

EQUIPARAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE À LICENÇA PATERNIDADE NOS CASOS DE PAIS SOLTEIROS

ASSIMILATION OF MATERNITY LEAVE TO PATERNITY LEAVE IN THE CASE OF SINGLE PARENTS

David de Melo¹

Resumo

O ordenamento *jus* trabalhista brasileiro demonstra sua preocupação com a proteção ao nascituro, que pode ser verificado, dentre outras formas, na tutela ao trabalho da mãe, seja dando-lhe garantias e proteções específicas no período gestacional, enquanto ainda presta serviços ao empregador, vedando-lhe a dispensa sem justa causa, seja após este, assegurando a garantia de seu emprego enquanto dedica-se ao recém-nascido nos primeiros meses de vida. A legislação brasileira não é totalmente alheia com relação à licença paternidade, mas omissa e vaga. O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a fragilidade desta proteção quando se analisa a licença paternidade, bem como, utilizando-se de pesquisas doutrinárias, demonstrar a necessidade de adequação deste instituto.

Palavras-chave: Licença Maternidade. Equiparação. Licença Paternidade. Pai Solteiro.

Summary

Ranking *jus* Brazilian labour demonstrates its concern for the protection of the unborn child, which can be verified, among other ways, in the work of the mother guardianship, is giving him guarantees and specific protections in gestational period, while still providing services to the employer, sealing his dismissal without just cause, is after this, ensuring the security of your job while dedicates itself to the newborn in the first months of life. Brazilian law is not entirely unconnected with regards to paternity, but silent and vague. The present work aims to show the fragility of this protection when it scans the paternity as well as employing doctrinal research, demonstrate the need for adaptation of this Institute.

Keywords: maternity leave. Assimilation. Paternity. Single Parent.

Introdução

O presente estudo pretende demonstrar os aspectos das licenças maternidade e paternidade, seu embasamento legal, sua função social, a disparidade quando se analisa a proteção ao trabalho do pai, mais especificamente nos casos em que este é o responsável pela criação dos filhos.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Anhanguera de Anápolis e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de Anápolis - UniEvangélica.

O presente artigo parte de algumas problemáticas centrais, tais como, a distância entre a proteção à licença maternidade e a licença paternidade e, mais que isso, o esquecimento de diretriz do ordenamento jurídico brasileiro que afirma que o tutelado pelo direito é o recém-nascido e não o pai ou a mãe, bem como as lacunas existentes na legislação e na prática jurídica e a necessidade de aperfeiçoamento para uma efetiva prestação jurisdicional.

Para isso, o presente estudo valeu-se, principalmente, do método argumentativo, amparado pelo método dedutivo que se embasará em dois grandes referenciais teóricos, quais sejam, a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale e a Teoria do Ordenamento Jurídico, defendida por Norberto Bobbio, mais especificamente no tocante à integração das lacunas no ordenamento jurídico.

1. DA LICENÇA MATERNIDADE E A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DE EMPREGO À MÃE

Para um melhor entendimento a respeito do tema se faz necessária uma distinção destes dois institutos. A licença maternidade é um benefício introduzido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XVIII, de caráter previdenciário, garantindo à mãe que der a luz o direito a uma licença remunerada de 120 dias; já a estabilidade provisória de emprego é a garantia que a mãe tem com relação à manutenção de seu emprego, por até cinco meses após o parto. De um modo geral, a estabilidade provisória de emprego é a vedação, conferida por lei, do empregador de dispensar imotivadamente o empregado em casos específicos e por determinado lapso temporal. Gleibe Pretti, defende que a estabilidade é “o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto existir uma causa relevante expressa em lei” (2010, p. 273).

Sobre a licença-maternidade, como já foi dito, possui caráter de benefício previdenciário, restando inclusa nas contribuições do empregador. A este respeito, Valentin Carrion (2008, p. 264) acrescenta:

O empregador paga a gestante os salários devidos e os desconta dos recolhimentos habituais devidos à Previdência Social (Lei 6.136/74, modificada pela Lei 6.332, de 18 de maio de 1976, que deu nova redação ao artigo 2º)”. Portanto, com o viés de benefício previdenciário a licença-maternidade passa a beneficiar tanto empregada gestante, quanto o empregador.

No tocante à estabilidade, Martins (2009, p. 157) ensina que

A estabilidade, assim como a indenização e o aviso prévio, é uma das limitações ao poder de despedir do empregador. Não se pode dizer, entretanto, que exista uma estabilidade absoluta, pois a justa causa, o motivo de força maior ou outras causas previstas em lei, pode determinar o fim do contrato de trabalho.

Ou seja, não estando a empregada gestante, maculada de ato que implique dispensa por justa causa, terá direito a regressar a seu emprego.

1.1 **Função social e a proteção ao recém-nascido**

A licença maternidade e a estabilidade têm por objetivo garantir uma gestação e recuperação do parto tranquilas, tendo em vista a necessidade de recuperação física e psicológica da genitora.

Durante o período gestacional a mãe sofre diversas transformações físicas e psicológicas que vão desde pequeno mal-estar e constante aumento de peso até a possibilidade de uma depressão causada pelo estresse excessivo, repulsa ao recém-nascido ou outras expectativas, sem falar na possibilidade de complicação durante e após o parto.

Além disso, é necessário observar que o neonato fica totalmente dependente da mãe no que diz respeito à alimentação, a manutenção da higiene, cuidados com a saúde e demais cuidados, tendo em vista a fragilidade imunológica do recém-nascido. Segundo o Ministério da Saúde (1995), o leite materno é o alimento ideal para o bebê, fundamental para a saúde e desenvolvimento da criança, devido às vantagens nutricionais, imunológicas e psicológicas, além de originar proveito para a mãe (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1995).

Inevitável é, portanto, o afastamento da mãe do trabalho e/ou a adequação de suas funções dentro da empresa em que for possível trabalhar (no período da gestação) sem prejuízo de sua saúde ou de seu filho. A fim de garantir a tranquilidade necessária enquanto sofre as alterações associadas à gravidez, sem discriminação ou qualquer tipo de assédio corporativo, tendo em vista que a genitora, neste processo de transição, não conseguirá manter o mesmo ritmo de trabalho ou mesmo exercer certas funções, sem prejuízo da sua própria saúde ou do nascituro, o legislador criou o instituto da licença maternidade.

1.3 A licença maternidade e institutos correlatos no ordenamento jurídico brasileiro

O desenvolvimento das leis trabalhistas no Brasil foi fortemente influenciado pela OIT (Organização Internacional do Trabalho). Oportuno é lembrar que a Convenção N° 3 da referida OIT, editada em 1919, foi uma das primeiras convenções a tratar da proteção à mulher enquanto grávida, tendo, a partir de então, direito à licença maternidade antes e após o parto, garantia da manutenção do emprego e respaldo financeiro por parte do Poder Público, dentre outros direitos.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 foi marcada no âmbito do direito trabalhista por consolidar tais direitos. O capítulo II do maior diploma legal de nosso ordenamento jurídico, que trata dos direitos sociais, no artigo 6º consagra: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Ainda no mesmo sentido disciplina o artigo 7º, inciso XVIII:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

A proteção à maternidade e a licença para o cuidado do neonato foi disciplinada de forma genérica no artigo 7º da Constituição. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) traz mais detalhadamente em seu artigo 392 as especificidades da licença maternidade, bem como quando poderá ter início a referida licença, a manutenção do trabalho, a possibilidade da transferência de função, caso seja necessário para priorizar a saúde da mãe sem prejuízo de salário, bem como a garantia de retorno à função anteriormente exercida, observe-se:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.
§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.
§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.
§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo.
§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;
 II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares (CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – CLT).

Ademais, é importante destacar, ainda neste contexto protetivo, instituto correlato, qual seja a estabilidade provisória de emprego que é concedida pelo artigo 10, inciso II, alínea B, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
 II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
 b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Em relação ao citado diploma legal verifica-se que a ciência por parte do empregador com relação à gravidez de sua empregada é irrelevante, basta o conhecimento da empregada para que nasça o direito à estabilidade provisória de emprego, vedando ao empregador o poder potestativo de dispensá-la imotivadamente.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou súmula a respeito, a qual é ainda objeto de ampla discussão doutrinária tendo em vista a polêmica do tema. A Súmula 244, do Egrégio Tribunal, em seu item III, é categórica ao mencionar que mesmo nos casos de contrato a termo, ou seja, por prazo determinado, ainda assim a mãe terá direito à estabilidade provisória de emprego.

Observe-se a Súmula:

Súmula nº 244 do TST

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (TST).

A discussão a cerca do tema se dá, pois, anteriormente ao mencionado item III da súmula, vedava a estabilidade nos casos de contratos por prazo determinado, tendo em vista que tal dispensa não ensejaria dispensa arbitrária ou imotivada, e que o motivo da extinção do contrato seria tão somente o término de determinado prazo já previamente pactuado entre as partes.

Ao analisar o instituto dentro de outro, também de suma relevância social, a adoção, pode se observar que a legislação sofreu alteração recente via publicação da Lei 12.873, de 24 de outubro de 2013, que disciplina nova redação ao artigo 392-A, da CLT: “À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392”.

Anteriormente a lei previa a possibilidade de licença maternidade nos casos de adoção, mas fixava prazos diferenciados de acordo com a idade da criança adotada. Tais previsões foram revogadas e, atualmente, a mãe tem direito independente da idade da criança.

O objetivo desta proteção é garantir uma melhor adaptação no convívio com a criança adotada, permitindo-lhe dar maior estabilidade ao novo vínculo criado com esta, tendo em vista ser uma mudança drástica tanto para a mãe adotiva, quanto para a criança adotada.

No próximo tópico tratar-se-á das peculiaridades da licença paternidade, seu conceito, sua previsão legal, função social e suas diferenças com relação à licença maternidade.

2. DA LICENÇA PATERNIDADE

Já foi demonstrado que o objetivo maior de se conceder proteção à mãe e afastar-lhe do emprego não é para garantir-lhe maior comodidade, mas sim à criança que está sendo gerada. Neste aspecto, verifica-se que quando se tem a situação do pai nessa relação de protetividade, esta fica aquém da proteção dada à mãe. Ocorre que, frise-se, a proteção não deve ter como maior foco nenhuma destas duas figuras, exclusivamente, mas sim o neonato.

Com relação à proteção ao trabalho do pai, verifica-se que a legislação não é alheia, mas omissa, sendo o tema pouco disciplinado. A Constituição Federal, em seu artigo 7º, traz em seu inciso XIX: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

No sentido de não deixar a situação da licença paternidade sem nenhum parâmetro ou referência, o artigo 10, do ADCT, § 1º, disciplina que: “Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.” Este dispositivo dilatou o prazo, que anteriormente era de apenas um dia para o pai, conforme disciplina o artigo 473, inciso III, da CLT:

Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário:

III - por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana (CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – CLT).

Visando um avanço sem precedentes a cerca do tema, o deputado Arnaldo Vianna foi o autor da PEC 114/07, que tinha como objetivo garantir ao pai a estabilidade de emprego, desde a confirmação da gravidez da mulher até quatro meses após o parto, quando ele fosse a única fonte de renda da família. A referida proposta foi arquivada em maio de 2012, deixando a legislação trabalhista de ganhar uma grande contribuição em busca da equiparação das licenças. Mais que isso, verificando-se que o pai é o único provedor do sustento da família, como no contexto da PEC, nada mais justo que, pelo menos no período em que a mulher estiver grávida, ela e o seu filho tenham a garantia de ter seu sustento provido até decorridos os primeiros meses de vida. Evidente seria a demonstração da busca de atender à função social da licença paternidade e da proteção ao nascituro.

Apesar de polêmica, a questão possui pouco embasamento entre as doutrinas e pouco se fala a respeito da dilatação da referida licença. No tocante a garantia de emprego do pai é quase inexistente estudo a respeito, o que, diga-se de passagem, é inacreditável, principalmente analisando-se os novos contextos de família que surgem a cada dia. Ainda se nota um contexto de família patriarcal, no qual ao pai é atribuída apenas a função de provedor do lar, onde pouco participa no cuidado com os filhos, em sua educação e formação ética, moral e social; a mãe fica incumbida dos afazeres domésticos, e criação dos filhos, acumulando estes com o trabalho fora de casa para ajudar o pai no sustento da família.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 determina que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5º). Disciplina, inclusive, em seu art. 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Há de se observar que a edição da Lei 12.873, sancionada em 24 de outubro de 2013, representou um grande avanço a cerca do tema. Em seu artigo 6º deu nova redação ao artigo 392-A, 392-B e 392-C, da CLT:

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.

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

No novo contexto trazido pela Lei 12.873, o direito da licença maternidade será concedido ao pai nos casos em que a mãe falecer, em sua totalidade ou no período restante a que esta teria direito em vida e, na hipótese de adoção, em que o adotante for empregado, este terá direito a licença nos mesmos moldes da adotante.

Apesar de recentemente verificar-se uma movimentação neste sentido, é evidente que a legislação precisa de uma revisão acerca da licença paternidade, da proteção ao emprego do pai, principalmente quando este for a principal fonte de renda para a família; os novos padrões de vida e de sustentabilidade a que estão sendo submetidas as famílias atualmente e os novos modelos de famílias que vem surgindo, ao pai é atribuída a função de cuidar dos filhos.

Na próxima sessão tratar-se-á da possibilidade e necessidade de equiparação das licenças maternidade e paternidade, tendo como embasamento duas grandes teorias que, somadas, justificam o estudo aqui tratado.

3. DA EQUIPARAÇÃO NOS CASOS DE PAIS SOLTEIROS

3.1 Licença paternidade e maternidade, equiparação e plausibilidade

Demonstrados os prazos das licenças maternidade e paternidade, quais sejam, respectivamente, cento e vinte ou cento e oitenta dias e, cinco dias, faz-se necessário salientar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a igualdade como uma das bases primordiais do Estado brasileiro e vedou qualquer espécie de discriminação. Disciplinou, inclusive, a igualdade de gênero e, na esfera do Direito do Trabalho, proibiu a diferença de salários, de critério para admissão, e de função em razão de sexo. Considerando essas premissas, é indubitável e nítida a necessidade da equiparação temporal em ambas as licenças, bem como a extensão da estabilidade provisória de emprego, a fim de possibilitar a formação e o crescimento do neonato cuja proteção também é protegida constitucionalmente.

É importante mencionar que, no contexto atual, as famílias estão se reorganizando para se adaptarem às mudanças, inclusive em relação à lei que estende aos empregados domésticos os direitos concedidos aos trabalhadores urbanos e rurais. As alterações trazidas pela PEC serão de suma importância para mudanças comportamentais no âmbito familiar, onde obrigações como o cuidado com os filhos, na maioria das vezes, e isso tem mudado cada vez mais, ficam por conta das mães. A nova concepção trará alterações nas rotinas e nos hábitos familiares, como, por exemplo, uma divisão igualitária das tarefas domésticas entre os seus membros.

Em análise ao censo demográfico realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), levando-se em consideração apenas o Estado de Goiás, no quesito da proporção de famílias com filhos, concluímos que uma média de 20% a 25% delas são famílias em que a mãe é a principal responsável. No caso da capital, Goiânia, esta proporção chega a 25,2 %. (IBGE).

Desta forma, o cuidado com os filhos, a partir de agora e com muito mais razão, deve ser atribuído com igual responsabilidade ao pai. Se, como já foi demonstrado, a licença-maternidade é concedida com o objetivo primordial de assistência ao recém-nascido e aos cuidados destinados a ele, esta também será uma tarefa de responsabilidade do pai. Portanto, será fundamental o aumento da licença paternidade.

Atualmente, verifica-se que em determinados setores ou empresas tem-se tido preferência, embora não expressa, por contratação de mão de obra masculina, o que, sem dúvida, é levado em consideração e como fator preponderante, o fato de que, se fosse contratada uma mulher que eventualmente ficasse gestante, acarretaria mais custos a empresa, com, por exemplo, a contratação de uma substituta no período de licença, o que, no caso do homem, não ocorreria.

O que se pretende demonstrar com o presente estudo não é algo impossível ou uma inovação sem precedentes, pelo contrário, algumas das empresas mais famosas e lucrativas do planeta, já praticam políticas de melhores direitos aos pais no período de nascimento do filho ou adoção. A pesquisa “Melhores empresas para trabalhar” traz algumas das medidas destas empresas:

A Microsoft (Estados Unidos), por exemplo, coloca à disposição dos funcionários, advogados especialistas em processos de adoção. A Alston & Bird (Estados Unidos) concede licença-paternidade por três meses para o pai-funcionário que for responsável direto pelos cuidados com a criança. A Nycomed (Canadá) possui um programa de “adoção reembolsada” que consiste no custeio dos trâmites da adoção legal em até US\$ 15 mil. A Edward Jones (Canadá) oferece US\$ 5 mil para assistência da criança adotada por funcionários. A Google (Estados Unidos) oferece a pais e mães, naturais ou adotivos, sete semanas de licença e mais 12 adicionais para as mães-funcionárias (TOLOVI JÚNIOR, 2013).

Neste sentido é evidente a necessidade da alteração no modelo atual da legislação trabalhista no tocante às licenças maternidade e paternidade, uma nova postura do Poder Público e da iniciativa privada neste sentido, a fim de atingir plenamente a finalidade de tais institutos, quais sejam, primordialmente, conceder à criança nascida ou adotada uma maior estabilidade e proteção nos primeiros momentos da vida e, porque não, uma convivência paterna saudável neste mesmo período.

3.2 A teoria tridimensional do direito

Evidenciado ao longo do estudo a instabilidade social que, por sua vez, leva a sociedade contemporânea a constantes transformações, e que essas mudanças afetam o convívio familiar, a distribuição de tarefas e responsabilidades dentro do lar, bem como a inversão da responsabilidade pelo sustento da família que, antes, era ônus exclusivo do homem e agora passa, cada vez mais, a ser dividido e, algumas vezes, transferido para a mulher, dentre outros, imaginamos que as relações jurídicas devem, obrigatoriamente, acompanhar essas mudanças para satisfazer as demandas que surgirão naturalmente como reflexo dessas novidades.

Posto isso, é importante amparar essa obrigatoriedade da adequação das normas jurídicas à realidade fática da sociedade, agregando-se a essa realidade os valores morais a que está submetida, de acordo com a teoria do renomado jus-filósofo brasileiro, Miguel Reale.

De acordo com Miguel Reale (2000), o direito é tridimensional, visto como elemento normativo, disciplinador de comportamentos individuais e coletivos. A tridimensionalidade do direito está intimamente ligada a três elementos: fato, valor e norma. Desta forma, a Teoria Tridimensional do direito é a filosofia jurídica que entende o Direito como a ciência em três dimensões. A visão de Reale (2000) demonstra que qualquer teoria que admita um estudo isolado daqueles três elementos (fato, valor e norma) seria falha e infrutífera para a explicação do fenômeno jurídico.

Tal realidade é bem delineada por Reale (REALE, 2002, p. 511):

É preciso observar que a unidade ou correlação essencial existente entre os aspectos fático, axiológico e prescritivo do Direito não foi logo claramente percebida pelos juristas e jusfilósofos, os quais, como vimos, foram antes tentados a compreender o fenômeno jurídico à luz de um ou de dois elementos discriminados, dando, assim, origem às teorias reducionistas.

A teoria de Reale demonstra a intimidade entre os três aspectos básicos, visíveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o direito positivado, em forma de leis ou normas); um aspecto fático (o direito como fato, ou em sua consolidação social e histórica) e um aspecto axiológico (o direito como valor de justiça). Segundo ele,

Em suma, o termo “tridimensional” pode ser compreendido como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático axiológica, podendo a norma, por sua vez, converte-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas. Desse modo, quer se considere a experiência jurídica, estaticamente, na sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciado-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da “praxis social”, mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente (REALE, 2000, p. 77).

O aspecto que se pretende demonstrar da teoria tridimensional do direito, visto sua complexidade e amplitude, é a sua efetividade dentro da criação de normas, ou seja, a sua assertividade. Nada mais natural que o surgimento de um fato, um acontecimento, no meio social que seja relevante. A tal fato os integrantes deste meio agregarão valores positivos e/ou negativos e, para se manter a convivência em um patamar de igualdade entre todos, é necessário analisar o valor atribuído ao fato e, mediante isso, disciplinar uma norma para o fato em questão.

No contexto atual de família cada vez mais se verifica a presença da mulher no mercado de trabalho e, por consequência, cada vez mais o cuidado dos filhos fica a cargo de terceiros ou do esposo. Outro fato ligado à realidade é que é mais comum no cotidiano das famílias brasileiras a dissolução do casamento, o divórcio, e neste caso em particular, nota-se que, segundo dados do IBGE, as famílias que se submetem ao divórcio, onde o marido fica responsável pela guarda dos filhos menores em 2011 é de 5,33 %, contra 6,05 % em 2003 (IBGE, 2011).

Apesar de na maior parte dos divórcios a guarda dos filhos menores ficar com as mães, verifica-se que esta não é uma constante, pois não são todos os casos em que a mãe será a responsável pelo cuidado dos filhos. E nos casos em que o pai, solteiro, for o responsável pela manutenção e sustento da família e cuidado dos filhos? É plausível deixar estes casos a mercê do amparo judicial?

À luz do entendimento de Miguel Reale (2000) seria viável uma revisão da legislação no tocante à licença paternidade, particularmente analisando-se as novas realidades fáticas que vêm surgindo, bem como os novos valores que vêm sendo agregados a esta realidade. Observa-se, portanto, a existência de lacunas a serem preenchidas na legislação brasileira para sanar o problema, tema que será abordado na próxima parte do artigo.

3.3 A teoria do ordenamento jurídico de Bobbio e o problema das lacunas

Restou demonstrado no tópico anterior que as normas são um reflexo natural da demanda de uma alteração e ou evolução comportamental, cultural ou social. Acontece que, em sua maioria, essas normas são tardias a atender a necessidade da sociedade, restando assim vácuos a serem preenchidos. É o que se nota no tema principal do presente estudo.

Como foi evidenciado anteriormente, o modelo contemporâneo de família não é mais tão estático como fora anteriormente. Tem-se diversos modelos, nos quais diversas situações surgem e, como objeto do presente estudo, tem-se o cenário em que o pai tem que sustentar toda sua família e necessita ainda cuidar da educação e da manutenção de seus filhos.

A este respeito, nota-se uma morosidade estatal, uma lentidão na legislação e, até mesmo, uma negligência para com a sociedade ao se deixar a esmo as famílias que se incluem na situação abordada pelo presente debate.

Acerca da falta de um ordenamento jurídico expresso para se aplicar ao caso em concreto, ou seja, a lacuna na legislação, diversos autores dissertaram de forma assertiva, mas, no presente estudo optou-se por adotar a posição de Norberto Bobbio, com a teoria do ordenamento jurídico, mais especificamente no que tange ao problema das lacunas, também tratado pelo autor em sua teoria.

Para Bobbio (1999, p. 118) a completude do ordenamento jurídico, “uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar” – daí se depreende o entendimento que completude seria o modelo jurisdicional perfeito, apto a atender todas as demandas a que à jurisdição fosse submetido – surge a partir da concepção de que o juiz está obrigado a julgar todas as demandas que lhe forem apresentadas e seu julgamento deve estar amparado por uma norma pertencente ao sistema vigente, deixando de ser a completude, no caso de ordenamentos jurídicos que adotassem essas posturas, uma exigência, passando a ser uma necessidade, uma condição para que o mesmo possa existir.

Este entendimento choca-se com a ideia do dogma da completude, defendida por alguns positivistas que acreditam na inexistência de lacunas e no princípio de que o ordenamento jurídico é completo, fornecendo ao juiz todas as soluções sem recorrer à analogia, doutrina, princípios gerais de direito ou usos e costumes, ou seja, no Direito nada há acrescentar ou retirar. Este dogma é defendido pela escola da exegese, a qual uma das principais características é a confiança absoluta na legislação codificada, partindo da crença de que o código bastava-se “completamente a si próprio”, isto é, não apresentava lacunas (Bobbio, 1999, p. 121).

O engano está em acreditar que a lei é suficiente, por si só, para resolver os problemas existentes. Os ordenamentos são insuficientes, estáticos, e se prendem ao tempo em que foram editados; já as relações sociais são dinâmicas, estão em constante transformação. A concepção e a admissão das lacunas jurídicas constituem importante postura para que o Direito possa avançar, corrigindo as incoerências e atendendo às demandas que vão surgindo. O equívoco não está na afirmação de que a completude se apresenta a partir do princípio de que o juiz está obrigado a julgar todas as demandas que lhe forem apresentadas, mas sim em afirmar categoricamente que tal julgamento deve obrigatoriamente se fundamentar em uma norma do sistema vigente.

Norberto Bobbio (1999, p. 143) classifica as lacunas em próprias e impróprias. As próprias decorrem de falhas dentro do sistema, já as impróprias são derivadas da comparação entre o sistema real e o sistema ideal. As lacunas impróprias, para o autor, são muito recorrentes no Direito Penal, pois se trata do pensamento de como deveria ser o sistema. A distinção entre elas é realizada de acordo com a forma de sua eliminação: as lacunas impróprias somente são completáveis pelo legislador, enquanto as próprias podem ser integradas pelo intérprete da norma.

Bobbio também classifica as lacunas em subjetivas e objetivas. São subjetivas quando “dependem de algum motivo imputável ao legislador” (de forma voluntária ou involuntária); são objetivas quando “dependem do desenvolvimento das relações sociais”. As lacunas voluntárias, para o autor, não são verdadeiras lacunas, pois foram intencionalmente deixadas pelo legislador. O seu preenchimento foi, então, confiado ao “poder criativo do órgão hierarquicamente inferior” (1999, p. 144-145).

Posto o problema das lacunas, passa-se a analisar as soluções para completar o ordenamento jurídico, tendo ficado evidente que este por si só não é capaz de saciar todas as necessidades jurídicas a que se é submetido. Bobbio (1999, p. 147), embasando-se na terminologia de Carnelutti, ensina que para se completar um ordenamento jurídico há duas formas, a heterointegração e a auto-integração. A heterointegração se baseia em recorrer a

ordenamentos diversos e a fontes diversas. Segundo Bobbio, o recurso a ordenamentos diversos consiste na “obrigação de recorrer, em caso de lacuna do Direito positivo, ao Direito natural”.

Ainda segundo Bobbio (1999, p. 149), no ordenamento jurídico a heterointegração assume três formas, quais sejam, o recurso ao costume considerado como fonte subsidiária da Lei, o recurso ao poder criativo do juiz – aqui se assemelha ao atual amparo pelas jurisprudências – e o recurso à opinião dos juristas, mais conhecido como as várias doutrinas que são fundamentadoras para se pleitear o direito almejado na existência de uma lacuna na legislação com relação ao direito ora ofendido.

Já no tocante a auto-integração o autor traz dois procedimentos que apoiam seu pensamento, quais sejam, a analogia e os princípios gerais de direito.

A analogia é a qualidade do ordenamento de se valer de demandas semelhantes para solucionar casos que não sejam regulamentados pelo ordenamento vigente. Nos dizeres de Bobbio (1999, p. 151) é “o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante”. O autor defende ainda que a analogia é uma das formas mais importantes de evolução do ordenamento jurídico, deixando esse de se apegar apenas aos casos expressamente regulamentados.

Os princípios gerais do direito são, para Bobbio (1999, p. 158), nada mais que “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”. São basilares constantes no ordenamento jurídico que norteiam este como um todo, que são genéricos e aplicáveis à maioria dos casos para lhes amparar.

Neste item, o ordenamento jurídico brasileiro é confesso quanto à admissão das lacunas. Esta confissão está inserida no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. A própria lei admite que o Direito não seja completo por si só e há de se amparar em outras fontes de acordo com a necessidade.

Posto isto, é importante ressaltar que por si só o ordenamento jurídico brasileiro não é eficaz no que diz respeito à licença paternidade e a protetividade do trabalho do pai, no caso em que este se ver em necessidade de cuidar de seus filhos quando apenas a si couber esta tarefa. Diante de tudo que foi demonstrado fica evidente a e a existência de falhas e lacunas no ordenamento jurídico.

Somando-se os dois temas citados, quais sejam, a tridimensionalidade do Direito e a existência de lacunas no ordenamento jurídico, entende-se que as relações sociais são determinantes para que o direito evolua e que, por mais que este evolua, chegará dado momento em que será necessário voltar à cadeia da evolução e recomeçar, repensar seus conceitos e sua aplicabilidade para que haja de fato efetividade em sua prestação.

Posto isso, demonstra-se que a sociedade, os modelos de famílias, por assim dizer, convencionais, evoluíram muito, porém foram deixados de lado pela legislação. A necessidade de se rever os conceitos acerca da licença paternidade, de sua ampliação em determinadas situações, já está demasiadamente atrasada. É necessário, portanto, uma reforma na legislação no tocante a este tema para que possam ser atendidos aqueles que hoje são esquecidos pela legislação.

Seria injusto dizer que não houve tentativa de avanço nesse sentido, mas é necessário reconhecer que as tentativas são tímidas e os aspectos a serem estudados são pouco explorados. Acredita-se que chegará o momento em que se terá uma satisfação neste sentido, só que, se a caminhada para esta adequação continuar no ritmo atual, muitos ainda pagarão pela morosidade jurisdicional, por uma má aplicabilidade dos princípios gerais do direito e o mal uso de todas as fontes de direito que são pouco, ou erroneamente, utilizadas.

CONCLUSÃO

O principal objetivo deste estudo foi demonstrar a existência de disparidade das licenças maternidade e paternidade e evidenciar a plausibilidade de se equipará-las, em face de determinadas situações, mais especificamente, no tocante aos pais solteiros.

Acerca da problemática do tema observa-se se que o ordenamento jurídico por si só é falho, que existem lacunas a serem integradas e que uma forma eficaz de preenchimento das lacunas existentes em um ordenamento jurídico é a integração entre o ordenamento codificado e as fontes de direito.

Verificou-se que de fato há espaço a ser preenchido e percorrido pelos nossos legisladores para a solução do problema da incompatibilidade da licença paternidade no atendimento aos novos padrões de famílias e elucidou-se que o direito é uma ciência em constante transformação e que deve ser sensível às mudanças da sociedade, não se apegando apenas ao texto legal positivado, mas valendo-se de todas as fontes do direito, das possibilidades de analogia e aberto a se fundamentar, não exclusivamente no texto da lei, mas no caso concreto, na melhor forma de solução e na obtenção da paz social.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Sistema nacional de informação de gênero: uma análise dos resultados do censo demográfico. 2010. Disponível em: <http://www.cidades.ibge.gov.br/comparamun/compara.php?lang=&coduf=52&idtema=132&codv=v81&search=goias|anapolis|sintese-das-informacoes-2010>. Acesso em 18 fev. 2015.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Dialética, 2009.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Aleitamento materno. Manual de normas técnicas. Brasília: INAM, Comin, Pniam; 1995.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade). Disponível em: <http://www.oit.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-maternidade>. Acesso em: 13 jan. 2015.
- PALÁCIO DO PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm. Acesso em: 12 fev. 2015.
- PRETTI, Gleibe. **Manual de Direito do Trabalho**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1969.
- _____. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **O Direito como Experiência**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- TOLOVI JÚNIOR, José. **Licença-paternidade: novo contexto corporativo**. 06 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.revistapetcenter.com.br/materias/ler-materia/73/licenca-paternidade-novo-contexto-corporativo>>. Acesso em: 18 fevereiro 2015.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 201 250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas%20com%20indice/Sumulas%20Ind%20201%20250.html#SUM-244)>. Acesso em: 10 jan. 2015.