bebê ou criança pequena. Existem nos sistemas de licença parental significativa variação quanto à elegibilidade para o gozo, remuneração, duração, flexibilidade de uso, idade da criança a ser cuidada e sobre a possibilidade de transferência entre os pais. Apesar de estabelecerem um período de duração maior, a licença parental costuma ter, conseqüentemente, uma remuneração menor ou inexistente. Por tal motivo, em vários países, de acordo com a OIT, sindicatos patronais e obreiros têm incluído a política da licença parental nas negociações coletivas, seja substituindo ou estendendo as provisões legislativas.⁴⁰⁶

Alerta-se, contudo, que quando a licença parental é um direito compartilhado entre os pais e distribuído por conveniência destes, as mulheres acabam sendo as mais propensas a gozar deste direito imediatamente após a licença maternidade. Desta forma, o propósito da licença parental acaba sendo distorcido, pois se transforma em um estímulo à desigualdade entre os sexos no mercado de trabalho, o que leva ao enfraquecimento da emancipação feminina e à manutenção da divisão desproporcional dos trabalhos domésticos. Por isso, a OIT enaltece a importância de se incentivar que os homens efetivamente tirem a licença parental atribuindo períodos de uso individual, intransferível ou obrigatório, e sinaliza a importância de se oferecer incentivos e uma compensação adequada durante o gozo da licença. Observou-se que quanto maior é o nível de compensação por perda de rendimentos durante a licença e a proteção ao emprego, maior será a adesão pelos homens à licença parental.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Sem tradução: *Parental leave is a period of longer-term leave available to either or both parents, to allow them to look after an infant or young child, usually after maternity or paternity leave expires. Provisions on parental leave are contained in Recommendation No. 191 (accompanying Convention No. 183) and Recommendation No. 165 (accompanying Convention No. 156). Both leave the duration, payment and other aspects to be determined at a national level. There is considerable variation in systems of parental leave concerning eligibility, payment, duration, flexibility in use, age of the child cared for and transferability between parents. Broadly, parental leave is longer than maternity leave, but payment is often lower or non-existent. In several countries, collective bargaining agreements replace or extend legislated provision on leave policies for parents. In: ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Maternity and paternity at work – Law and practice across the world**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242617.pdf Acesso em 25 mai. 2021. p. 7.*

⁴⁰⁷ No original: *In general, women are most likely to take parental leave following maternity leave, particularly where there is a shared entitlement between parents. This trend can weaken women's footing in the labour market and exacerbate gender inequalities both in the workplace and in the division of labour at home. Efforts to incentivize men to take up parental leave have included making allocations individual, non-transferable or compulsory and providing incentives and adequate compensation during leave. High take-up rates are strongly related to the level of compensation for lost earnings while on leave and availability of job protection. In: ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Maternity and paternity at work – Law and practice across the world**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242617.pdf Acesso em 25 mai. 2021. p. 8.*

Desta perspectiva revelada pela OIT sobre o possível desvirtuamento da licença parental, constatam-se prejuízos também à tutela da paternidade sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, que não pode ser desprezado. Como declarado pelo STF no julgamento do RE 778.889/PE:

No âmbito dos direitos sociais, a tutela da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é empregada na definição da extensão das obrigações positivas que podem ser exigidas do Estado, quando este se abstém, total ou parcialmente, de adotar a promoção de direitos tutelados constitucionalmente.⁴⁰⁸

Neste contexto, não se pode olvidar que a regulação deficiente da licença paternidade, enquanto direito social previsto no art. 7º, XIX, da Carta Magna, atinge o direito dos que exercem a função paterna de se autodeterminar, pois os priva da liberdade de cuidar dos seus filhos, o que prejudica não só quem ocupa o lugar do pai, mas toda a família, em dissonância com o que prevê o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016). Ao incluir um parágrafo único ao art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispôs que “a mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança”⁴⁰⁹.

Assim, os projetos de lei que não se prestam a proteger a paternidade são inservíveis para a tutela familiar, por estar relacionada com o direito existencial na concepção da pessoa humana, devendo ser considerada nula qualquer disposição que implique em renúncia aos direitos existenciais de origem familiar, sendo nulo tudo aquilo que afaste normas que protegem a família e cada um dos seus integrantes⁴¹⁰. A demanda pela intervenção estatal é para que se atinja mais autonomia e mais liberdade na vida privada, de forma que a atuação do Estado seja mais emancipadora e menos cristalizadora de desigualdades⁴¹¹.

Há uma relação indissociável entre liberdade e dignidade que leva à construção do *homo dignus*, e essa edificação ocorre no interior da pessoa humana, e não fora dela. Ainda que possa parecer um conceito indeterminado, a dignidade na verdade não é⁴¹², pois “encontra na pessoa

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016, p. 27.

⁴⁰⁹ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

⁴¹⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil – Direito de Família. Vol. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 01.

⁴¹¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Família Vol. 5. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 19.

⁴¹² No original: *Proprio l'inscindibile associazione tra libertà e dignità esclude una versione autoritaria, impositiva di quest'ultima, una sua funzione sostanzialmente disciplinare. La costruzione dell'homo dignus non*

o lugar de sua determinação, porém não para guardar uma essência, mas para colocar todos em condições de determinar livremente seu próprio projeto de vida. Assim, na antropologia moderna da pessoa, a dignidade leva à autodeterminação”⁴¹³.

Desta forma, a previsão de uma licença para cuidar, como se prefere na investigação, seria mais consentânea com a sua própria finalidade, pois não se trata de uma licença que apoia apenas os pais/mães no exercício da parentalidade por filiação biológica ou adotiva, como é destinada aos cuidados da prole com arrimo no melhor interesse das crianças. Uma regulação nesse sentido, que preveja período de gozo individual, obrigatório e intransferível pelo pai, ou quem exerça o lugar do pai, sem prejuízo da licença maternidade atualmente em vigor, demonstra-se a opção que mais se aproxima do valor da igualdade entre pais e mães como insculpido tanto no art. 22, p. único, do ECA quanto no art. 226, § 5º da própria CF/88, e representa a escolha mais acertada para a proteção da família e para a tutela da função social do pai e da mãe, a fim de reparar as injustiças sociais verificadas.

Não obstante a omissão estatal, como “a dignidade da pessoa humana e a solidariedade ganharam *status* de princípios estruturantes do ordenamento jurídico brasileiro”⁴¹⁴, é preciso destacar que outros atores sociais também podem contribuir para a construção de uma sociedade justa e igualitária: as empresas. Afinal, estão submetidas à ordem social, voltada a “propiciar o bem-estar de todos os membros da sociedade, porque toda ordem social é função de valores pessoais”⁴¹⁵, e conforme redação do art. 193 da Constituição “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. E, enquanto propriedade, no exercício da sua função social⁴¹⁶, subordina-se aos objetivos da ordem econômica, que é fundada, de acordo com o art. 170 do Texto Maior, na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa,

può essere effettuata all'esterno della persona, ha davvero il suo fondamento in interiore homine. La dignità non è indeterminata (...)”. RODOTÀ, Stefano. *La rivulazione dela dignità*. Nápoles: La scuola di Pitagora, 2013, p.29.

⁴¹³ Sem tradução: (...) *mas trova nella persona il luogo della sua determinazione, tuttavia non per custodire un'essenza, bensì per mettere ciascuno nella condizione di determinare liberamente il proprio progetto di vita. Così, nell'antropologia moderna della persona, la dignità conduce all'autodeterminazione*. RODOTÀ, Stefano. *La rivulazione dela dignità*. Nápoles: La scuola di Pitagora, 2013, p.29.

⁴¹⁴ LÓBO, Fabíola Albuquerque. A responsabilidade dos pais e a proteção da pessoa dos filhos. *In: Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Organizadores: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk; Eduardo Nunes de Souza; Joyceane Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt Junior. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 467.

⁴¹⁵ Vide nota 123. BRASIL. Deputado Edme Tavares. Ata da Reunião do dia 25.05.1987 da Comissão Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 8.

⁴¹⁶ A função social da propriedade é cláusula pétrea, e como tal, também prevista na Constituição Federal em seu: 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: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

tendo por finalidade o compromisso de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Aproximando-se do conteúdo propositivo desta pesquisa, nas linhas a seguir serão analisadas as bases da solução encontrada para auxiliar na mitigação das diferenças sociais na perspectiva aqui discutida, promovendo uma tutela eficiente da paternidade e oferecendo condições que favoreçam a busca do pleno emprego pelas mulheres.

4.2 O PLENO E LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PESSOA HUMANA E A FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS

O menosprezo pela função do pai e a desvalorização feminina na busca do pleno emprego são dois lados de uma mesma moeda: embargos ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa humana e, por conseguinte, entraves à justiça social. Tal ambivalência não causa estranheza porque, *tout court*, como aduz Luiz Edson Fachin, “não pode haver família plenamente justa numa sociedade escancaradamente injusta”⁴¹⁷.

Ao se enxergar as causas dessa desigualdade, é preciso, pois, proceder à sua reparação para que mulheres e homens possam ser dignamente livres e iguais. E a resposta está em novamente valorar a função social daquilo onde tudo começa: a família. Mas, para revalorizar a família é preciso desatar alguns nós⁴¹⁸, e para esse desafio ser superado, é necessário transpor o fosso entre “a proclamação discursiva das boas intenções e efetivação da experiência”⁴¹⁹, ou seja, entre “a teoria e a prática”^{420 421}.

⁴¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 367

⁴¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 366

⁴¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 367

⁴²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 367

⁴²¹ Neste sentido, para Rosana Fachin: “São exemplos de descompasso entre a norma e a práxis, a busca do atendimento aos interesses da criança, garantindo-lhe um desenvolvimento digno e sadio, em exortação à dignidade humana – que a realidade desmente -, e a situação concernente aos direitos da mulher, com tempo e espaço formalmente delineados, contudo não efetivamente realizados”. FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. XX (esqueci de anotar a página, pegar novamente livro na biblioteca)

Para que a família, o ninho em que se conciliam “as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual”⁴²², seja mais que um belo sonho⁴²³, exige-se uma travessia coletiva pela plataforma da solidariedade, a ponte de ação do “nós”, pessoa plural, desatando os nós da justiça social.

Neste viés, convém auscultar⁴²⁴ o que inspirou a elaboração da Carta Magna, a verdadeira solidariedade social, como retratado pelo Constituinte Edmé Tavares:

Cada época assume a sua marca na adequação da sociedade ao homem; cada tempo tem uma filosofia a ser aplicada. Os problemas exigem sempre uma presença pela ação. Começamos a descobri-los com a comunidade, com o povo, com o destino dos cidadãos. Compete a nós, Constituintes, a tradução das verdadeiras aspirações da sociedade brasileira, respondendo a um modelo que seja de transformação social. A evolução, nos dias atuais, com suas exigências e progressos, faz amadurecer inelutáveis necessidades do presente. A hora é de determinação, de afirmação e de fidelidade aos nossos propósitos. Não basta o idealismo apostolar, é preciso termos a coragem de confessar as diversidades sociais e econômicas, a fim de alcançarmos a verdadeira solidariedade social em um mundo tão marcado pelo individualismo. (...) Precisamos buscar caminhos que conduzam o País à consecução dos seus objetivos elevados, na justa ambição de alcançarmos um estágio superior, para o que trabalho seja, não só trabalho do homem, mas trabalho em prol do homem, na defesa legal dos seus direitos e garantias sociais.⁴²⁵ (Original não destacado).

Cumpramos reconhecer que a propriedade, aquilo que começou a se concretizar no medievo, tornou-se o pilar da sociedade moderna. O *laissez-faire*⁴²⁶ conquistado pela Revolução Francesa de 1789, símbolo do liberalismo econômico, a versão mais pura de capitalismo, inspirado pelo

⁴²² Excerto extraído do texto de Michelle Perrot: “Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho”. PERROT, Michelle. **O nó e o ninho.** In: **Veja** 25: reflexões para o futuro, São Paulo: Abril, 1993, p. 81.

⁴²³ Ao excerto de Michelle Perrot faz referência Rosana Fachin ao finalizar sua obra com a seguinte aspiração: “faço aqui uma profissão de fé e esperança: que seja mais que um belo sonho!”. FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio:** Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. YY (esqueci de anotar a página, pegar novamente livro na biblioteca)

⁴²⁴ Sobre a necessidade de inquirir o passado para entender o seu legado, impossível não lembrar da célebre passagem de Fustel de Coulanges: “Felizmente, o passado nunca morre completamente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas deste passado guardará sempre a recordação. Com efeito, tal como se apresenta em cada época, o homem é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores. E se cada homem auscultar a sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas, e o que cada um desses períodos lhe legou” COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.6 (versão pdf). Disponível em: https://www.academia.edu/10177821/COULANGES_Fustel_de_A_Cidade_Antiga Acesso em 17 abr. 2019.

⁴²⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 266.

⁴²⁶ Expressão francesa originalmente contida na máxima “*laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même*”, que remete à ideia do livre comércio defendida pelo liberalismo, em tradução livre significa “deixai fazer, deixai ir, deixai passar, o mundo vai por si mesmo”.

ideal de liberdade, consolidou-se com a valorização da livre iniciativa e da livre concorrência, ficou conhecido por tolerar tão somente regulamentos mínimos e, ainda assim, desde que necessários à proteção dos direitos de propriedade. Logo, uma de suas características mais marcantes, seguramente, era o estranhamento do Estado nos assuntos privados.

A sociedade contemporânea, no decurso de apenas um século, assistiu a duas guerras mundiais, à pandemia da “gripe espanhola” além de outras epidemias e catástrofes naturais, sobreviveu à Grande Depressão e se sensibilizou com o trauma do genocídio promovido pelo regime nazista. Não à toa, essas experiências influenciaram uma mudança de paradigma e a tutela da propriedade a “qualquer custo” cedeu lugar à proteção da dignidade humana. O Estado Liberal foi então sucedido pelo *Welfare State*, e as constituições dos países que adotaram esse novo modelo de Estado, comprometido com o bem-estar social, com uma agenda de compromissos voltada à valorização e ao desenvolvimento humano, social e ambiental, tomaram relevo.

Bem assim, acrescentando-se a esta nova sociedade um Brasil torturado pela ditadura, ao elaborar o texto constitucional de 1988, coube ao legislador traduzir “as aspirações da sociedade brasileira, respondendo a um modelo que seja de transformação social”⁴²⁷, garantindo a primazia do homem na nova ordem e convidando outros atores sociais para colaborar com esse compromisso. Para tanto, buscou-se despertar na “consciência do empresariado que deve ter um compromisso com o social”⁴²⁸.

Sobre a presença do Estado na atividade econômica, ao tratar da função social da propriedade, o Constituinte elucida que a intervenção estatal deve ser de forma indutora no processo de desenvolvimento e tecnológico, mas que cabe ao Estado assumir a responsabilidade social nas funções em que a iniciativa privada não deve fazer, seja por não ser rentável ou por ser do interesse público e da segurança nacional.⁴²⁹ Mas esse incentivo não deve ser perpétuo,

⁴²⁷ BRASIL. Deputado Edme Tavares. Ata da Reunião do dia 25.05.1987 da Comissão Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 18 ago. 2020. p. 8.

⁴²⁸ BRASIL. Deputada Wilma Maia. Ata da 6ª Reunião da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores - Comissão da Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 18 ago. 2020. p. 39.

⁴²⁹ A fala do Deputado Mario Amato no dia 27.04.1987 foi a seguinte: “O Estado deve ser indutor, o Estado deve assumir a responsabilidade social em funções onde a iniciativa privada não tem condições de exercer: energia, transporte, enfim, todos aqueles setores onde a iniciativa privada, por razões de não ter rentabilidade, e ser do interesse público e da segurança nacional, não deve fazer. Ela deve ser indutora na parte que se refere àquele processo de desenvolvimento, inclusive o tecnológico. Somos contra qualquer tipo de incentivo e subsídio *ad perpetuam*. Como uma criança que precisa de colaboração e de ajuda até à sua independência, o Estado deverá ter essa função. Uma vez essa criança tenha condições de sobrevivência, ela precisa ser libertada. Não aceitamos

pois assim “como uma criança que precisa de colaboração e de ajuda até à sua independência, o Estado deverá ter essa função. Uma vez essa criança tenha condições de sobrevivência, ela precisa ser libertada”.⁴³⁰

Para o Constituinte, para ter condições de desenvolver suas atividades, a iniciativa privada tem como principal finalidade a busca do lucro justo, honesto e social. Em consequência, espera-se que a empresa se constitua em um bem social, gerando empregos, bem-estar na sociedade e até mesmo do meio ambiente em que se situa.⁴³¹ Na nova ordem, “não há mais como proteger o interesse individual sem imaginar seu reflexo no corpo social”.⁴³²

Como bem anota Jose Barros Correia Junior:

Cumpre-se, portanto, a função social da empresa quando se busca o justo equilíbrio entre os princípios de ordem liberal e social. Seriam princípios de ordem liberal a livre- iniciativa, a soberania nacional, a propriedade privada e a livre-concorrência. Por outro lado, seriam princípios de ordem social a valorização do trabalho humano, a dignidade humana, a justiça social, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para pequenos empresários.⁴³³ (Original não destacado)

Na busca da reparação das desigualdades, a função social assume então um papel promocional em um sistema jurídico calcado no pleno desenvolvimento da pessoa, na

capital sem risco e não aceitamos o Capitalismo sem capital. Uma firma, na iniciativa privada, só se pode desenvolver em três hipóteses: através do lucro; através da poupança interna; e através da poupança externa. Evidentemente todos sabem a situação da poupança externa e a carência da poupança interna do Brasil. Por conseguinte, a iniciativa privada procura, única e exclusivamente, o lucro justo, honesto e social para o desenvolvimento das suas atividades. Tenho repetido, algumas vezes, que um país vale pela qualidade do povo que possui, e progride na medida dos seus empresários. A segunda pergunta – a função social da empresa, já não mais se concebe o empresário rico e a empresa pobre. A empresa deve-se constituir num bem social, geradora de emprego, de bem-estar, inclusive na ecologia onde está situada. É este o sentido de um Capitalismo participativo moderno que defendemos”. BRASIL. Ata da 5ª Reunião da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica da Comissão Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte *In Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'*. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 30.

⁴³⁰ BRASIL. Ata da 5ª Reunião da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica da Comissão Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte *In Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'*. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 30.

⁴³¹ BRASIL. Ata da 5ª Reunião da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica da Comissão Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte *In Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'*. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020. p. 30.

⁴³² EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Responsabilidade civil ou direito de danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. *In: Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências.* Organizadores: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk; Eduardo Nunes de Souza; Joyceane Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt Junior. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 302.

⁴³³ CORREIA JUNIOR, Jose Barros. *A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders.* 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p. 105.

solidariedade social, política e econômica. A propriedade e suas formas de atuação devem ser interpretadas para assegurar e fomentar os valores sobre os quais se funda o ordenamento. Os limites à função social da propriedade privada⁴³⁴ não devem ser entendidos como uma intervenção “em ódio”, pois, em verdade, significam a própria razão de ser da atribuição do direito de propriedade a alguém.⁴³⁵

Sob esse enfoque, ao escrever sobre liberdades econômicas, direitos fundamentais e proteção dos menores, Maria Cristina De Cicco ressaltou que, apesar de parecerem termos contrapostos, em verdade são correlatos quando considerada a centralidade da pessoa no mercado, a partir da superação da lógica construída na mera racionalidade econômica.⁴³⁶ Aduz ainda a autora, que “em um ordenamento que coloca a pessoa no ápice da hierarquia dos valores, essa norma representa a chave de leitura do sistema que impõe a subordinação dos valores econômicos à realização dos valores existenciais da pessoa”⁴³⁷. Logo, “isso significa que a iniciativa econômica privada é instrumental à segurança, à liberdade e à dignidade humana”.⁴³⁸

Nesta lógica, o sentido da função social, que derivada do macroprincípio da solidariedade foi alçada como um dos princípios gerais da ordem econômica pelo texto constitucional, busca conformar qualquer direito com o interesse social da comunidade circundante. De forma simples, o interesse social é tutelado com prioridade sobre o individual, que não tende a prevalecer sobre aquele.⁴³⁹

Todavia, como dantes explicado, a função social da propriedade não deve ser confundida com limitações ao uso e proveito dos bens, mas sim como um poder-dever do titular da propriedade de destinar o bem de forma compatível com o proveito coletivo, o que, sob o

⁴³⁴ Para o legislador originário, a noção de função social da propriedade não se aplica apenas à imóveis, sejam rurais ou urbanos. Isso porque, no desenvolvimento econômico do capitalismo, uma evolução do próprio conceito de propriedade se impôs, e a centralidade da propriedade imobiliária, protagonista do suporte teórico do próprio sistema, cede lugar a outros objetos: propriedade intelectual, propriedade comercial, propriedade industrial e empresa. PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 170.

⁴³⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 266

⁴³⁶ DE CICCIO, Maria Cristina. **Liberdades econômicas, direitos fundamentais e proteção dos menores**. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 32, 2015, p. 4-5.

⁴³⁷ DE CICCIO, Maria Cristina. A Pessoa e o Mercado. In: **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**; anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, [realizado nos dias 21 a 23 de setembro de 2006]. São Paulo: Atlas, 2008, p. 113-114.

⁴³⁸ DE CICCIO, Maria Cristina. A Pessoa e o Mercado. In: **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**; anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, [realizado nos dias 21 a 23 de setembro de 2006]. São Paulo: Atlas, 2008, p. 113.

⁴³⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 96.

ponto de vista da exploração empresarial significa dirigir a empresa para a realização do interesse da coletividade.⁴⁴⁰

Tem-se, pois, que a definição dos rumos e dos usos do estabelecimento empresarial é um poder do titular da empresa, mas se constitui também em um dever, por ser cogente a norma que tutela o bem-estar e a função social da propriedade, e, portanto, na condução dos negócios, deve-se atender primordialmente às necessidades do ser humano e da sociedade.

Isso se deve ao fato de que o Direito “não se propõe somente objetivos relativos à maximização do lucro baseando-se em razões de mera eficiência econômica”.⁴⁴¹ Não é tão somente a distribuição da riqueza a tarefa do Direito, mas a sua redistribuição também, e esta sim é a mais relevante função do Estado Social de Direito, destinada a remover os obstáculos que impedem o pleno e livre desenvolvimento da pessoa humana.⁴⁴²

Para Maria Cristina De Cicco, o cerne da relação entre a liberdade da iniciativa privada e os direitos fundamentais é que, apesar da força normativa da Constituição, não se percebe ainda na experiência prática uma tutela absoluta da pessoa humana, que acaba não sendo tutelada verdadeiramente enquanto pessoa porque o mercado ainda é o ponto de vista central do direito comunitário. É que, ao invés da pessoa ser reconhecida como o valor absoluto do ordenamento, é vista como sujeito de uma relação econômica, isto é, como trabalhador, fornecedor, consumidor, investidor.⁴⁴³

Por exemplo, o consumidor antes de agir como sujeito econômico, é, antes de tudo, uma pessoa. No entanto, essa proteção do consumidor que foi articulada considerando sua participação patrimonial, não se confunde com a tutela dos direitos fundamentais. Ao revés, extrai desta a sua fundamentação, pois foi graças aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia que o consumidor passou a ser titular de posições garantidas pela ordem jurídica. Logo, é justamente por ser pessoa que passou a receber tais atributos.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da propriedade dos bens de produção. *In: Revista de Direito Mercantil*, n.º 63, São Paulo: RT, jul.-set. de 1986, p. 76.

⁴⁴¹ DE CICCO, Maria Cristina. **Liberdades econômicas, direitos fundamentais e proteção dos menores**. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 32, 2015, p. 6

⁴⁴² DE CICCO, Maria Cristina. **Liberdades econômicas, direitos fundamentais e proteção dos menores**. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 32, 2015, p. 6.

⁴⁴³ DE CICCO, Maria Cristina. A Pessoa e o Mercado. *In: Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional; anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*, [realizado nos dias 21 a 23 de setembro de 2006]. São Paulo: Atlas, 2008, p. 104-107.

⁴⁴⁴ DE CICCO, Maria Cristina. A Pessoa e o Mercado. *In: Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional; anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*, [realizado nos dias 21 a 23 de setembro de 2006]. São Paulo: Atlas, 2008, p. 107.

Bem assim ocorre com a família, em que seu objetivo de proteção e o respeito pela vida familiar não são priorizados nas relações patrimoniais.⁴⁴⁵ Como analisado na sessão anterior, cabe ao empregador financiar a licença paternidade, que atualmente tem um prazo de duração de apenas 5 (cinco) dias, exceto nos casos do empregador ser participante do “Programa Empresa Cidadã”, pois neste caso o acréscimo acaba sendo reembolsado pelo Estado. Neste caso, observa-se que há uma norma cogente que inseriu na função social da propriedade este compromisso social.

Contudo, antes de ser empregado, essa pessoa é pai, e a paternidade está inserida dentre os atributos da sua personalidade. O filho do empregado, antes de receber este título, é pessoa que necessita dos cuidados do pai e da mãe. Logo, a ausência de lei que regulamenta o licenciamento compulsório do pai estipulando um prazo de duração razoável, aliada ao cumprimento do mínimo necessário para atender à função social por parte da iniciativa privada, torna deficiente a proteção da pessoa do pai e cuidador, e, em decorrência, malfez-se o melhor interesse da criança nascida ou adotada, a pessoa adulta em formação.

É, pois, forçoso reconhecer que o Estado não cumpriu com a sua função “paterna” como intencionado pelo Constituinte, não tendo logrado o êxito esperado na sua participação indutora em conduzir a “criança empresária” no entendimento da sua funcionalização social e na direção da solidariedade constitucional. Para que essa inabilidade não se perpetue é urgente reconhecer a importância da função do pai e o seu direito de cuidar e de desenvolver suas habilidades parentais tanto quanto as mães. É por meio deste compartilhamento que se induz essa consciência também na pessoa da criança, de modo que a família se realize verdadeiramente como ninho, o lugar ideal para o pleno e livre desenvolvimento da pessoa humana.

Assim, é considerando a pessoa humana como um todo, fazendo prevalecer sobre as situações patrimoniais o valor da personalidade por meio do respeito incontestado com os deveres de solidariedade, que se permitirá alcançar o justo equilíbrio em um sistema jurídico-econômico-social, sem que haja uma absoluta liberdade de mercado e nem tampouco um dirigismo exasperado das atividades da empresa pela intervenção forte do Estado.⁴⁴⁶ A ingerência estatal “é necessária para assegurar a ética no mercado ou do mercado, dependendo

⁴⁴⁵ DE CICCO, Maria Cristina. A Pessoa e o Mercado. *In: Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional; anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*, [realizado nos dias 21 a 23 de setembro de 2006]. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106.

⁴⁴⁶ DE CICCO, Maria Cristina. A Pessoa e o Mercado. *In: Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional; anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*, [realizado nos dias 21 a 23 de setembro de 2006]. São Paulo: Atlas, 2008, p. 114

do ponto de vista. Uma intervenção que possa conjugar eficiência econômica e direitos fundamentais. Portanto, que conjugue mercado e solidariedade”.⁴⁴⁷

Nas linhas seguintes, cumpre-se com a promessa feita na introdução desta pesquisa. Nelas repousa a sugestão encontrada para que pais, mães e empresa possam ter condições de realizar a sua função na coletividade: a Responsabilidade Social Empresarial (RSE).

4.3 WIN-WIN: A RESPONSABILIDADE SOCIAL CONCILIANDO OS INTERESSES DAS EMPRESAS E DAS PESSOAS

Em “Nosso Tempo”, Carlos Drummond de Andrade escreveu com bastante perspicácia que “As leis não bastam. Os lírios não nascem das leis”. Esses versos que impressionam pela atualidade, instigam a reflexão sobre a insuficiência das leis e inspiraram a investigação que originou o presente estudo.

Dentre as mais variadas interpretações comportadas para representar os lírios no poema de Drummond, por inspiração dos rumos desta investigação, adota-se a que faz menção às ações voluntárias voltadas ao bem-estar coletivo, notadamente aquelas que derivam de condutas negociais socialmente responsáveis.

O desafio enfrentado com a pandemia decorrente da infecção humana pelo novo coronavírus, que se disseminou ao redor do globo em 2020, provocou profundas mudanças na economia mundial e renovou a relevância do Estado Social e do valor da solidariedade. Assistiu-se a um despertar coletivo, de modo quase simultâneo em todos os países, para os perigos da propagação da doença e de sua gravidade. Pode-se dizer que, certamente, elevou-se o sentido de solidariedade entre os povos e de globalização a um outro patamar, notadamente por intensificar a integração social e política a fim de conservar a vida humana na Terra.

Esta experiência fez com que as pessoas se adequassem à nova realidade que se impõe, participando, ainda que de forma automática, deste movimento de reflexão que proporcionou um despertar da consciência da interdependência social e uma seletividade na escolha dos valores reputados essenciais para o benefício da coletividade. Mudanças no estilo de vida foram sentidas e inclusive alterações de projetos de vida de longo prazo. A ideia absorvida é de ser socialmente responsável ao promover o autocuidado e, ao mesmo tempo, também solidário

⁴⁴⁷DE CICCO, Maria Cristina. A Pessoa e o Mercado. In: **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional; anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, [realizado nos dias 21 a 23 de setembro de 2006]. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106.

cuidando do próximo, principalmente zelando pela preservação da saúde daqueles que estão em condição de maior vulnerabilidade, tais como gestantes, doentes e idosos, integrantes de grupo de risco.

É essa tomada de consciência da interdependência social que permite que a solidariedade cresça em importância. Ela se expressará, então, de forma espontânea nas relações sociais, exteriorizando-se por meio de sentimentos nobres como cuidado, beneficência, compaixão e fraternidade. Todavia, como princípio jurídico, a solidariedade acolhe como valores tais sentimentos e os traduz como direitos e deveres recíprocos nas relações interpessoais.⁴⁴⁸

Nota-se, portanto, que a solidariedade é a tendência da sociedade, notadamente a de hoje, que se revela na responsabilidade que cada um dos membros tem pela existência de cada uma das outras pessoas.⁴⁴⁹ No Brasil, ela só foi elevada a princípio jurídico com a Constituição Federal de 1988, encontrando sua norma mestra no art. 3º, I, do texto constitucional. Já no âmbito internacional, é no art. XXIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948) que ela repousa.

Aplicada às relações privadas, sua importância cresce em relevo com a metodologia do Direito Civil Constitucional que se desenvolve a partir de uma normatividade vinculante dos princípios constitucionais, calcada na Constituição como unidade sistemática e axiológica do ordenamento, buscando conferir uma “eficácia civil dos direitos fundamentais e o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais também para o âmbito das relações jurídico-privadas”.⁴⁵⁰

Pode-se dizer que o discurso dessa metodologia, aliado à imposição principiológica da função social da empresa, são fundamentos para se exigir maior participação da iniciativa privada no desenvolvimento econômico, social e cultural do país, de modo que sua atuação esteja em conformidade com os valores que a Constituição Federal inspira. Tal é possível porque, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, a constitucionalização do direito pode se dar de diversas formas e “ser levada a cabo por diversos autores”.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 84.

⁴⁴⁹ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 719.

⁴⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luis Edson (Coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 319.

⁴⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

Como visto, a imposição da solidariedade como valor fundamental do ordenamento jurídico possibilitou o desenvolvimento da função social estudada no tópico antecedente. Mas, muito além da justiça comutativa e da igualdade formal, o princípio da solidariedade delinea os contornos da justiça distributiva e da justiça social⁴⁵², estabelecendo “que a dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados”.⁴⁵³

Sob este fundamento, a função social da empresa foi, então, consagrada com um dos princípios reitores da ordem econômica pela Constituição Federal, reconfigurando direitos dantes considerados absolutos, como a livre iniciativa e a propriedade privada, e passou a criar deveres a eles associados, com o intuito de promover os valores consagrados na Carta Magna, fundada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social.⁴⁵⁴

Em outras palavras, cabe aos titulares da empresa “o poder-dever de realizar o objeto social em atenção aos demais acionistas, especialmente os não detentores do controle societário, bem como aos consumidores, trabalhadores, credores etc.”⁴⁵⁵.

Contudo, a empresa privada não deve sofrer uma funcionalização excessiva por imposição legal, sob pena de ser descaracterizada a sua natureza jurídica, pois é, por definição, uma atividade lucrativa. Desta forma, alternativas diversas da coerção estatal são cogitadas para que a ideia de interesse social seja realizada, a partir de uma preocupação com as pessoas que participam da atividade empresarial, ou até mesmo que a circundam.⁴⁵⁶

A alternativa sugerida é a responsabilidade social, por meio da qual as sociedades empresárias adotam espontaneamente práticas que se destinam a interagir e participar no ambiente que as circunda, concretizando os princípios constitucionalmente vinculados à ordem econômica que se relacionam com a solidariedade social.⁴⁵⁷

O autor que se destacou no pioneirismo do estudo da responsabilidade social empresarial no Direito, Jose Correia Barros Junior, esclarece que a Responsabilidade Social Empresarial nasce dos arts. XXVIII e XXIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem

⁴⁵² LÔBO, Paulo. **Direito Civil – parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 87.

⁴⁵³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 87.

⁴⁵⁴ FRAZÃO, Ana. Responsabilidade Social Empresarial *In: Constituição, Empresa e Mercado*. Brasília: Faculdade de Direito- UnB, 2017, p. 200.

⁴⁵⁵ CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p. 116.

⁴⁵⁶ FRAZÃO, Ana. Responsabilidade Social Empresarial *In: Constituição, Empresa e Mercado*. Brasília: Faculdade de Direito- UnB, 2017, p. 201.

⁴⁵⁷ FRAZÃO, Ana. Responsabilidade Social Empresarial *In: Constituição, Empresa e Mercado*. Brasília: Faculdade de Direito- UnB, 2017, p. 201.

que, dentre outros dispositivos nela postos, deram forma à sociedade contemporânea e servem de fundamento da RSE ao assegurar que todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração possam ser plenamente realizados, mas possui também deveres para com a comunidade em que está inserido.

O autor explica que o termo responsabilidade social na atividade empresária foi utilizado pela primeira vez em 1953 por Howard Bowen em “Responsabilidade social do empresário”⁴⁵⁸. A obra questionava quais as responsabilidades dos empresários perante a sociedade e seus interesses, e como conclusão entendeu que os deveres empresariais envolviam compromissos maiores que a busca pelo lucro.⁴⁵⁹

A Responsabilidade Social Empresarial (RSE), que não se confunde com a função social, refere-se “a situações vinculadas às carências sociais, ações afirmativas assumidas por particulares, ao contrário da função social, vinculada a um mínimo social”.⁴⁶⁰ Necessário se compreender, também, que “o progresso econômico deve estar vinculado ao equilíbrio de todos os princípios inerentes à ordem econômica, gerando uma nova forma de ética empresarial, indo da função social cogente para a responsabilidade social voluntária.”⁴⁶¹

Defende-se que essa espontaneidade característica da responsabilidade social se funda no ideal de responsabilidade tão bem traduzido por Hans Jonas⁴⁶² em “Princípio Responsabilidade”, obra que aborda a responsabilidade de todos pela recuperação do planeta e dos seus recursos naturais já tão desgastados, para que a sua conservação possa garantir uma vida humana autêntica para as futuras gerações. A importância da obra repousa na heurística do medo desenvolvida pelo autor, um despertar para que a coletividade estabeleça um comprometimento premente com o imperativo da responsabilidade. O ideal proposto é de uma

⁴⁵⁸ BOWEN, Howard. *Social responsibilities of the businessman*. Nova York: Harper and Row, 1953 (tradução livre).

⁴⁵⁹ CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p. 118.

⁴⁶⁰ CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p. 127.

⁴⁶¹ CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p. 143.

⁴⁶² Para Jose Barros Correia Júnior, “é plenamente possível o uso da expressão responsabilidade social empresarial, não no sentido micro, normalmente usado pelo Direito, mas em sua forma macro, como pretendido por Hans Jonas”. CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p. 123.

responsabilidade incondicional, de cuidados continuados, de prudência, praticados espontaneamente, tal como aquela que vincula os pais aos seus filhos.⁴⁶³

Para Jose Barros Correia Junior, esta responsabilidade, tal como tratada por Hans Jonas, é a expressão da responsabilidade social, que se multiplica na sociedade por meio de “um papel proativo, de não esperar apenas que o Estado tudo provenha, mesmo quando na vigência de um Estado Social. É por isso que Hans Jonas propõe que a responsabilidade assuma a força de um princípio norteador das ações de todos”⁴⁶⁴, no sentido de não justificar apenas “a realização de interesses sociais, mas que todos devem atentar para as consequências das suas ações, tendo clara noção de que elas não só lhes atingem, mas a todos no presente e no futuro”.⁴⁶⁵

A ideia de Responsabilidade Social Empresarial se aprofunda com a crise do Estado Social, pois, sem condições de financiar sozinho suas propostas, muitas obrigações passam a ser assumidas pelos empresários.⁴⁶⁶ Esta é uma realidade vivenciada por uma parcela grande dos países que aderiram ao modelo social, e contingenciam despesas ao reduzir ou eliminar investimentos de suas finalidades iniciais por medidas austeras, retirando recursos de setores já carentes, como a seguridade social que tem sido estreitada ao mínimo possível para melhorar a eficiência dos gastos governamentais.⁴⁶⁷

Com isso, o Direito evoluiu assumindo uma postura de direção social, educando e estimulando o empresariado a adotar condutas mais éticas no cumprimento da função social e da responsabilidade social⁴⁶⁸, e desta forma, diante da “inércia e incapacidade do Estado gerir suas próprias obrigações, empresários assumem compromissos sociais relevantes, paralelamente aos interesses econômicos”.⁴⁶⁹

⁴⁶³ JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad*. Barcelona: Herder, 1995, p. 65.

⁴⁶⁴ CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p. 126.

⁴⁶⁵ CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p.126.

⁴⁶⁶ CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p. 118.

⁴⁶⁷ CAMELO, Natália Tenorio Fireman Camelo; CORREIA JUNIOR, Jose Barros. A licença paternidade estendida como responsabilidade social. In: **Direito do Trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho**. [recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI/2020. Valência: *Tirant lo blanch*, 2020, p. 187-188.

⁴⁶⁸ CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p. 131.

⁴⁶⁹ CAMELO, Natália Tenorio Fireman Camelo; CORREIA JUNIOR, Jose Barros. A licença paternidade estendida como responsabilidade social. In: **Direito do Trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho**. [recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI/2020. Valência: *Tirant lo blanch*, 2020, p. 187-188.

Para entendimento da RSE, convém oferecer um exemplo desse fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro, elegendo-se para tanto o Marco Legal da Primeira Infância, Lei nº 13.257/2016, que tem uma maior proximidade com o tema, e que sobre o assunto estabelece em seu art. 12 que a sociedade participa solidariamente com a família e o Estado da proteção e da promoção da criança na primeira infância, desenvolvendo programas, projetos e ações compreendidos no conceito de responsabilidade social e de investimento social privado, dentre outras iniciativas.

Nesta hipótese, observa-se um incentivo estatal consubstanciado no dever solidário de proteção integral à criança, insculpido no art. 227 da CF/88, e como parte da sociedade que são, as empresas devem apoiar o Estado e a família nesse compromisso, que, na espécie, visa justamente aumentar os períodos de licença maternidade e paternidade. Não obstante o incentivo previsto em seu art. 38, verifica-se que a lei mantém uma flagrante desigualdade na valoração da função da mãe e do pai, pois mesmo com a aludida prorrogação, em que pese o licenciamento compulsório concedido ao pai ter aumentado 300%, como já observado na seção anterior, ainda possui uma duração nove vezes inferior à concedida à mãe.

Em que pese ainda não ser a solução ideal, ao menos essa ação indutora do Estado pavimentou um caminho importante para despertar uma nova cultura nas empresas que as auxilie no atendimento de outros anseios além da busca do lucro. Representando um incentivo para provocar a compreensão de que “no seio da empresa, a harmonia entre os diferentes interessados supõe, primeiramente, o respeito às normas-objetivo inscritas na Constituição, com a busca da justiça social e a valorização do trabalho, condição da dignidade humana”.⁴⁷⁰

E essa harmonia é considerada como fonte de vantagem competitiva sustentável para empresas, diante da capacidade de integrar e sustentar os diferentes interesses, notadamente para aquelas que atuam em contextos negociais cada vez mais diversificados, e que também possuam uma composição demográfica mais diversa em sua força de trabalho.⁴⁷¹ E “isso envolve não apenas considerar as pessoas em sua subjetividade, mas em uma concepção de pessoa como ativo estratégico para as organizações, contextualizado num tempo e espaço e inserido em teias de relações sociais”.⁴⁷²

⁴⁷⁰ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Carlixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 365.

⁴⁷¹ HANASHIRO, Darcy Mitiko Mori; TEIXEIRA, Maria Luisa Mendes; ZACCARELLI, Laura Menegon. **Gestão do fator humano: uma visão baseada nos stakeholders**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. X.

⁴⁷² HANASHIRO, Darcy Mitiko Mori; TEIXEIRA, Maria Luisa Mendes; ZACCARELLI, Laura Menegon. **Gestão do fator humano: uma visão baseada nos stakeholders**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. X.

Cumpra advertir, no entanto, que condutas socialmente responsáveis não são esperadas apenas por empresas pertencentes a nações que tenham optado pelo modelo social, pois o valor da solidariedade é reconhecido mundialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse compasso, convém trazer à lume a experiência dos Estados Unidos, um país que não garante licença maternidade ou paternidade remunerada, e que ocupa a 30ª posição no último relatório sobre desigualdade de gênero do Fórum Econômico Mundial⁴⁷³. De acordo com a legislação federal sobre o tema, existe apenas a previsão legal do direito à 12 (doze) semanas de licença aos trabalhadores, mas sem remuneração.⁴⁷⁴

Muito embora essa disposição do *Federal Family and Medical Leave Act* de 1993, alguns estados já assumiram internamente o compromisso de oferecer essa garantia às famílias, como *New Jersey*, *Rhode Island* e a Califórnia. Esta última, desde 2002, tornou-se o primeiro estado americano a prover um seguro familiar temporário para deficiências, comumente conhecido como Licença Familiar Remunerada.⁴⁷⁵

O benefício é administrado pelo Departamento de Desenvolvimento do Emprego (DDE), e garante até 6 (seis) semanas de benefícios remunerados parcialmente (entre 60% e 70% a depender do rendimento mensal)⁴⁷⁶ para indivíduos que se ausentam do trabalho, dentre outras situações, para se dedicar aos cuidados de criança em razão de nascimento, adoção ou para aqueles que se tornaram responsáveis pelo acolhimento de crianças em caso de falecimento ou ausência dos pais.⁴⁷⁷

Em que pese a iniciativa positiva porquanto inovadora para os padrões americanos, ainda é modesta, e não alcança sequer o mínimo sugerido pela Convenção nº 183 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), pela qual a licença maternidade deve ter um período mínimo de 14 (quatorze) semanas.

Não obstante a garantia, ainda que mínima, prevista nas legislações dos estados americanos que aderiram a uma licença parental remunerada para mães e pais, o licenciamento

⁴⁷³ FÓRUM Econômico Mundial. *Global Gender Gap Report 2021*. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf Acesso em 27 set 2021, p. 10.

⁴⁷⁴ ESTADOS Unidos. Department of labour. Family and Medical Leave (FMLA). Disponível em: <https://www.dol.gov/general/topic/benefits-leave/fmla> Acesso em 30 mai. 2021.

⁴⁷⁵ CONNECTICUT General Assembly. *Office of Legislative Research. Paid Family Leave Programs In California, New Jersey, And Rhode Island*. Disponível em: <https://www.cga.ct.gov/2016/rpt/2016-R-0030.htm> Acesso em 30 mai. 2021.

⁴⁷⁶ CALIFORNIA. *Employment Development Department. Paid Parental Leave: 10-year anniversary Report*. Disponível em: https://www.edd.ca.gov/disability/pdf/Paid_Family_Leave_10_Year_Anniversary_Report.pdf Acesso em 10 out. 2018

⁴⁷⁷ CALIFORNIA. *Employment Development Department. Paid Parental Leave: 10-year anniversary Report*. Disponível em: https://www.edd.ca.gov/disability/pdf/Paid_Family_Leave_10_Year_Anniversary_Report.pdf Acesso em 10 out. 2018

compulsório sem prejuízo salarial se tornou a cultura empresarial esperada no setor da alta tecnologia desde 2015, quando as grandes organizações situadas no Vale do Silício, como *Netflix*, *Microsoft* e *Amazon*, anunciaram suas políticas de melhorias aos seus empregados, suprimindo a falta de promoção do governo federal.⁴⁷⁸

Os empregados da *Netflix*, por exemplo, podem escolher entre 4 (quatro) e 8 (oito) meses de licença parental remunerada. Sobre o tema, a política da empresa, cujo lema é *take care of your baby and yourself*, pressupõe que o nascimento ou a adoção de uma criança é o evento mais importante na vida de uma pessoa, e a liberdade de escolha se relaciona com a própria filosofia da organização, que prioriza oferecer recursos para aliviar distrações e potencializar o desempenho de seus colaboradores.⁴⁷⁹

A *Microsoft*, por sua vez, partindo da premissa de que o colaborador é figura central para a empresa, permite que qualquer empregado tire até 12 (doze) semanas de licença parental remunerada, seja por nascimento ou adoção de filho, e um licenciamento adicional de 8 (oito) semanas para as mães em caso de parto.⁴⁸⁰

Já a *Amazon* oferece 20 (vinte) semanas de licença remunerada para mulheres por ocasião do parto, e 6 (seis) semanas de licença parental para os outros casos de filiação, estendendo-se esse benefício aos pais. E não é só. A gigante do varejo permite que qualquer funcionário possa dividir a licença parental com o cônjuge/consorte que não tenha licença remunerada garantida por seu empregador. Por esse programa, os empregados da *Amazon* podem retornar ao trabalho, voltando a receber seu salário regular básico, mas continuar

⁴⁷⁸ FORBES. *These Companies All Boosted Paid Parental Leave in 2016*. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/clareoconnor/2016/12/30/these-companies-all-boosted-paid-parental-leave-in-2016/#288f196aa3d6> Acesso em 10 out. 2018.

⁴⁷⁹ No original: *When it comes to your life, it's not our place to dictate what things you should care about. We believe in providing the resources that will alleviate distractions and allow you to do your best work. 1. Parental Leave: We recognize that one of the most special events in an individual's life is the birth or adoption of a child. Our parental leave policy is: "take care of your baby and yourself." New parents generally take 4 - 8 months.* NETFLIX. *Work Life Philosophy: Taking care of yourself*. Disponível em: <https://jobs.netflix.com/work-life-philosophy> Acesso em: 25 jul. 2021

⁴⁸⁰ Sem tradução: *At Microsoft, you'll take risks, push boundaries, and grow more than you thought possible. And you won't be alone in that journey. We have something special here; we put our employees at the center of everything we do, and we know that what we offer is essential not only to your work but to your life too. In addition to world-class benefits designed to help you and your family live well, we offer competitive pay, bonuses and stock awards to eligible employees based on individual performance, as well as benefits to help you lead a healthy life, invest in your the future and enjoy your journey here at Microsoft. We also offer a set of programs, events, services, and genuine human connections—amazing ways in which Microsoft supports and invests in you. Empowering you. So you can empower the world.*

(...)

Parental leave

Take 20 weeks of paid time away for birth mothers and 12 weeks of fully paid parental leave for all other new parents, including adoptions and foster placements. MICROSOFT. *Make the most of life*. Disponível em: <https://careers.microsoft.com/us/en/usbenefits> Acesso em: 25 jul. 2021

recebendo a remuneração pela licença parental enquanto seu cônjuge/companheiro(a) realiza os cuidados em casa.⁴⁸¹

Propondo a mesma cultura organizacional, a política *Baby Bonding Leave* da *Google* tornou a licença parental remunerada universal, independente do gênero, com uma duração mínima de 12 (doze) semanas, período que é acrescido de 2 (duas) semanas destinadas a possibilitar um retorno gradual pós-licença, com expediente reduzido e sem prejuízo salarial. Em caso de filiação biológica, para uma completa recuperação pós-parto, as mães têm acesso a um afastamento adicional que varia entre 10 (dez) e 12 (doze) semanas.⁴⁸²

Em 2011, em investigação conduzida pelo Centro para Pesquisa Econômica e Política, a economista sênior Eileen Appelbaum e, a sociologista da Universidade de Nova York, Ruth Milkman concluíram que a grande maioria dos empresários na Califórnia responderam que o programa estadual ou teve efeitos positivos, ou não negativos, no rendimento e performance (91%), produtividade (89%), rotatividade de pessoal (93%) e motivação dos empregados (99%).⁴⁸³

Apesar de o percentual de trabalhadores amparados por uma licença parental paga ainda aparentar ser tímido nos Estados Unidos, em torno de 19% (dezenove por cento), de acordo com pesquisa promovida pelo *U. S. Bureau of Labor Statistics* no ano de 2019,⁴⁸⁴ um estudo da consultoria Deloitte indicou que 77% (setenta e sete por cento) dos entrevistados alegaram que

⁴⁸¹ No original: *Amazon has a unique parental leave program for all full-time employees — from our hourly associates to our most senior executives. Our parental leave is designed to give our employees choice in how they manage their leave to ensure that they can spend this important time together, and in a way that works best for their families.*

We offer up to four weeks pre-partum leave and ten weeks paid post-partum leave for birth parents, and six weeks of parental leave for all parents. Our Ramp Back Program allows new birth parents or primary care givers to ease back to work with up to 8 weeks of flexible time and a choice of part-time options. Employees can choose when to take their parental leave time, either in one continuous 6-week period or split into two periods within 12 months of birth or adoption. For Amazonians whose spouses' jobs don't provide paid leave, we offer Leave Share — an innovative program that enables employees to share any amount of their parental leave with their partner. AMAZON. **Parents at Amazon**. Disponível em: https://www.amazon.jobs/en/landing_pages/parents Acesso em: 25 jul. 2021

⁴⁸² Sem tradução: *We also want to do more to challenge gender stereotypes in Google's workplace. Last year, we made parental benefits gender-neutral. New parents, regardless of gender, receive up to 12 weeks fully paid leave to bond with their child (birth mothers receive an additional 10-12 weeks of pregnancy recovery time). In addition, all new parents benefit from a 2-week gradual return policy (ramping back to work part-time at full-time salary).* GOOGLE. **Google Diversity Annual Report 2018**. Disponível em: https://static.googleusercontent.com/media/diversity.google/en//static/pdf/Google_Diversity_annual_report_2018.pdf Acesso em: 25 jul. 2021, p. 12.

⁴⁸³ APPELBAUM, Eileen; MILKMAN, Ruth. **Leaves that pay**. Disponível em: <http://cepr.net/documents/publications/paid-family-leave-1-2011.pdf> Acesso em 10 out. 2020.

⁴⁸⁴ ESTADOS Unidos da America. U.S. Bureau of Labor Statistics. **National Compensation Survey: Employee Benefits in the United States, March 2019**.p. 119. Disponível em: <https://www.bls.gov/ncs/ebs/benefits/2019/employee-benefits-in-the-united-states-march-2019.pdf> Acesso em 25 jul. 2021.

a extensão da licença parental remunerada oferecida por uma empresa influencia positivamente na escolha entre empregadores.⁴⁸⁵

Esta atitude das empresas americanas é uma forma de ser socialmente responsável e é a inspiração desta pesquisa para sugerir que as empresas brasileiras despertem para isso também, notadamente quando tal já é realidade entre multinacionais instaladas no país. O *Twitter* já estende essa benesse para seus funcionários no mundo todo, inclusive, no Brasil, onde oferece um licenciamento remunerado de 20 (vinte) semanas para os pais, seja por nascimento ou adoção. Segundo a empresa, trata-se de uma iniciativa dentre uma série de ações destinadas a incentivar a qualidade de vida e a igualdade de gênero.⁴⁸⁶

Neste mesmo sentido, com o programa *Family Bond*, a Volvo oferece aos seus colaboradores em todo o globo, cujo contrato de trabalho tenha alcançado a duração mínima de um ano, o benefício de 24 (vinte e quatro) semanas de licença parental com uma remuneração de 80% (oitenta por cento) do salário base do funcionário, seja pai ou mãe, podendo ser gozada em até 3 (três) anos a contar da filiação, biológica ou civil. Contando com indústria também no Brasil, a empresa automobilística buscou desenvolver uma cultura empresarial que incentiva a igualdade no exercício da parentalidade para todos os gêneros apoiando seus empregados a equilibrar as demandas familiares com o trabalho, para que consigam sobressair em suas carreiras.⁴⁸⁷

Ainda que se questione a viabilidade desse investimento social, principalmente pelas pequenas e médias empresas, cumpre esclarecer que já há exemplos desta iniciativa dentre as organizações brasileiras deste porte, como a licença parental de 6 (seis) meses ofertada pelo

⁴⁸⁵ No original: *A vast majority (77%) of all respondents claim that the amount of parental leave offered by an employer could sway their decision when choosing one employer over another.* DELOITTE. **Parental Leave Survey**. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/about-deloitte/us-about-deloitte-paternal-leave-survey.pdf> Acesso em 25 jul. 2021.

⁴⁸⁶ TWITTER. **Adotamos licença-paternidade de 20 semanas no Brasil**. Disponível em: https://blog.twitter.com/pt_br/a/pt/2016/adotamos-licen-a-paternidade-de-20-semanas-no-brasil Acesso em 25 jul. 2021.

⁴⁸⁷ Sem tradução: *The 'Family Bond' policy will give all employees with at least one year's service a total of 24 weeks of leave at 80 per cent of their base pay by default. The policy applies to either parent and the leave can be taken anytime within the three first years of parenthood. "We want to create a culture that supports equal parenting for all genders" said Håkan Samuelsson, chief executive. "When parents are supported to balance the demands of work and family, it helps to close the gender gap and allows everyone to excel in their careers. We have always been a family-oriented and human-centric company. Through the Family Bond programme, we are demonstrating and living our values, which in turn will strengthen our brand". The global policy is more inclusive and supportive than many existing policies around the world, and includes all legally registered parents, including adoptive, foster care and surrogate parents, as well as non-birth parents in same-sex couples. Some countries do not offer any paid leave to new parents, or exclude certain groups of parents – the latter is particularly true for fathers.* VOLVO CARS. **Volvo Cars Family Bond gives all employees 24 weeks paid parental leave**. Disponível em: <https://www.media.volvocars.com/global/en-gb/media/pressreleases/280244/volvo-cars-family-bond-gives-all-employees-24-weeks-paid-parental-leave> Acesso em: 25 jul. 2021.

ASBZ Advogados aos seus 250 colaboradores. Com o objetivo de conceder o mesmo direito que as mães seguradas do INSS já possuem quando empregadas em organizações que participam do programa “Empresa Cidadã”, desde 2017 o escritório oferece aos pais o mesmo licenciamento remunerado, que se estende à relacionamentos homoafetivos ou à adoção de crianças, sem restrição de idade. Reconhecendo que a função do pai e da mãe é fundamental para o reforço do conceito de família, a empresa entende a transformação social como um bom investimento.⁴⁸⁸

Com efeito, ao espontaneamente oferecer uma licença para cuidar que atenda àqueles que não foram contemplados pela seguridade social garantida pelo Estado, sejam eles mulheres ou homens não elegíveis em razão do sexo ou orientação sexual, a um só tempo as empresas estarão atendendo à sua funcionalização social na dimensão não cogente deste fenômeno para reconhecer a importância da função social do pai, em benefício da criança cuja proteção foi alçada no ordenamento com absoluta prioridade, permitindo uma mudança cultural que prestigia a igualdade e irá beneficiar as mulheres no acesso ao emprego e, como bônus, ainda reterão talentos, o que diminuirá custos com novos recrutamento, potencializando a sua produtividade.

Dessa forma, tem-se que as empresas estarão efetivamente enxergando as necessidades de seus colaboradores enquanto pessoas que necessitam desse apoio para desenvolver sua personalidade e a terem o direito de cuidar dos seus filhos, enquanto harmonizam os interesses dos acionistas e da solidariedade social. Nesta proposta, as pessoas que se beneficiam com essa conduta amparada na RSE não são apenas os empregados, mas também os consumidores, fornecedores e até mesmo os acionistas porque a transformação social gerada pela RSE atinge a toda coletividade e a todas as pessoas que a compõe.

Esse raciocínio se ampara na perspectiva de que, todas as pessoas que orbitam a empresa ou que estejam dentro dela são consideradas como partes interessadas, como aduz a Teoria dos *Stakeholders*. Esta perspectiva teórica encontra seu desenvolvimento na área de estudo da administração de empresas, e busca demonstrar que a atividade empresarial é concentradora de interesses múltiplos, ultrapassando a lógica negocial convencional de interesses exclusivos dos investidores, promovendo a construção de relações e a criação de valores ao contemplar as relações com os *stakeholders*.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ ASBZ Advogados. **Licença**. Disponível em: <http://www.asbz.com.br/site/?s=licen%C3%A7a> Acesso em 28 jul. 2021.

⁴⁸⁹ CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p. 172.

Robert Edward Freeman é considerado o principal teórico dessa abordagem, embora não seja o único, posto que nos últimos quarenta anos em que a teoria se construiu houve a adesão de diversos outros autores. Para ele, a teoria molda a compreensão de como a boa prática de gerenciamento realmente se baseia em relacionamentos com os *stakeholders*, definido como todo aquele que pode afetar ou ser afetado pelo alcance dos objetivos de uma corporação.⁴⁹⁰ ⁴⁹¹ Neste viés, defende-se que “o sucesso da empresa dependerá de como a organização gere suas relações com os diversos públicos de interesse que podem afetar e/ou serem afetados pela realização do propósito da organização”.⁴⁹²

Sua perspectiva teórica questiona e problematiza a ética do capitalismo, buscando demonstrar que, em verdade, há poucos conflitos diretos entre os interesses dos *shareholders* (acionista) e dos *stakeholders* do que aparentemente possa parecer. Como lógica argumentativa, busca-se demonstrar pragmaticamente que o ponto de vista do *stakeholder* proporciona uma nova narrativa sobre os negócios e uma forma mais útil de entender o capitalismo moderno.

Assim, a proposta é a construção de relações e criação de valores para todas as principais partes interessadas, que seriam os empregados, os clientes/consumidores, a comunidade, os fornecedores e os financiadores (os proprietários, investidores). A essência da empresa deverá ser a busca pela conformação de todos esses interesses, pois cada *stakeholder* é igualmente importante para a empresa, e qualquer preferência deverá ser evitada. Logo, havendo divergência, a depender do ramo da empresa e do modelo de negócios adotado, caberá aos executivos encontrar formas de orientar esses interesses em uma mesma direção.⁴⁹³

⁴⁹⁰ FREEMAN, Robert Edward. *The Stakeholder Approach Revisited*. *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik*. V. 5, n.3, 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228946075_The_Stakeholder_Approach_Revisited, p. 229. Acesso em 29 set. 2021.

⁴⁹¹ Sobre o tema: “De fato existem outros valores além daqueles interesses dos *shareholders*, valores e interesses internos e externos à empresa, os interesses dos *stakeholders*, tão importantes quanto o do próprio empresário e dos investidores, especialmente quando analisada a empresa em longo prazo. Para tanto, o *stakeholder* seria qualquer grupo ou indivíduo que tenha algum interesse sobre a atividade empresarial, podendo influir ou ser influenciado pelas suas ações e/ou omissões. Isso refletiria a melhor interpretação do texto constitucional em vigor ao eleger seus princípios básicos, protegendo o equilíbrio entre a livre-iniciativa e o bem-estar social”. Cf. CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os *stakeholders***. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013, p. 178.

⁴⁹² DOMENICO, Silvana Maria Russi de; TEIXEIRA, Maria Luiza Mendes. Fator humano: uma visão baseada em *stakeholders*. In: **Gestão do Fator humano: uma visão baseada em *stakeholders***. Org. Darcy Mitiko Mori Hanashiro, Maria Luisa Mendes Teixeira e Laura Menegon Zaccarelli. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 330.

⁴⁹³ DMYTRIYEV, Sergiy; FREEMAN, Edward. **Corporate Social Responsibility and Stakeholder Theory: Learning From Each Other**. *Symphony Emerging Issues in Management*, n. 1, 2017, p. 09.

Sua importância para esta pesquisa reside no fato de ser o potencial condutor da RSE na travessia pela solidariedade social, pois complementa a compreensão teórica da função social da empresa com a prática da gestão negocial, promovendo assim o princípio da parentalidade responsável. Busca-se demonstrar que a conformação de tantos interesses exige esforço mas não é uma tarefa inalcançável, considerando que, em verdade, há poucos conflitos diretos entre os interesses dos *shareholders* (acionistas) e dos demais *stakeholders*⁴⁹⁴.

E até mesmo diante dos conflitos eventualmente existentes, deve-se buscar a conformação de todos os interesses, pois cada *stakeholder* é igualmente importante para a empresa, e qualquer preferência deverá ser evitada. Logo, havendo divergência, a depender do ramo da empresa e do modelo de negócios adotado, caberá aos executivos encontrar formas de orientar esses interesses em uma mesma direção.⁴⁹⁵

Longe de afastar a empresa da perspectiva da onerosidade, que é uma característica tão marcante do meio empresarial, ao revés, propõe uma ampliação da consciência humana, estabelecendo uma gestão que busca tornar as empresas ainda mais lucrativas ao conciliar a ética negocial com o capitalismo, promovendo valores como liberdade, solidariedade, harmonia, prosperidade e compaixão.

Para tornar ainda mais atrativa a adesão à proposta desta pesquisa, convém destacar que existe uma correlação entre a gestão dos interesses dos *stakeholders* e a gestão da concorrência. Uma contribuição importante a notar é que não só são incorporados atributos racionais às marcas das empresas, mas também atributos afetivos, que despertam emoções em seus consumidores e permitem que distingam o produto (em seu conceito mais abrangente) dos demais.⁴⁹⁶ É bom lembrar, contudo, que essa percepção tanto pode ser positiva quanto pode ser

⁴⁹⁴ No original: “*The stakeholder theory literature seems to represent an abrupt departure from the usual understanding of business as a vehicle to maximize returns to the owners of capital. This more mainstream view – call it ‘shareholder capitalism’, or ‘the standard account’ – has recently come under much criticism, and the ‘stakeholder view’ is often put forward as an alternative. Our assessment of this debate is that, despite a great deal of theorizing, there is little direct conflict between the shareholder view and the stakeholder view. In fact, we argue that the stakeholder view is a more useful way of understanding modern capitalism*”. FREEMAN, R. Edward; DE COLLE, Simone; HARRISON, Jeffrey S.; PARMAR, Bidhan L.; WICKS, Andrew C. ***Stakeholder Theory: The State of the Art***. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 07.

⁴⁹⁵ Sem tradução: “*Executives play a special role in the activity of the business enterprise. On the one hand, they have a stake like every other employee in terms of an actual or implied employment contract. And that stake is linked to the stakes of financiers, customers, suppliers, communities, and other employees. In addition, executives are expected to look after the health of the overall enterprise*”. FREEMAN, R. Edward; DE COLLE, Simone; HARRISON, Jeffrey S.; PARMAR, Bidhan L.; WICKS, Andrew C. ***Stakeholder Theory: The State of the Art***. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 26-27.

⁴⁹⁶ BUENO, Wilson da Costa. **Comunicação empresarial e gestão de marcas**. Organização Wilson da Costa Bueno. Barueri: Manole, 2018, p. 4.

negativa, pois a depender da opinião do público, as consequências podem ser boas ou desastrosas para a gestão da marca.

Este processo perpassa pela construção e gerenciamento da imagem da marca da empresa, que acaba não dependendo apenas dos esforços da organização na comunicação dos seus valores, vez que o protagonismo recai também sobre as percepções e experiências concretas dos consumidores (entendido como um dos *stakeholders*), de terceiros e até da mídia⁴⁹⁷. A imagem da marca é, pois, “um dos valores intangíveis de uma organização, assim como a reputação, a capacidade ou potencial de inovação, o capital humano, a cultura organizacional, o relacionamento com os *stakeholders* etc.”⁴⁹⁸

Pesquisadores de *Marketing* enfrentam o tema pela nomenclatura *brand equity*, ou reputação da marca, “que se refere ao valor de uma marca e é determinado pela percepção do seu consumidor”.⁴⁹⁹

Em pesquisa realizada sobre o tema, constatou-se que há uma relação importante da percepção do consumidor com a Responsabilidade Social Empresarial (RSE) e a *brand equity*. O estudo dividiu a percepção em cinco categorias (fidelidade à marca, conscientização da marca, associação de marca, qualidade percebida e reputação geral da marca) e observou como resultado que a RSE e *brand equity* (*BE*) estão 100% (cem por cento) correlacionadas positivamente.⁵⁰⁰

Um relatório elaborado pelo Fórum Econômico Mundial em parceria com a empresa de consultoria estratégica *Boston Consulting Group* (BCG) revelou que a expectativa de continuidade de regulações e a atenção de *Stakeholders* em questões ambientais e sociais, fará com que todos os setores, em diversos graus, sofrerão transições relacionadas à sustentabilidade. Assim, tornar-se-á cada vez mais relevante, em como investidores e a gestão corporativa irão inovar na abordagem dessas questões.⁵⁰¹

⁴⁹⁷ BUENO, Wilson da Costa. **Comunicação empresarial e gestão de marcas**. Organização Wilson da Costa Bueno. Barueri: Manole, 2018, p. 6.

⁴⁹⁸ BUENO, Wilson da Costa. **Comunicação empresarial e gestão de marcas**. Organização Wilson da Costa Bueno. Barueri: Manole, 2018, p. 6.

⁴⁹⁹ CORPORATE Finance Institute. ***Brand equity: the reputation of a brand***. Disponível em: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/other/brand-equity/>. Acesso em 17 out. 2020.

⁵⁰⁰ IQBAL, Fahad; KHALID, Bilal; QURESHI, Ali Rauf; SHAHID, Nazia. **Impact of Corporate Social Responsibility (CSR) on Brand Equity (B.E)**. 2013, 38 f. Projeto de pesquisa submetido como requisito parcial para o grau de mestre em Administração Negocial pela Universidade Central de Punjab – Índia. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/261993689_Impact_of_Corporate_Social_Responsibility_on_Brand_Equity > Acesso em 17 out. 2020, p. 30.

⁵⁰¹ Sem tradução: *Given the expectation of continued action by regulators and other stakeholders on environmental and social issues, every industry will, to varying degrees, undergo sustainability-related transitions. As such, dynamic materiality will become increasingly important, and innovation in how investors and management teams approach this topic will be warranted and welcome.* FÓRUM Econômico Mundial; BOSTON

Por meio do estudo realizado, revelou-se que na área de investimentos a responsabilidade social ganhou relevo durante a crise sanitária da COVID-19 que acelerou o crescimento da metodologia ESG baseada na performance das empresas na responsabilidade social, com ênfase no meio ambiente, questões sociais e de governança.⁵⁰²

É tanto que o relatório indica que os investidores passaram a analisar o desempenho da empresa considerando fatores ambientais e sociais em seus planos de criação de valor, um movimento que cresce em importância quando empresas passam a direcionar sua atenção para questões ambientais, sociais ou de governança que foram publicamente valorizadas por investidores influentes.⁵⁰³

Um alerta da Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) também sugere que “a crise da Covid-19 e a volatilidade do mercado elevaram o interesse de investidores em problemas ambientais, sociais e de governança”.⁵⁰⁴ Políticas de gerenciamento da crise que envolvam ações socialmente responsáveis irão definir a força e a reputação das empresas e refletirão em sua sustentabilidade e perenidade neste ambiente de incertezas.⁵⁰⁵

Outra consideração importante que a OCDE sugere, é que esta pandemia, guardados os extremismos da situação, é um bom laboratório para que se desenvolvam condutas negociais responsáveis com vistas a melhorar a performance a longo prazo. Ao consolidar seu compromisso com a sociedade, as empresas fortalecem o bom desempenho no mercado. E ao desenvolver identificação com alguma causa apoiada por seus consumidores, além de promover

Consulting Group. **Embracing the New Age of Materiality Harnessing the Pace of Change in ESG**. Disponível em https://www3.weforum.org/docs/WEF_Embracing_the_New_Age_of_Materiality_2020.pdf Acesso em 29 set. 2021, p. 15.

⁵⁰² No original: *Evidence is mounting that company performance regarding environmental, social, and governance (ESG) factors contributes to business success, and the speed at which those factors become material to any given business is increasing. Consider, for example, how quickly the COVID-19 crisis translated from a health crisis into one of the worst economic crises in recent history.* BOSTON Consulting Group. **Unlocking Tomorrow's ESG Opportunities**. Disponível em: <https://www.bcg.com/pt-br/publications/2020/future-esg-environmental-social-governance-opportunities> Acesso em 29 set. 2021

⁵⁰³ No original: *Investors can play a pivotal role in the process of dynamic materiality. If there is sufficient alignment among investors on how to evaluate the performance of companies on ESG issues (and that information is used to inform portfolio construction and security selection), investors can cause certain ESG issues to become material. More broadly, a sufficiently influential investor who places enough public emphasis on a certain issue can cause management teams to shift their attention to that issue. Both trends are playing out.* FÓRUM Econômico Mundial; BOSTON Consulting Group. **Embracing the New Age of Materiality Harnessing the Pace of Change in ESG**. Disponível em https://www3.weforum.org/docs/WEF_Embracing_the_New_Age_of_Materiality_2020.pdf Acesso em 29 set. 2021, p. 12.

⁵⁰⁴ ORGANIZAÇÃO para a Cooperação e o Desenvolvimento. **COVID-19 and responsible business conduct**. Publicado em 16 abr. 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-responsible-business-conduct-02150b06/> Acesso em 17 out. 2020

⁵⁰⁵ ORGANIZAÇÃO para a Cooperação e Desenvolvimento. **COVID-19 and responsible business conduct**. Publicado em 16 abr. 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-responsible-business-conduct-02150b06/> Acesso em 17 out. 2020

fortalecimento no espírito de engajamento, as empresas ainda conseguem ampliar sua audiência já que, até mesmo o público que não é usuário de seus produtos ou serviços, mas que despertou para o senso coletivo, pode se tornar um consumidor em potencial.⁵⁰⁶

O *Gender Gap Report 2021* do Fórum Econômico Mundial já analisado, também sinalizou que a pandemia causada pelo coronavírus acelerou automação e digitalização, agilizando a disrupção no mercado de trabalho, o que, conseqüentemente, reforça a necessidade por habilidades técnicas disruptivas.⁵⁰⁷ Não é difícil perceber as mudanças que a Quarta Revolução Industrial já estava causando no mercado de trabalho antes de 2020, e que foi acelerada com a crise sanitária, o que induz a uma procura por mão de obra especializada e para a conservação e atração de talentos, que compõe o capital humano e geram valor para as empresas.

O capital social das empresas, juntamente com o capital humano e o capital organizacional, assim compreendido como a cultura, a ética e sistemas organizacionais, bem como a outros ativos como a reputação da empresa e de seus produtos, processos de produção, direitos de propriedade intelectual etc., são elementos que despontam por depender das relações sociais e de confiança mútua construídas pelas empresas, dependendo sobremaneira do capital humano para proporcionar o aprendizado coletivo. Conseqüentemente, além do capital social, obviamente, são ativos estratégicos o capital humano e o capital organizacional, responsáveis por promover uma vantagem competitiva sustentável.⁵⁰⁸

Destarte, as condutas socialmente responsáveis adotadas pelas empresas na superação dos desafios impostos pela pandemia revelam que este comportamento se reveste como uma estratégia positiva, pois, inobstante representar um investimento, eleva a autoridade e a credibilidade para o grande público, fortalecendo a admiração e a lealdade dos seus usuários por se demonstrar ser uma marca que aprecia o valor social e o valor ambiental para além do valor econômico.

Por tais razões, acredita-se que a iniciativa se revelará como um verdadeiro “ganha-ganha” (*win-win*), pois gera proveito recíproco, a iniciativa empresarial propositiva calcada na responsabilidade social da empresa, que oferte em seu plano de benefícios uma licença

⁵⁰⁶ ORGANIZAÇÃO para a Cooperação e Desenvolvimento. **COVID-19 and responsible business conduct**. Publicado em 16 abr. 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-responsible-business-conduct-02150b06/> Acesso em 17 out. 2020

⁵⁰⁷ FÓRUM Econômico Mundial. **Global Gender Gap Report 2021**. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf Acesso em 27 set 2021, p. 6.

⁵⁰⁸ TEIXEIRA, Maria Luiza Mendes; ZACCARELLI, Laura Menegon. A nova ambiência competitiva. In: **Gestão do Fator humano: uma visão baseada em stakeholders**. Org. Darcy Mitiko Mori Hanashiro, Maria Luiza Mendes Teixeira e Laura Menegon Zaccarelli. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12.

remunerada para cuidar da prole, elegível para qualquer colaborador que não tenha sido acolhido pelo benefício do INSS para exercer o direito de convivência e a parentalidade responsável, independente do sexo ou da forma de filiação, seja biológica ou adotiva.

Dessa forma, tanto cumprirá a sua função e responsabilidade social, oferecendo-se como garante e agente do desenvolvimento social, como atende às demandas de seus funcionários, que são diretamente influenciados pelas decisões da empresa, além de possibilitar a atração e retenção de talentos, bem como de atingir maiores níveis de produtividade.

Esta compreensão se coaduna, ainda, com a iniciativa conjunta da ONU Mulheres⁵⁰⁹, Organização Internacional do Trabalho e União Europeia, que propõe um engajamento do setor privado por meio do programa “Ganha-Ganha: igualdade de gênero significa bons negócios” (*Win-Win: Gender equality means good business*) desenvolvido para ser implementado em 6 (seis) países: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Jamaica e Uruguai. O objetivo geral do programa é capitalizar o potencial do talento feminino para o crescimento e o desenvolvimento, envolvendo os homens nesse processo.⁵¹⁰

De acordo com os relatórios preliminares do programa, o *Win-Win* tem o propósito de disseminar boas práticas empresariais, buscando influenciar mudanças nas políticas e rotinas do setor privado que ainda vinculam normas e estereótipos discriminatórios de gênero profundamente enraizados na sociedade. Enquanto tais normas existirem, a sustentabilidade das mudanças promovidas pelo programa será limitada. Além de combater a violência contra as mulheres, o programa também é endereçado aos homens, a fim de combater especialmente o conceito tradicional de masculinidades.⁵¹¹

Dessa forma, dentro das boas práticas relacionadas ao programa, que não se limita apenas a disseminar a cultura da liderança e participação das mulheres no setor privado, há um estímulo para intervenções que evitem esforços na promoção de uma licença parental para os pais (licença paternidade), envolvendo os homens ao abordar normas que afetam o comportamento masculino, estimulando a participação dos pais nos cuidados com os filhos.⁵¹²

⁵⁰⁹ A ONU Mulheres é a Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres.

⁵¹⁰ ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. *Regional official launch of the “Win-Win: Gender equality means good business” ILO, UNWomen and EU, Sao Paulo, Brasil*. Disponível em: https://www.ilo.org/actemp/news/WCMS_645577/lang--en/index.htm Acesso em 29 set. 2021.

⁵¹¹ NAÇÕES Unidas. *United Nations Global Marketplace. Mid-Term Evaluation Of The Programme: “Win-Win: Gender Equality Means Good Business”*. Disponível em: www.gate.unwomen.org Acesso em: 29 set. 2021, p. 51

⁵¹² NAÇÕES Unidas. *United Nations Global Marketplace. Mid-Term Evaluation Of The Programme: “Win-Win: Gender Equality Means Good Business”*. Disponível em: www.gate.unwomen.org Acesso em: 29 set. 2021, p. 51

Ainda que se questione se a solução encontrada criaria uma possível desigualdade entre empregados de empresas distintas, vez que, a depender das possibilidades da organização na gestão dos interesses de seus *Stakeholders* poderiam ser criados níveis distintos de licença com prazos diferenciados, tem-se que a tal hesitação não prospera porque dois dos princípios mais importantes da ordem econômica aplicados ao regime jurídico de direito privado, no qual se inserem as empresa, são os valores da livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170, p. u.) e da autonomia privada (CF, art. 5º, II).

Considerando que tais princípios indicam que “as pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer linha de conduta que não lhes seja vedada pela ordem jurídica”⁵¹³ e que “os particulares têm liberdade de contratar ou não contratar, pautando-se por preferências pessoais”⁵¹⁴, cumpre reconhecer que o oferecimento de uma licença para cuidar pelas empresas calcada na responsabilidade social não ofende a sua funcionalização social. Ao revés, iniciativas como esta são inclusive encorajadas pela própria legislação, como bem orienta o art. 12, IV, do Marco Legal da Primeira Infância, integrando, assim, ações afirmativas, tendentes a corrigir distorções relacionadas à igualdade material, que não se limitam ao poder público, podendo ser promovidas pela iniciativa privada também.

É tanto que, na interdisciplinariedade inerente à temática estudada, dentre os princípios que orientam o direito do trabalho, há um valor específico relacionado com a proteção ao mercado de trabalho da mulher, “consagrado no inc. XX do art. 7º da CF, tem por escopo estabelecer ações afirmativas em prol das mulheres trabalhadoras”,⁵¹⁵ sobretudo com o intuito de “corrigir as injustiças históricas e as discriminações que sofrem as mulheres no mercado de trabalho em relação aos homens”.⁵¹⁶

Como anteriormente observado, o atual sistema de licenças ofertado pela legislação fomenta as dificuldades apontadas quanto à busca do pleno emprego pelas mulheres, de sorte que uma licença para cuidar não só está em sintonia com o melhor interesse das crianças, como beneficia os homens, mulheres em relacionamentos homoafetivos, e a socioafetividade, mormente em relação à multiparentalidade, como, também, auxilia a diminuir o fosso de oportunidades entre os sexos no mercado de trabalho.

⁵¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. P. 38

⁵¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. P. 38

⁵¹⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 55

⁵¹⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 55

Ademais, ao argumento de uma eventual desigualdade subjacente entre empregados de empresas distintas com pacotes de benefícios variáveis, insta explicar, para tanto, que a iniciativa encontra respaldo legal na própria Lei nº 11.770/2008 (Programa Empresa Cidadã) que confere incentivos às empresas que alongarem as licenças maternidade e paternidade atualmente em vigor como prática de responsabilidade social.

Não obstante, cumpre observar que o programa tem característica promocional apenas às empresas de lucro real (art. 5º). Logo, o risco de criação de novas desigualdades, sob esta ótica, já teria se concretizado, mormente se analisadas as condições diversas entre empregados de empresas optantes pelo SIMPLES nacional e empregados das empresas enquadradas no lucro real, por exemplo. Contudo, não se afigura um argumento suficiente para retirar o mérito da iniciativa porque inibir a iniciativa sob essa pretensa reproduz uma visão mesquinha, que alija o trabalhador de alcançar melhores condições no emprego, que não necessariamente só são alcançados por um aumento quantitativo de salário, mas cresce em importância com a melhoria nas condições que lhe são oferecidas, o que estimula o benefício pelas outras empresas também, com um diferencial com potencial de atrair novos talentos.

Assim, apresenta-se como solução para a problemática revelada no início desta investigação quanto ao desrespeito das dimensões do cuidado, notadamente no que pertine à igualdade material no direito de pais e mães de exercerem a parentalidade responsável ao compartilharem os cuidados com a prole, que está diretamente relacionada ao conceito de família democrática inculcado no ordenamento pelo legislador constituinte, destinado à proteção dada à cada um dos integrantes da família, em atenção à autodeterminação para o livre desenvolvimento da existência humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cuidado é o elemento que se projeta como essencial à manutenção da condição humana não só quando vulnerada, mas por toda a existência do ser humano, representando-se indispensável para o futuro da sua descendência e para a própria conservação da espécie.

O cuidado se exprime na filosofia *heideggeriana* como condição originária e relacional, e estará presente não só na sua criação, mas por toda vida, por ser inerente à sua existência. Bem assim, é justamente exercendo o desvelo com as naturezas existentes, que o Homem se conecta com o seu *ethos* essencial: a realização do bem pelo cuidado.

No sistema jurídico brasileiro a doutrina da proteção integral da criança possibilitou que norma jurídica tratasse do cuidado de forma expressa, em que pese ser possível inferir seu valor jurídico também na tutela da dignidade humana e da personalidade, no princípio da solidariedade e da responsabilidade familiar.

Aplicado às pessoas, assume-se que o conceito de cuidado refere ao desvelo, ao tratamento ou ocupação com atenção séria e comprometida, destinada a realizar algo corretamente para alguém ou com o intuito de lhe evitar danos ou riscos, evocando, bem assim, à companhia e à provisão do que lhe é necessário, aplicado ao bem-estar, à saúde, à educação, à manutenção e à proteção. O vocábulo também exprime o significado de adjetivar a pessoa que o recebe, indicando ao seu destinatário o atributo de ser cuidado.

Por consequência, cuidar, enquanto verbo, é a ação embuída de preocupação ou interesse, e pela qual se exterioriza o cuidado. É ao cuidar, também, que as pessoas desenvolvem as habilidades parentais e realizam a sua própria natureza, isto é, a sua essência e dignidade humanas. Assim, os cuidados se envolvem na construção cotidiana de projetos de pessoa dirigida à transformação social e ao futuro da sociedade.

Neste raciocínio, a compreensão do cuidado como condição existencial da pessoa humana, tal como se absorveu pela filosofia *heideggeriana*, impede que se interprete a personalidade de forma dissociada do cuidado, pelo risco de limitações ao seu conteúdo. O valor do cuidado é inerente à dignidade humana, sendo vetor indispensável para a concretização desta. Embora não seja a única forma de promover a dignidade do ser humano, por certo, é condição indispensável para que alcance a vida adulta, pois uma criança carente de cuidados certamente perecerá, o que comprometerá não só o seu futuro como também o da comunidade em que está inserida.

Neste viés, o cuidado se revela como um direito especial da personalidade, estando ínsito na cláusula geral de tutela da pessoa humana com fundamento no livre desenvolvimento da personalidade, tanto na perspectiva do agente, que pratica o verbo cuidar, quanto de quem é cuidado, o destinatário, que o recebe como atributo. A solidariedade familiar não vincula o cuidado como dever apenas nas relações de parentalidade-filiação, não sendo mais importantes os cuidados infantis em detrimento das demais formas de manifestação de cuidado. No entanto, com amparo no princípio da solidariedade e o da igualdade em que se fundamenta a pesquisa, a importância do seu estudo se revelou necessário para prestigiar, também, outros titulares de direitos, que são frequentemente esquecidos nas relações paterno-materno-filiais em razão do foco na proteção integral da criança.

A decomposição do cuidado com esteio na metodologia civil-constitucional demonstra que ele é formado por duas dimensões: *i*) como um direito do filho e dever do seu responsável, tal qual sua aceção jurídica ordinária, em que é entendido como uma obrigação legal; e, *ii*) enquanto um direito da personalidade do pai e da mãe no sentido relacional da sua existência, porque ao desenvolver as habilidades parentais realizam a sua própria natureza, isto é, a sua essência e dignidade humanas.

É, portanto, a partir da lógica constitucional, que a enxerga como o espaço mais importante de convivência entre gerações, que a família tem um compromisso com o desenvolvimento não só das crianças, como também dos adultos em formação. E por tal motivo, a dignidade dos outros membros também deve ser igualmente correspondida, não em uma perspectiva exclusiva entre os direitos, mas ao revés, inclusiva, em que pela convivência as relações familiares alcancem a finalidade pela qual são protegidas: o espaço destinado ao pleno desenvolvimento da existência humana.

Por meio da previsão contida no art. 226, § 5º, art. 227, *caput*, do texto constitucional, e art. 4º do ECA, que fundamentam a primeira dimensão; e do parágrafo único ao art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que ampara o valor do cuidado na perspectiva parental; as duas dimensões do cuidado são reveladas na perspectiva civil-constitucional, tanto como direito, tanto como dever e responsabilidade compartilhada, enquanto indissolúvelmente associado à igualdade, um dos pilares da família democrática idealizada pela Constituição.

No entanto, foi observado um dissenso jurisprudencial, em que as balizas do dever de cuidado que foram construídas, uma mínima e outra mais ampliada, incluíam ou excluía na sua decomposição no direito-dever de convivência familiar ao perquirir sobre o afeto. Não se deve esquecer, que no conceito do cuidado se deve atentar necessariamente para abranger a

atenção, o tratamento ou ocupação com atenção séria e comprometida, destinados a realizar algo corretamente em proveito de alguém ou, ainda, com o intuito de lhe evitar danos ou riscos.

Se é possível absorver a amplitude do dever de cuidado na perspectiva de alguém que recebe a obrigação de cuidado sem compartilhar laços familiares com a criança, quiçá em relação aos que exercem a sua parentalidade, para quem se pronuncia o dever de convivência e acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

Para além, cumpre notar que o cuidado faz parte da definição de afeto, e não o inverso. Esta distinção é de suprema importância para esta pesquisa pois é imperioso que a definição de cuidado se apegue a ações objetivas e não ao subjetivismo que envolve a afetividade, ainda que do exercício do cuidado possam decorrer vínculos emocionais recíprocos. De fato, a lei não pode obrigar ninguém a ter um determinado sentimento, mas o dever de cuidado, que demanda uma pluralidade de condutas em benefício dos filhos, este é inafastável.

O fundamento da necessidade de balizas objetivas no conceito da obrigação de cuidado reside em uma consequência importante que transcende à criança que o recebe, e que, por vezes, sequer é notada em razão do foco da análise recair, de forma absoluta, na priorização da infância. Este efeito a que se refere, e que é frequentemente eclipsado em uma ponderação com o melhor interesse da criança, é o impacto do ato de cuidar na plenificação do projeto de existência humana de outras pessoas: os pais.

Com esta pretensão não se busca turvar o olhar do intérprete da prioridade da infância por rogar que se enxergue outros sujeitos de direito. O que se pretende é dar ênfase constitucional para a tutela daqueles que, livremente, escolham conjugar o verbo cuidar em primeira pessoa, de modo que ambos os sujeitos da interlocução familiar, ativo e passivo, possam desfrutar de uma existência plena. Esse resgate se coaduna com a repersonalização das relações civis, um fenômeno que valoriza o interesse da pessoa humana.

Logo, é incoerente um desinteresse nos benefícios do cuidado no desenvolvimento da personalidade dos outros integrantes da família, precisamente dos pais, isto é, de ambos os ascendentes. E nem se sustenta utilizar a técnica da ponderação de princípios neste caso, porque ela pressupõe a necessidade de se fazer uma escolha, e não há remota utilidade em eventual favoritismo entre o direito de ser cuidado e o direito de cuidar, pois não se tratam de conceitos opostos, mas ao revés, complementares, e que, somados, têm inclusive a capacidade de potencializar a proteção integral da criança, o cidadão em formação, o que colabora com a concretização de todos os objetivos fundamentais da República, eleitos pela Constituição em seu art. 3º.

E, nesse sentido, é provável que essa invisibilidade do pai e da mãe decorra de uma interpretação deficiente do texto constitucional por só ter abordado a paternidade livre e responsável como fundamento do planejamento familiar, como se a este se limitasse.

Cumprе esclarecer que para atender ao moderno conceito de família, dado o reconhecimento das relações homoafetivas e da pluralidade de arranjos familiares possíveis, dentre eles os núcleos monoparentais, a dualidade homem e mulher foi empregada considerando a amplitude das relações e com o sentido de entidade familiar. É tanto que se verificou necessária a mudança de nomenclatura de paternidade responsável para parentalidade responsável, o que se fez possível em face da metodologia do Direito Civil Constitucional a partir da fundamentação de todo ordenamento jurídico brasileiro no princípio da dignidade da pessoa humana.

E para a adequada interpretação da lei com o atual sentido de livre desenvolvimento da pessoa humana e da primazia dos valores existenciais, a abordagem do direito de cuidar como expressão da dignidade da pessoa humana está mais próxima do atual estado de família e do reconhecimento do direito fundamental de ter família.

Na perspectiva da igualdade, é desarrazoado que apenas um dos genitores/responsáveis tenha a oportunidade de desempenhar o direito de cuidar em sua plenitude, enquanto o outro, por razões injustificadas, seja tolhido desta liberdade. Esta assimetria no tratamento entre pessoas nas entidades familiares se torna danosa até mesmo a quem pretende prestigiar, quando considerado que a oportunidade concedida unilateralmente se torna um encargo deveras penoso para ser vivenciado de forma solitária.

Se permitida essa distinção no âmbito familiar, é evidente que esta desproporção no tratamento inferioriza a ambos, cada extremo à sua maneira, um pela privação e o outro pelo excesso, repercutindo de forma negativa para toda a sociedade, por refletir um tratamento dissonante com o valor da igualdade e da justiça social. E esta constatação já foi objeto de consideração do legislador brasileiro por meio da importante alteração introduzida pela Lei n. 13.058/2014, que passou a estabelecer, como regra, a guarda compartilhada.

A par das críticas feitas à terminologia eleita pelo legislador, na interpretação da norma, é congruente atribuir como uma finalidade adicional a de assegurar o valor da igualdade entre os genitores, para que, mesmo ao término da união entre os consortes, seja possível assegurar e estimular o desenvolvimento da personalidade por meio da manutenção da convivência familiar e do compartilhamento equitativo dos cuidados com os filhos.

A compreensão da existência de um licenciamento compulsório que compreenda as duas dimensões do cuidado, como um instrumento jurídico de conciliação entre a vida familiar e profissional, foi observada dentre as formas de manifestação da proteção da paternidade e maternidade prevista pelo legislador, e as condições de acesso pelos pais e mães no Brasil. Contudo, esse licenciamento no Brasil se compõe em um sistema de licenças que diferencia a maternidade da paternidade, sendo que esta só foi objeto de preocupação do legislador com a Constituição Federal de 1988, mas que ainda pende de regulamentação, nos termos do art. 7º, XIX.

Com efeito, na dimensão do tempo, houve um grande avanço no conceito de proteção à maternidade, representando um progresso inafastável que tornou possível robustecer a proteção da criança, fortalecendo a igualdade entre filhos, biológicos ou adotivos, o que, por conseguinte, conferiu uma maior autonomia a mulher, mãe adotante que passou a ter igualdade de tratamento com as mães biológicas.

Por analogia, a licença maternidade já foi concedida para trabalhadores integrantes de famílias monoparentais masculinas e homoafetivas do sexo masculino, estendendo-se a eles (ou a um deles, considerando os relacionamentos homoafetivos) a licença maternidade, sendo a própria nomenclatura do instituto uma incongruência com o princípio da parentalidade responsável. Contudo, ficou sem resposta proporcional os casos das mulheres em relacionamentos homoafetivos que tem sofrido com interpretações restritivas dos seus direitos.

Demonstrou-se que persiste ainda inúmeras dificuldades na sistematização do licenciamento por parentalidade. Tem-se que famílias monoparentais masculinas e femininas têm o mesmo direito à dita licença maternidade de 120 dias (podendo chegar a 180 dias se servidoras públicas ou empregadas de empresas cidadãs), o que é, como já demonstrado, uma imprecisão terminológica, porquanto tal licença ser estendida também aos relacionamentos homoafetivos masculinos, em que um dos pais ocupa a função social do lugar da mãe. Logo, a problemática da desigualdade reside para aqueles que ocupam a função social do pai, posição que não é exclusiva dos homens, pois, podem ser exercidas por mulheres em relacionamentos homoafetivos femininos.

O que levou à constatação, inclusive, que o alcance e efetividade da segunda dimensão do cuidado não é prestigiada pelo licenciamento aos que exercem a parentalidade socioafetiva responsávelmente, principalmente, quando esta se dá concomitantemente com a parentalidade biológica, no que se define como multiparentalidade.

Assim, compreendeu-se que o estado da arte quanto à concessão de licenças maternidade e paternidade no Brasil é confuso, incongruente com o princípio da igualdade, solidariedade, dignidade humana e parentalidade responsável, em prejuízo ao livre desenvolvimento da pessoa e do melhor interesse da criança. Não só a nomenclatura é incorreta, como os prazos de duração tão díspares reforça a invisibilidade da função social do homem nas famílias, desvirtuando o direito de convivência inerente às relações de parentalidade-filiação. Bem assim, a situação atual exclui o direito de pais e mães nas relações marcadas pela socioafetividade verificada nas famílias recompostas, em prejuízo à proteção integral da criança e na autodeterminação dos adultos, a quem é negado o direito de desenvolverem suas habilidades parentais.

Não só a figura do pai na criação dos filhos deve ser melhor estimulada pelo Estado, como os velhos papéis de gênero devem ser abandonados, e não reforçados com a manutenção de um sistema de licenças com duração diferenciada entre os sexos, alheio à composição dos arranjos familiares e à parentalidade exercida pelas novas famílias contemporâneas, e em flagrante desprestígio do ideal de democracia nas famílias.

Outrossim, restou patente que o ideal de igualdade está sendo vitimado diante da diferença de tratamento dispensada pela lei na proteção de mulheres e homens quando se tornam mães e pais. Em relação a estes, tal desproporção atua como um aleijão da existência, por não permitir que possam desempenhar e desenvolver as habilidades parentais de forma plena desde a tenra idade dos filhos, o que malfeire o direito fundamental de cuidar, inerente ao livre desenvolvimento da personalidade, e à parentalidade responsável, além de comprometer a sua participação na função social da família.

Outra consequência das antinomias verificadas é que elas prejudicam o acesso das mulheres ao mercado de trabalho por se demonstrar menos atrativa a sua contratação nos processos de recrutamento, situação que foi agravada pela pandemia da Covid-19 e pelo advento da Lei nº 14.151/2021 que, ao pretexto de afastar as gestantes do trabalho presencial, repassou para as empresas o compromisso com a sua remuneração ainda que as atividades sejam incompatíveis com o trabalho em regime *home office*, o que é mais uma incongruência legal que exige esforço interpretativo dos Magistrados, na análise de casos concretos, posto que é devido antecipar as prestações de salário maternidade por equiparação à orientação legal das gestantes que desempenham atividades insalubres e cujo empregador não disponha de outra função disponível a ser exercida à distância.

Diante de tais evidências, há a necessidade de se reconhecer a gravidade da discriminação fomentada contra a mulher, da qual a própria legislação é instrumento, avançando com a implementação de mecanismos jurídicos necessários à sua plena liberdade e máxima igualdade com os homens no mundo do trabalho remunerado, implementando-se alterações nas políticas de acesso ao licenciamento remunerado por maternidade e paternidade, para que se materialize o princípio protetor para ambos os sexos.

A família precisa ser realmente enxergada por desempenhar uma função social na construção da sociedade, e, por consequência, pais e mães também exercem funções sociais dentro das famílias, ocupando lugares necessários à formação dos que compõem a sociedade.

Não obstante os efeitos deletérios da omissão legislativa em criar a norma do art. 7º, XIX, da CF, a investigação constatou que tramitam diversos projetos de lei que visam corrigir nesse sentido, sob a alegação de pretender corrigir tais distorções. Apesar das iniciativas legislativas existirem, verificou-se que tramitam no Congresso Nacional há muitos anos e não há sinal de que haja uma aprovação tão breve quanto se faz necessário.

A morosidade na apreciação do tema e o próprio teor das iniciativas apenas demonstram o quanto a função social do pai tem sido ignorada, não só porque poucos projetos se debruçaram sobre a regulamentação de um prazo razoável de licença paternidade, com pelo menos 60 (sessenta) dias de duração, como poucos sugerem a criação de uma licença parental viável, que não pretenda, para tanto, diminuir a licença maternidade já consagrada ou a transformar em uma licença compartilhada.

Experiências de outras nações, que ocupam as primeiras posições do *Gender Gap Report 2021* do Fórum Econômico Mundial demonstram que o caminho é a instituição de uma licença parental, ou licença para cuidar, como se prefere na investigação por ser mais consentânea com a sua finalidade, pois não se trata de uma licença que apoia apenas os pais/mães no exercício da parentalidade por filiação biológica ou adotiva, como é destinada aos cuidados da prole com arrimo no melhor interesse das crianças.

Uma regulação nesse sentido, que preveja período de gozo individual, obrigatório e intransferível pelo pai, ou quem exerça o lugar do pai, sem prejuízo da licença maternidade atualmente em vigor, demonstra-se a opção que mais se aproxima do valor da igualdade entre pais e mães como insculpido tanto no art. 22, p. único, do ECA quanto no art. 226, § 5º da própria CF/88, e representa a escolha mais acertada para a proteção da família e para a tutela da função social do pai e da mãe, a fim de reparar as injustiças sociais verificadas.

Como o legislador não está alheio aos custos envolvidos com a essa iniciativa, convém observar que outros atores sociais também podem contribuir para a construção de uma sociedade justa e igualitária: as empresas. Na busca da reparação das desigualdades, a função social das empresas assume então um papel promocional em um sistema jurídico calcado no pleno desenvolvimento da pessoa, na solidariedade social, política e econômica. Mas a proposta da investigação é o estímulo a uma licença para cuidar promovida pelas empresas, mas dentro do ideal mais amplo de função social, não de forma cogente. A intenção é demonstrar, invocando experiências já verificadas em empresas no Brasil e no mundo que exercem a sua função social por meio de práticas espontâneas calcadas na Responsabilidade Social Empresarial (RSE), por meio de uma tomada de consciência da interdependência social, que permite que a solidariedade cresça em importância.

Para entendimento da Responsabilidade Social Empresarial, convém oferecer um exemplo desse fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro, elegendo-se para tanto o Marco Legal da Primeira Infância, Lei nº 13.257/2016, que tem uma maior proximidade com o tema, e que sobre o assunto estabelece em seu art. 12 que a sociedade participa solidariamente com a família e o Estado da proteção e da promoção da criança na primeira infância, desenvolvendo programas, projetos e ações compreendidos no conceito de responsabilidade social e de investimento social privado, dentre outras iniciativas.

Com efeito, ao espontaneamente oferecer uma licença para cuidar que atenda àqueles que não foram contemplados pela seguridade social garantida pelo Estado, sejam eles mulheres ou homens não elegíveis em razão do sexo ou orientação sexual, a um só tempo as empresas estarão atendendo à sua funcionalização social na dimensão não cogente deste fenômeno para reconhecer a importância da função social do pai, em benefício da criança cuja proteção foi alçada no ordenamento com absoluta prioridade, permitindo uma mudança cultural que prestigia a igualdade e irá beneficiar as mulheres no acesso ao emprego e, como bônus, ainda reterão talentos, o que diminuirá custos com novos recrutamentos, potencializando a sua produtividade.

Esse raciocínio se ampara na perspectiva de que, todas as pessoas que orbitam a empresa ou que estejam dentro dela são consideradas como partes interessadas, como aduz a Teoria dos *Stakeholders*, perspectiva teórica emprestada da área da Administração de empresas. Longe de afastar a empresa da perspectiva da onerosidade, que é uma característica tão marcante do meio empresarial, ao revés, propõe uma ampliação da consciência humana, estabelecendo uma gestão que busca tornar as empresas ainda mais lucrativas ao conciliar a ética negocial com o

capitalismo, promovendo valores como liberdade, solidariedade, harmonia, prosperidade e compaixão. Esse movimento empresarial foi estudado por pesquisadores de *Marketing* a partir das repercussões de práticas socialmente responsáveis pelas empresas e sua correlação com a fidelização na adesão dos consumidores (que são também *stakeholders*), enfrentando o tema pela nomenclatura *brand equity*, ou reputação da marca.

Relatório do Fórum Econômico Mundial igualmente sinalizou um crescimento na atenção dos investidores na performance ESG das empresas que adotem políticas calcadas na responsabilidade social voltadas para questões ambientais, sociais e de governança.

Destarte, as condutas socialmente responsáveis adotadas pelas empresas na superação dos desafios impostos pela pandemia revelaram que este comportamento se reveste como uma estratégia positiva, pois, inobstante representar um investimento, eleva a autoridade e a credibilidade para o grande público, fortalecendo a admiração e a lealdade dos seus usuários por se demonstrar ser uma marca que aprecia o valor social e o valor ambiental para além do valor econômico.

Por tais razões, acredita-se que a iniciativa se revelará como um verdadeiro “ganha-ganha” pois gera proveito recíproco, tal qual estimulado pelo programa *Win-win: gender equality means good business* iniciativa conjunta da ONU Mulheres, OIT e União Europeia, visando estimular o desenvolvimento de boas práticas empresariais calcadas na responsabilidade social da empresa, por meio do oferecimento em seu plano de benefícios de uma licença remunerada para cuidar da prole, elegível para qualquer colaborador que não tenha sido acolhido pelo benefício do INSS para exercer o direito de convivência e a parentalidade responsável, independente do sexo ou da forma de filiação, seja biológica ou adotiva. Dessa forma, tanto cumprirá a sua função e responsabilidade social, oferecendo-se como garante e agente do desenvolvimento social, como atende às demandas de seus funcionários, que são diretamente influenciados pelas decisões da empresa, além de possibilitar a atração e retenção de talentos, bem como atingir maiores níveis de produtividade.

Apresenta-se, assim, como uma solução para a problemática revelada no início da investigação quanto ao desrespeito das dimensões do cuidado, notadamente no que pertine à igualdade material no direito de pais e mães de exercerem a parentalidade responsável ao compartilharem os cuidados com a prole, que está diretamente relacionada ao conceito de família democrática inculcado no ordenamento pelo legislador constituinte, destinado à proteção dada à cada um dos integrantes da família, em atenção à autodeterminação para o livre desenvolvimento da existência humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABÍLIO, Adriana Galvão Moura; DE ASSIS, Adriana de Fátima Guilherme. **Direitos das Mulheres: Igualdade, Perspectivas e Soluções**. Coordenação Alessandra Caligiuri Calabresi Pinto. 1ª ed. São Paulo: Almedina.

AMAZON. *Parents at Amazon*. Disponível em: https://www.amazon.jobs/en/landing_pages/parents Acesso em: 25 jul. 2021

AMIN, Andréa Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral** in Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos / Andréa Rodrigues Amin...[et al.] ; coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019

ALSTON, Philip WALSH-GILMOUR Bridget. Innocenti Studies. UNICEF, 1996. Disponível em: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/is_best_interest_eng.pdf> Acesso em 13 set. 2020

APPELBAUM, Eileen; MILKMAN, Ruth. *Leaves that pay*. Disponível em: <http://cepr.net/documents/publications/paid-family-leave-1-2011.pdf> Acesso em 10 out. 2020.

ASBZ Advogados. **Licença**. Disponível em: <http://www.asbz.com.br/site/?s=licen%C3%A7a> Acesso em 28 jul. 2021.

BAL, Rajan. *The Perils of “Parens Patriae”*. Georgetown Journal on Poverty and Policy. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/poverty-journal/blog/the-perils-of-parens-patriae/> Acesso em 13 jan 2021.

BANCO Mundial. *Women, Business and the Law 2021*. p. 5. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35094/9781464816529.pdf> Acesso em: 18 mai. 2021

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: Guilherme de Oliveira; Tania da Silva Pereira (Coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

BLAU, Francine D.; KAHN, Lawrence M. 2013. *Female Labor Supply: Why is the United States Falling Behind?* *American Economic Review*. Vol. 103, nº 3. Fls. 251–256. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.103.3.251> Acesso em 18 mai. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*

BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf . Acesso em 29 jan. 2021

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005

BARROS, Alice Monteiro de. **Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 47, n. 77.

BRASIL. Deputada Maria Elizete de Souza Figueiredo na Ata da Reunião do dia 06.05.1987 da Comissão Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020.

BAYSINGER. **The Tender Years Doctrine: Origin, History, Modern Usage and Criticism**. Disponível em: <https://baysingerlaw.com/2018/02/tender-years-doctrine-origin-history-modern-usage-criticism/> . Acesso em 13 jan. 2021

BERTIN, Emanuel A.; KLEIN, Vanessa A. **Pennsylvania's Developing Child Custody Law**. 25 Vill. L. Rev. 752 (1980), p. 753. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/229116961.pdf> Acesso em: 13 jan 2021

BIANCHET, Sandra Braga; REZENDE, Antônio Martinez de. **Dicionário do latim essencial**. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, nº 14

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 2017.

BOSTON Consulting Group. **Unlocking Tomorrow's ESG Opportunities**. Disponível em: <https://www.bcg.com/pt-br/publications/2020/future-esg-environmental-social-governance-opportunities> Acesso em 29 set. 2021

BOWEN, Howard. *Social responsibilities of the businessman*. Nova York: Harper and Row, 1953 (tradução livre).

BOWLBY, John. **A Secure Base – Clinical Applications of Attachment Theory**. New York: Routledge Classics, 2012. Versão E-book

BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. **Algumas reflexões acerca da evolução, crise e constitucionalidade do Direito de Família brasileiro**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 28, fev./mar. 2005

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.285/2017**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01tp244c81p7f61st98yob7jql312462.node0?codteor=519935&filename=Avulso+-PL+2285/2007

Acesso em 27 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.028-B/2008**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=628652#:~:text=N%20dia%2013%20de%20agosto,op%20pela%20ades%C3%A3o%20ao%20Programa.

Acesso em 25 mai. 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.998/2013**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1214724&filename=PL+6998/2013

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.998/2013**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836> Acesso em 19 mai. 2021, p. 10.

BRASIL. Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-a-17-maio-1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Regula%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20do%20trabalho,Estados%20Unidos%20do%20Brasil%20resolve%3A&text=Sem%20distin%C3%A7%C3%A3o%20de%20sexo%2C%20a,igual%20valor%20correspondente%20sal%C3%A1rio%20igual.>

Acesso em 23 abr. 2021

BRASIL. Deputada Maria Elizete de Souza Figueiredo na Ata da Reunião do dia 06.05.1987 da Comissão Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte in **Audiências Públicas**,

descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020.

BRASIL. Deputado Artur da Távola na Ata da Reunião do dia 09.06.1987 da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte da Assembleia Nacional Constituinte *in* **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020

BRASIL. Deputado Edme Tavares na Ata da Reunião do dia 25.05.1987 da Comissão Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte *in* **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020

BRASIL. Deputado Eraldo Tinoco na Ata da Reunião do dia 01.06.1987 da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esporte da Assembleia Nacional Constituinte da Assembleia Nacional Constituinte *in* **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020.

BRASIL. Deputado José Paulo Bisol na Ata da 8ª Reunião do dia 01.06.1987 da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher da Assembleia Nacional Constituinte *in* **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020.

BRASIL. Deputado José Paulo Bisol na Ata da 11ª Reunião do dia 09.06.1987 da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher da Assembleia Nacional Constituinte *in* **Audiências Públicas, descompacte o arquivo .zip e abra o arquivo 'Audiências Públicas 3.pdf'**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp Acesso em 18 ago. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 480/2021**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1964252&filename=PL+480/2021 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 559/2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1864101&filename=PL+559/2020 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 560/2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1864103&filename=PL+560/2020 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 855/2019**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1711893&filename=PL+855/2019 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 879/2011**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=855656&filename=PL+879/2011 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 901/2011**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=856081&filename=PL+901/2011 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.131/2015**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1320591&filename=PL+1131/2015 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.098/2011**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912123&filename=PL+2098/2011 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.513/2019**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1737117&filename=PL+2513/2019 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.534/2015**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1367167&filename=PL+2534/2015 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.621/2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1894154&filename=PL+2681/2020 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.786/2019**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1744714&filename=PL+2786/2019 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.212/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=964920&filename=PL+3212/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.231/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=965241&filename=PL+3231/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.281/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=966339&filename=PL+3281/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.325/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=967218&filename=PL+3325/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.417/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=970242&filename=PL+3417/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.445/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=970736&filename=PL+3445/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.831/2012**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=989798&filename=PL+3831/2012 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.935/2008**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=594922&filename=PL+3935/2008 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.379/2019**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1787038&filename=PL+4379/2019 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.878/2016**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1447056&filename=PL+4878/2016 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.473/2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1082068&filename=PL+5473/2013 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.566/2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1088335&filename=PL+5566/2013 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.656/2016**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1470258&filename=PL+5656/2016 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.797/2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1101577&filename=PL+5797/2013 Acesso em 25 mai. 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.920/2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1108198&filename=PL+5920/2013 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.753/2010**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=732616&filename=PL+6753/2010 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.724/2017**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1566843&filename=PL+7824/2017 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.641/2017**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1556898&filename=PL+7601/2017 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.383/2017**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1634552&filename=PL+9383/2017 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.412/2017**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1634790&filename=PL+9412/2017 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.598/2018**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1640935&filename=PL+9598/2018 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.257/2018**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1660816&filename=PL+10257/2018 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 11.033/2018**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1695118&filename=PL+11033/2018 Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 16, de 2017**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129032> Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Panorama**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama> Acesso em 27 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 110, de 2011**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103135> Acesso em 25 mai. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 165/2006**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=657002&ts=1594022482793&disposition=inline> Acesso em 25 mai. 2021

BRASIL. Subsecretaria de Arrecadação e Atendimento. **Programa Empresa Cidadã**. Receita Federal, dez. 2016. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/isencoes/programa-empresa-cidada/orientacoes>> Acesso em 10 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) Nº 182.223 – SP**. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Data Julgamento: 06.02.2002, Data Publicação: 07.04.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: RE nº 898.060– SC**. Relator: Luiz Fux. DJ: 21/09/2016. STJ, 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>> Acesso em 31 ago. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 46.438/MS**. Relator: Humberto Eustáquio Soares Martins. Diário Oficial da União, 18 dez. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42669471&num_registro=201402256083&data=20141219&tipo=91&formato=PDF Acesso em 27 set. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.159.242 – SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 10/05/2012. STJ, 2012. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=14828610&tipo=51&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em 30 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.579.021/RS**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. DJ: 29/11/2017. STJ, 2017. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017> Acesso em 25 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 1.887.697/RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJ: 23/09/2021. STJ, 2021. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902906798&dt_publicacao=23/09/2021> Acesso em 25 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Relator Min. Ayres Britto. Julgamento pelo Tribunal Pleno em 05/05/2011. Publicação 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5605**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Data do julgamento: 29.05.2019. Data da publicação no DJE: 31.05.2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 6.327/DF**. Relator: Luiz Edson Fachin. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, 03 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343497204&ext=.pdf> acesso em 27 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico (2/2)**. Youtube. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=vMgMQ0DdVbE>>. Acesso em 06 set. 2020. 2:01:48

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp) nº 629.053**. Data do julgamento: 10.10.2018. Data da publicação no DJE: 16.10.2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 778.889**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. DJ: 01/08/2016. STF, 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>> Acesso em 18 set. 2016

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **PEDILEF 0072880-17.2013.4.01.3800/MG**. Relatora: Juíza Federal Polyana Falcão Brito. Acórdão publicado em 26/2/2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação em Mandado de Segurança 5115563-86.2016.8.13.0024**. Relator Desembargador Dárcio Lopardi Mendes. DJ 25.04.2019. Disponível em:

[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CD3DF2C88AB3FD3C22D4F176A5D4A502.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.16.088004-](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CD3DF2C88AB3FD3C22D4F176A5D4A502.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.16.088004-3%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)

[3%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar) Acesso em 07 jul 2019

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **AI 0012013-77.2016.4.02.0000 (nº do original 0154747-74.2016.4.02.5101)**, 14ª Vara Federal do Rio de Janeiro Sétima Turma Especializada; Rel. Des. Fed. José Antonio Neiva; Julg. 15/03/2017; DEJF 23/03/2017

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Turma Nacional de Uniformização**. Disponível em:

https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=352#:~:text=A%20Lei%20n.,ao%20Conselho%20da%20Justi%C3%A7a%20Federal.&text=O%20objeto%20primordial%20%C3%A9%20uniformizar,%C3%A2mbito%20dos%20Juizados%20Especiais%20Federais. Acesso em: 10 mai 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **História da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/historia-da-justica-do-trabalho> Acesso em 22 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1001880-03.2016.5.02.0023** - 2ª Turma - Ministra Relatora Delaíde Miranda Arantes – Acórdão publicado em: 14.06.2019

BRERETON, Paul. L. G. **The Origins and Evolution of The Parens Patriae Jurisdiction**. Disponível em:

https://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Speeches/2017%20Speeches/Brereton_050517.pdf Acesso em 13 jan 2021

BUENO, Wilson da Costa. **Comunicação empresarial e gestão de marcas**. Organização Wilson da Costa Bueno. Barueri: Manole, 2018

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

CALIFORNIA. *Employment Development Department. Paid Parental Leave: 10-year anniversary Report*. Disponível em:

https://www.edd.ca.gov/disability/pdf/Paid_Family_Leave_10_Year_Anniversary_Report.pdf Acesso em 10 out. 2018

CAMELO, Natália Tenorio Fireman Camelo; CORREIA JUNIOR, Jose Barros. A licença paternidade estendida como responsabilidade social. *In: Direito do Trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho*. [recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI/2020. Valência: *Tirant lo blanch*, 2020

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **O Controle de Constitucionalidade e a efetividade dos Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Carlixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CONNECTICUT General Assembly. *Office of Legislative Research. Paid Family Leave Programs In California, New Jersey, And Rhode Island*. Disponível em: <https://www.cga.ct.gov/2016/rpt/2016-R-0030.htm> Acesso em 30 mai. 2021

CORPORATE Finance Institute. **Brand equity: the reputation of a brand**. Disponível em: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/other/brand-equity/> Acesso em 17 out. 2020.

CORREIA JUNIOR, Jose Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013, 258 f. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – FDR – da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2013

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998, (versão pdf). Disponível em: https://www.academia.edu/10177821/COULANGES_Fustel_de_A_Cidade_Antiga Acesso em 17 abr. 2019.

DE CICCIO, Maria Cristina. **Liberdades econômicas, direitos fundamentais e proteção dos menores**. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 32, 2015

DE CICCIO, Maria Cristina. A Pessoa e o Mercado. In: **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional; anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**, [realizado nos dias 21 a 23 de setembro de 2006]. São Paulo: Atlas, 2008

DE SINGLY, François. **Famille démocratique ou individus tyranniques**, in *Libération*, 27 juillet 2004. Disponível em https://www.liberation.fr/tribune/2004/07/27/famille-democratique-ou-individus-tyranniques_487591/ Acesso em 01.08.2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. *E-book*

- DELOITTE. *Parental Leave Survey*. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/about-deloitte/us-about-deloitte-paternal-leave-survey.pdf> Acesso em 25 jul. 2021
- DESCARTES, René. **Discurso do método** (tradução Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021
- DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. 7fls. p. 1-2. Disponível em: http://berenicedias.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_codigo_civil.pdf Acesso em: 26 abr. 2021
- DMYTRIYEV, Sergiy; FREEMAN, Edward. **Corporate Social Responsibility and Stakeholder Theory: Learning From Each Other**. *Symphonya Emerging Issues in Management*, n. 1, 2017
- DOMENICO, Silvana Maria Russi de; TEIXEIRA, Maria Luiza Mendes. Fator humano: uma visão baseada em *stakeholders*. In: **Gestão do Fator humano: uma visão baseada em stakeholders**. Org. Darcy Mitiko Mori Hanashiro, Maria Luisa Mendes Teixeira e Laura Menegon Zaccarelli. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008
- EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Responsabilidade civil ou direito de danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. In: **Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Organizadores: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk; Eduardo Nunes de Souza; Joyceane Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt Junior. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentencia 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de Mayo de 1985)*. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/433> Acesso em 23 abr. 2021.
- ESTADOS Unidos da America. Department of labour. Family and Medical Leave (FMLA). Disponível em: <https://www.dol.gov/general/topic/benefits-leave/fmla>
- ESTADOS Unidos da America. U.S. Bureau of Labor Statistics. *National Compensation Survey: Employee Benefits in the United States, March 2019*. Disponível em: <https://www.bls.gov/ncs/ebs/benefits/2019/employee-benefits-in-the-united-states-march-2019.pdf> Acesso em 25 jul. 2021.

- FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Dignidade: “cuidar” da natureza humana**, In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e Afetividade - Projeto Brasil/Portugal 2016-2017**, São Paulo: Ed. Atlas, 2017
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2019
- FINLÂNDIA. *Ministry of Economic Affairs and Employment of Finland. Family leave*. Disponível em: <https://tem.fi/en/family-leave> Acesso em 28 set. 2021.
- FORUM Econômico Mundial. **The Global Gender Gap Report 2017**. Disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf Acesso em 21 set. 2018
- FÓRUM Econômico Mundial. **Global Gender Gap Report 2020**. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/gender-gap-2020-report-100-years-pay-equality> Acesso em 17 mai 2020
- FÓRUM Econômico Mundial. **Global Gender Gap Report 2021**. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf Acesso em 27 set 2021
- FÓRUM Econômico Mundial; BOSTON Consulting Group. **Embracing the New Age of Materiality Harnessing the Pace of Change in ESG**. Disponível em https://www3.weforum.org/docs/WEF_Embracing_the_New_Age_of_Materiality_2020.pdf Acesso em 29 set. 2021.
- FRANÇA. **Code civil des Français: édition originale et seule officielle. - A Paris, de l'Imprimerie de la République, An XII 1804**. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-lpt06.pdf> Acesso em 12 set. 2020
- FRAZÃO, Ana. Responsabilidade Social Empresarial In: **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: Faculdade de Direito- UnB, 2017

FREEMAN, R. Edward; DE COLLE, Simone; HARRISON, Jeffrey S.; PARMAR, Bidhan L.; WICKS, Andrew C. *Stakeholder Theory: The State of the Art*. New York: Cambridge University Press, 2010

FREEMAN, Robert Edward. *The Stakeholder Approach Revisited*. *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik*. V. 5, n.3, 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228946075_The_Stakeholder_Approach_Revisited, p. 229. Acesso em 29 set. 2021.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010

FORBES. *These Companies All Boosted Paid Parental Leave in 2016*. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/clareoconnor/2016/12/30/these-companies-all-boosted-paid-parental-leave-in-2016/#288f196aa3d6> Acesso em 10 out. 2018.

GAMA, Guilherme Calmon da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/177.pdf> p. 5. Acesso em 18 jan 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 6 Vol. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável in **Revista de Direito Privado**: RDPriv, vol. 5, nº 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2004

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas**, In: Revista do Advogado nº 101, dezembro/2008

GOOGLE. *Google Diversity Annual Report 2018*. Disponível em: https://static.googleusercontent.com/media/diversity.google/en//static/pdf/Google_Diversity_annual_report_2018.pdf Acesso em: 25 jul. 2021

GOULD, Jonathan W.; MARTINDALE, David A. **The Art and Science of Child Custody Evaluations**. New York: Guilford Press, 2009

HANASHIRO, Darcy Mitiko Mori; TEIXEIRA, Maria Luisa Mendes; ZACCARELLI, Laura Menegon. **Gestão do fator humano: uma visão baseada nos stakeholders**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo: Parte 1**. 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.; **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos** [livro eletrônico]. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019

IQBAL, Fahad; KHALID, Bilal; QURESHI, Ali Rauf; SHAHID, Nazia. **Impact of Corporate Social Responsibility (CSR) on Brand Equity (B.E)**. 2013, 38 f. Projeto de pesquisa submetido como requisito parcial para o grau de mestre em Administração Negocial pela Universidade Central de Punjab – Índia. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/261993689_Impact_of_Corporate_Social_Responsibility_on_Brand_Equity> Acesso em 17 out. 2020

ISLÂNDIA. **Act on Maternity/Paternity Leave and Parental Leave, No. 95/2000**. Disponível em: https://www.government.is/media/velferdarraduneyti-media/media/acrobat-enskar_sidur/Act-on-maternity-paternity-leave-95-2000-with-subsequent-amendments.pdf

Acesso em 30 mai. 2021

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**. Barcelona: Herder, 1995

KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Trad. Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza Editorial, 2012

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, versão *E-book*

KLEVEN, Henrik; LANDAIS, Camille; SØGAARD, Jakob Egholt. **Children and Gender Inequality: Evidence from Denmark**. NBER Working Paper No. 24219 January 2018. Disponível em <<https://www.nber.org/papers/w24219.pdf>>. Acesso em 21 set. 2018

KLIFF, Sarah. **A stunning chart shows the true cause of the gender wage gap: The gender wage gap is really a child care penalty**. Disponível em <https://www.vox.com/2018/2/19/17018380/gender-wage-gap-childcare-penalty> Acesso em 21 set. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

LÔBO, Fabíola Albuquerque. A responsabilidade dos pais e a proteção da pessoa dos filhos. **In: Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Organizadores: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk; Eduardo Nunes de Souza; Joyceane Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt Junior. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

- LÔBO, Paulo. **Direito civil: Parte geral**. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Vol. 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: Família** Vol. 5. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: Família** Vol. 5. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021
- MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021
- MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O voto feminino no Brasil**. 2ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019. *E-book*
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020
- MAYEROFF, Milton. **On caring**. World Perspectives, v. 43. New York: Harper and Row Publishers, 1971
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MENDES, Eduardo Heitor; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. Função, Funcionalização e Função Social. *In: Direito Civil Constitucional*. Coord. Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. **A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada**. Direito UNIFACS-Debate Virtual. n. 216, 2018, p. 7. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/54303> Acesso em 13 ago. 2021
- MÉXICO. **Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917**. Disponível em: <http://ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf> Acesso em 31 jan 2021.
- MICROSOFT. *Make the most of life*. Disponível em: <https://careers.microsoft.com/us/en/usbenefits> Acesso em: 25 jul. 2021
- MIRANDA, Pontes. **Direito de família: direito parental: direito protectivo** / Pontes de Miranda; atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery (coleção tratado de direito privado: parte especial) Tomo 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. In: Revista Direito, Estado e Sociedade. V. 9 – n. 29, jul/dez. 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao art. 226. In: J. J. Gomes Canotilho, Gilmar F. Mendes, Ingo W. Sarlet, Lenio L. Streck (coords.), **Comentários à Constituição do Brasil**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf> Acesso em 01.08.2021 Acesso em 01 ago 2021.

NAÇÕES Unidas. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em 15 jul 2020.

NAÇÕES Unidas. **Declaração dos Direitos da Criança**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html> Acesso em 15 jul 2020.

NAÇÕES Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> Acesso em 15 jul 2020.

NAÇÕES Unidas. *United Nations Global Marketplace. Mid-Term Evaluation Of The Programme: “Win-Win: Gender Equality Means Good Business”*. Disponível em: www.gate.unwomen.org Acesso em: 29 set. 2021

NASCIMENTO, Rafael Monteiro de Castro. **Licença-paternidade no brasil: situação atual e possibilidades de mudanças**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Brasília. 42 folhas. 2013.

NESTROVSKI, Arthur. In: SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

NETFLIX. *Work Life Philosophy: Taking care of yourself*. Disponível em: <https://jobs.netflix.com/work-life-philosophy> Acesso em: 25 jul. 2021

NOLETO, Eliezer de Queiroz; TEIXEIRA, Luciana da Silva. **Desigualdades de gênero: impacto econômico da alteração da licença paternidade e da criação de licença parental**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/37681> Acesso em 25 mai. 2021

NORUEGA. Labour and Welfare Administration. *All information regarding the parental benefit*. Disponível em: <https://familie.nav.no/om-foreldrepenger> Acesso em 28 set. 2021.

NOVA ZELÂNDIA. *Ministry of Business, Innovation and Employment. Parental Leave Eligibility*. Disponível em: <https://www.employment.govt.nz/leave-and-holidays/parental-leave/eligibility/> Acesso em 29 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do adolescente comentado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVA, Milena Donato; TEPEDIDO, Gustavo. **Teoria Geral do Direito Civil**. Vol.1. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **C003 - Maternity Protection Convention, 1919 (No. 3)**. Disponível em: <
https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:C003> Acesso em: 18 abr 2021.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **História da OIT**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/comece-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em 23 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde. **Nurturing the Health and Wealth of Nations: The Investment Case for Breastfeeding**. Disponível em: <https://www.who.int/nutrition/publications/infantfeeding/global-bf-collective-investmentcase.pdf?ua=1> Acesso em 25 mai. 2021

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **R191 - Maternity Protection Recommendation, 2000 (No. 191)**. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312529 Acesso em 25 mai. 2021

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Proteção da Maternidade**, Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_229653.pdf Acesso em 20 abr. 2021

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Ratifications of C003 - Maternity Protection Convention, 1919 (No. 3)**. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312148 Acesso em 21 abr. 2021

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Regional official launch of the "Win-Win: Gender equality means good business" ILO, UNWomen and EU, Sao Paulo, Brasil**. Disponível em: https://www.ilo.org/actemp/news/WCMS_645577/lang--en/index.htm Acesso em 29 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **The gender gap in employment: What's holding women back?** Disponível em: <https://www.ilo.org/infostories/en-GB/Stories/Employment/barriers-women#bridging-gap> Acesso em 17 mai 2021

ORGANIZAÇÃO para a Cooperação e o Desenvolvimento. **COVID-19 and responsible business conduct**. Publicado em 16 abr. 2020. Disponível em:

<http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-responsible-business-conduct-02150b06/> Acesso em 17 out. 2020

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família** – vol. V, revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução do Direito Civil – Teoria Geral de Direito Civil**. Vol. I, revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

PEREIRA, Tânia da Silva. **O cuidado como valor jurídico**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/216/O+cuidado+como+valor+jur%C3%ADdico> Acesso em 15 ago. 2021

PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado como valor jurídico. *In: A ética da convivência familiar*. Coord. Tania da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e Afetividade - Projeto Brasil/Portugal 2016-2017**, São Paulo: Ed. Atlas, 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *In: Veja 25: reflexões para o futuro*, São Paulo: Abril, 1993

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de família: direito parental: direito protectivo** / Pontes de Miranda; atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção Tratado de Direito Privado: Parte Especial); 9.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

REDE. Plano Nacional da Primeira Infância. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Crianca_adolescente_IX/plano%20nacional%20da%20primeira%20infancia%202010.pdf

REINO UNIDO. *Parliament. Judgment - Guardianship Infants Act, 1925*. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060726/child-2.htm> Acesso em 12 set. 2020

- ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Constituição mexicana de 1917 e os avanços dos direitos sociais no Brasil**. Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 36, Enero-Junio 2017. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/10871/12958> Acesso em 23 abr. 2021
- RODOTÀ, Stefano. **Il Diritto di Averre Diritti**. Roma: Laterza, 2012
- RODOTÀ, Stefano. **Diritto D'amore**. Bari: Laterza, 2015
- RODOTÀ, Stefano. **La rivulazione dela dignità**. Nápoles: La scuola di Pitagora, 2013
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Direitos Sociais, n.48, p.11-32, São Paulo, jun. 1997, p. 30. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF Acesso em 31 jan. 2021.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, *E-book*
- SIEGEL, Mona L. **The Forgotten Origins of Paid Family Leave**. Nov. 29, 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/11/29/opinion/mothers-paid-family-leave.html> Acesso em 23 abr. 2021.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SMITH, R. Scott; TRZASKOMA, Stephen M. **Apollodrus' Library and Hyginus' Fabulae: Two Handbooks of Greek Mythology**. Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc. 2007. Versão Kindle.
- SUÉCIA. **Parental Leave Act (1995:584)**. Disponível em: <https://www.government.se/4ac87f/contentassets/d163a42edcea4638aa112f0f6040202b/sfs-1995584-parental-leave-act> Acesso em 30 mai. 2021.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito de Família**. Vol. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família**. Fundamentos do Direito Civil. Vol. 6. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEIXEIRA, Maria Luiza Mendes; ZACCARELLI, Laura Menegon. A nova ambiência competitiva. In: **Gestão do Fator humano: uma visão baseada em stakeholders**. Org. Darcy Mitiko Mori Hanashiro, Maria Luisa Mendes Teixeira e Laura Menegon Zaccarelli. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional**. Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC), Vol. 17, jan/mar 2004. Fls.33-49. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Disciplina_guarda_autoridade_parental_ordem_civil_constitucional_fls_33-49.pdf Acesso em 26 abr. 2021

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

TWITTER. **Adotamos licença-paternidade de 20 semanas no Brasil**. Disponível em: https://blog.twitter.com/pt_br/a/pt/2016/adotamos-licen-a-paternidade-de-20-semanas-no-brasil Acesso em 25 jul. 2021.

UNICEF. **Um mundo para as crianças**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/sites/unicef.org.brazil/files/2019-09/um_mundo_para_as_criancas.pdf Acesso em 15 set. 2018.

VOLVO CARS. *Volvo Cars Family Bond gives all employees 24 weeks paid parental leave*. Disponível em: <https://www.media.volvocars.com/global/en-gb/media/pressreleases/280244/volvo-cars-family-bond-gives-all-employees-24-weeks-paid-parental-leave> Acesso em: 25 jul. 2021.

WALDOW, Vera Regina. **Cuidar**: expressão humanizadora da enfermagem. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

WALDOW, Vera Regina; BORGES, Rosália Figueiró. **Cuidar e humanizar: relações e significados**. Acta Paul Enferm. Vol 24, n. 3, mar. 2011.

WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família – reflexos doutrinários e análise da jurisprudência In: **Direitos de família e do menor**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). 3.ed, Belo Horizonte: Del Rey, 1993

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.