

AMPLIAÇÃO DA LICENÇA PATERNIDADE: UM DIREITO TARDIO

João Carlos Florêncio dos Santos - e-mail: joaocarlosflorencio@hotmail.com
Curso de Pós-Graduando em Direitos Humanos e Cidadania pela Faculdade
de Direito e Relações Internacionais – FADIR
Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD
Dourados, MS, 05 de outubro de 2016

RESUMO: O presente estudo científico analisa os fatores que ocorrem na vida do pai após o nascimento dos filhos, ponderando se há a necessidade (ou não) do aumento da licença paternidade hoje fixada constitucionalmente em 5 (cinco) dias. A análise dialoga com obstáculos jurídicos e as consequências sociais da ausência do pai nos primeiros dias de vida do bebê, conseqüentemente a possível sobrecarga que a mãe sofrerá ao ter que cuidar de si própria e do lactente e o estado puerperal da mulher como fator legitimador na ampliação da licença paternidade. O artigo analisa se a sociedade brasileira acredita que a única responsabilidade da criação dos filhos é das mulheres, suprimindo assim o direito do pleno exercício da paternidade.

Palavras-chave: Aumento da licença paternidade - Pós parto — Estado puerperal – Pleno exercício a paternidade.

1 . Introdução

Ao se analisar a sociedade brasileira notadamente capitalista, onde se fazer necessário que todos os integrantes tenham que trabalhar para manter as condições de sobrevivência nesse mundo cada vez mais com o apelo ao consumismo, é preciso discutimos algo tão essencial e vital a própria existência da sociedade.

Vale dizer, seu núcleo essencial à família, onde habitualmente uma pessoa exercerá o papel de mãe e a outra o papel de pai, o que por outro lado, não impede uma formação familiar homoafetiva ter os mesmos direitos das demais, ainda a monoparental e a heteronormativa.

Para se entender um pouco sobre a identidade de gênero e orientação sexual França tem a seguinte explicação, “Auto-imagem e auto-estima referem-se à maneira como o indivíduo se percebe, como está constituída sua identidade e de que forma ele valoriza ou desmerece a si próprio”.

A mesma autora explica ainda que a formação da pessoas pelo gênero está associada a uma visão que a sociedade impõe a criança ao nascer, uma espécie de rótulo baseado no órgão genital que a criança apresenta, senão vejamos

Uma criança, assim que nasce, recebe imediatamente o rótulo de menino ou menina, associado à sua genitália externa, o que dá a ela uma identidade genital.

A maneira como a criança é vista e tratada como ser sexuado, em sua matriz de identidade, por volta dos dois anos e meio forma sua **identidade de gênero**, ou a sensação interna de pertencer ao gênero masculino ou feminino. Na nossa cultura, meninas em geral recebem mais contato físico e cuidados afetivos, sendo mais estimuladas quanto à vaidade e a comportamentos de dependência; meninos, por sua vez, recebem um tratamento mais duro, que os direciona para comportamentos de força, esperteza e competitividade. Dessa forma os dois gêneros desenvolvem a capacidade de se vincular socialmente como homem ou mulher, ou seu papel de gênero. (FRANÇA).

Porém, a autora pondera que ao longe de sua infância e adolescência a criança é que se desenvolve a identidade sexual, vale dizer, a vontade interna de se relacionar com outras pessoas, assim temos:

Ao longo de toda a infância e adolescência, e dependendo do desenvolvimento afetivo, vai se definindo a identidade sexual, ou a sensação interna sobre a capacidade de se relacionar amorosa e sexualmente com outra pessoa. A escolha de nosso objeto de desejo é chamada de orientação sexual e pode ser dirigida a alguém do sexo oposto, a alguém do mesmo sexo, ou às duas possibilidades (bissexualidade). Esse vínculo envolve essencialmente amor e afeto, não sendo apenas de natureza sexual; [...] prefiro usar o termo orientação afetivo-sexual.

Dessa modo, as famílias homoafetivas são aquelas onde há suas pessoas do mesmo sexo, ou seja, do mesmo gênero (masculino ou feminino), assim para Maria Berenice Dias,

A maior visibilidade e melhor aceitabilidade das famílias homoafetivas torna impositivo o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial com ambos os genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Vetar a possibilidade de juridicizar a realidade só traz prejuízo ao filho, que não terá qualquer direito com relação a quem exerce o poder familiar, isto é, desempenha a função de pai ou de mãe. Presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, negar sua presença é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito. (DIAS).

A autora ainda problematiza aduzindo se hoje é possível dizer o que uma família normal, isso porque

[...] Depois que a Constituição trouxe o conceito de entidade familiar, reconhecendo não só a família constituída pelo casamento, mas também a união estável e a chamada família monoparental – formada por um dos pais com seus filhos –, não dá mais para falar em família, mas em famílias. (DIAS)

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como entidade familiar aquela composta por apenas uma dos pais, sendo levando em consideração o vínculo afetivo, senão vejamos:

Todas estas mudanças impõem uma nova visão dos vínculos familiares, emprestando mais significado ao comprometimento de seus partícipes do que à forma de constituição, à identidade sexual ou à capacidade procriativa de seus integrantes. O atual conceito de família prioriza o laço de afetividade que une seus membros, o que ensejou também a reformulação do conceito de filiação que se desprende da verdade biológica e passou a valorar muito mais a realidade afetiva.

Por derradeiro, embora o presente trabalho possa parecer estar apresentado de uma forma “heteronormativa”, o que segundo Amurabi Oliveira “a heteronormatividade, que seria a ordem sexual do presente, fundada no modelo heterossexual, familiar e reprodutivo”, não se tem esse objetivo, em verdade o escopo desse artigo visa dar o pleno exercício do direito a paternidade.

Isto porque entendemos que um dos direitos, por que não valores, básicos da sociedade e existência do ser humano está sendo diariamente violado - a paternidade, ao menos o seu pleno exercício.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988- CRFB/88, traz em seu art. 7º, XIX, a licença paternidade como um direito social, senão vejamos,

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

[...]

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Porém, após quase 28 (vinte e seis) de vigência lei trazida pelo referido artigo ainda não foi promulgada, gerando uma lesão diária as famílias brasileira, pois tiraram de seu âmbito, de forma muito precoce, a presença do pai nos primeiros dias de vida de seu filho.

Visando garantir um mínimo de efetividade a este dispositivo constitucional e dignidade a família, o Título X – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT, em seu art.

10, §1º, determina que até que a lei venha a regulamentar este direito, fica fixado o período de 5 (cinco) dias como Licença Paternidade, *in verbis*:

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

[...]

§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

A palavra transitória pode ter várias definições, mas tem se neste contexto jurídico, que a intenção do Poder Constituinte Originário ao concebê-lo no ADCT tinha o condão fazer a passagem do velho papel no pai na família para o novo modelo de responsabilidade familiar que o pai deveria assumir, conforme ensinamentos do Ilustre Defensor Público Federal Dr. Ricardo Russell Brandão Cavalcanti,

Desse modo, acreditamos que quando o constituinte originário utilizou-se da expressão “transitória”, ele quis dizer que as referidas normas buscavam a transição de um ordenamento jurídico para outro, uma vez que a Constituição de 1988, decorrente do poder Constituinte originário, que como sabemos é autônomo, fez com que passássemos a ser regidos por outra ordem jurídica totalmente desvinculada da Constituição anterior. (CAVACANTI)

Como isso, acredita-se que o texto do ADCT da CRFB/88 trazia uma visão de mudança no papel desenvolvido pelos pais, onde sua participação na criação dos filhos, sobretudo nos primeiros meses de vida, deveriam ser mais efetiva.

Porém, é preciso discutir com mais profundidade qual a natureza jurídica do dispositivo constitucional em epígrafe, ou ainda qual a intenção do Legislador Originário ao fixar no ato das disposições constitucionais transitórias essa precária regulamentação, assim sendo, ainda estamos vivendo com um patamar civilizatório mínimo garantido pelo texto constitucional originário.

Com isso, decorrem alguns questionamentos, onde cinco dias são absolutamente insuficientes para o apoio do pai que tanto o filho quanto a mulher necessitam, conforme se restará provado neste trabalho.

Ademais, com o nascimento dos filhos decorrem alguns atos na vida civil do casal que fatalmente serão exercidos pelo, seja por praticidade seja por que a mãe se encontra ainda internado no hospital, como por exemplo realizar o registro de nascimento no Cartão de Pessoas Naturais, informar o afastamento dele e da esposa a seus respectivos empregadores, dentre outros.

Problematizar quais são as alterações que ocorrem na vida casal com o nascimento do filho, como por exemplo se o parto foi normal ou cesariana quantos dias de reabilitação serão necessários para a mãe, qual a importância da presença física no pai nos primeiros dias de vida do bebê.

Com efeito, na atual sistemática no sexto dia o pai já volta ao trabalho e terá que se preocupar com suas atribuições no serviço, sabendo que em sua casa seu filho necessita de sua ajuda, ao mesmo passo, sua cónyuge enfrenta uma situação bastante delicada, tendo que cuidar do recém nascido sozinha juntamente com as dores do pós parto, seja por cesariana ou parto normal, além de toda uma descarga psico-fisiológico ocorrido durante o parto, chamado de estado puerperal. Segundo Dr. Guilherme de Souza Nucci estado puerperal,

É aquele que envolve a parturiente durante a expulsão da criança do ventre materno. Neste momento, há intensas alterações psíquicas e físicas, que chegam a transformar a mãe, deixando-a sem plenas condições de entender o que está fazendo, razão pela qual se trata de situação de semi-imputabilidade. Note-se que o puerpério é o período que se estende do início do parto até a volta da mãe às condições pré-gravidez. [...]. (NUCCI, 2006).

Como se vê, o estado puerperal em que fatalmente se encontra a mulher após nascimento da criança de seu ventre é tratado pela legislação penal como condição que leva a leva a semi-imputabilidade, assim se a legislação penal deu tratamento especial na mão no pós parto é possível se concluir que ela necessita do apoio do cônjuge nesse contexto.

Contextualizando, devemos lembrar que a maioria dos partos no Brasil é realizado por cesariana, seja por situações durante a gestação que não possibilitaram o parto normal, seja por orientação médica que muitas vezes se encontra sobrecarregados de serviço.

Atualmente, no Brasil, o percentual de partos cesáreos chega a 84% na saúde suplementar. Na rede pública este número é menor, de cerca de 40% dos partos. A cesariana, quando não tem indicação médica, ocasiona riscos desnecessários à saúde da mulher e do bebê: aumenta em 120 vezes a probabilidade de problemas respiratórios para o recém-nascido e triplica o risco de morte da mãe. Cerca de 25% dos óbitos neonatais e 16% dos óbitos infantis no Brasil estão relacionados a prematuridade. (ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR).

Esse dado alarmante é evidenciado segundo campanha realizada pelo Ministério da Saúde sobre os riscos do parto por cesariana,

Uma nova campanha idealizada pelo Projeto Parto Adequado, que visa à melhoria na prática obstétrica no Brasil, reforça a preocupação quanto à realização de cesáreas desnecessárias e busca sensibilizar gestantes e profissionais de saúde para que evitem o parto agendado. [...].

[...].

Em seis meses de implantação, a iniciativa ajudou a aumentar em 7,4 pontos percentuais a taxa de partos normais nos estabelecimentos participantes, iniciando a reversão dos altos números de cesáreas registrados nos últimos 10 anos no Brasil.(AGÊNCIA SAÚDE, 2015).

Ao se perceber que a grande maioria dos parto no Brasil são realizados pelo método cesariana, o que em outras palavras, é um procedimento cirúrgico requerendo cuidados que vão além do parto.

Com isso, quando a parturiente tem alta do hospital e encontra-se em condições retornar para sua casa, seu cônjuge muito provavelmente já terá que volta ao trabalho o que fatalmente gera uma total falta de efetividade do direito social a licença paternidade de 5 (cinco) dias.

Assim, ao longo desse estudo se trará as diversas situações vida social de uma família que permeiam os primeiros dias de vida de uma criança, analisando que, embora o nome seja licença paternidade, esse direito é social e transcende seu titular, tendo reflexos em seu filho, na sociedade e consequentemente no Estado.

Para tanto, se socorrerá a legislação constitucional e infraconstitucional sobre o tema, a pesquisa em texto escritos e em sítios virtuais especializados bem como consultar legislações de outras unidades da federal que já avançaram na regulamentação da licença paternidade. .

2 . A paternidade fundamentação jurídica e social

2.1 A igualdade jurídica na responsabilidade familiar

Partindo da premissa que até o século XVIII a mulher exercia o papel exclusivo na criação dos filhos, estamos falando de uma sociedade patriarcal, como um machismo bastante presente, embora possa parecer estranho, quase que comum para a época.

Partindo da premissa que até o século XVIII a mulher exercia o papel exclusivo na criação dos filhos, estamos falando de uma sociedade patriarcal, como um machismo bastante presente, embora possa parecer estranho, quase que comum para a época.

Art. 226

[...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O texto na Constituição da República de 1988 é bastante claro e otimista, pois no campo jurídico e legal iguala o deveres da sociedade conjugal entre homens e mulheres, porém será que a realidade da sociedade brasileira corresponde a igualdade trazida na lei, é o que será enfrentado a seguir.

Neste diapasão, temos a família como núcleo essencial da sociedade, é ali onde o ser humano enfrentará suas primeiras experiências em coletividade, aprenderá que ter alegrias, limites e frustrações, onde mais uma vez nos socorremos ao texto Constitucional de 1988, “Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Assim, o texto constitucional impõe ao Estado a necessidade de criar políticas públicas, no sentido de corrigir as distorções presentes entre a ficção jurídica e a realidade de sociedade brasileira.

No ponto de vista fático, embora a sociedade brasileira esteja desconexa com o texto constitucional, outra alteração legislativa visa minimizar essa distorção, a saber o Código de Civil de 2002, promulgado por meio a Lei nº 10.406, de janeiro de 2002, corroborando com os ensinamentos Procuradora do Estado de São Paulo Mônica de Melo que assim nos orienta,

[...] o novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, não avança substancialmente no que diz respeito ao princípio da igualdade entre mulheres e homens, mas, por outro lado, sepulta, definitivamente, o modelo patriarcal e assimétrico do Código Civil de 1916, implementando em seus dispositivos o princípio constitucional da igualdade, nas relações entre os gêneros. (MELO) .

O Código Civil avança no campo jurídico e regulatório do estabelecimento da igualdade e responsabilidade iguais entre homens e mulheres nos cuidados com a família, porém não podemos que concluir que essa medida jurídica tenha repercutido significativamente na sociedade como um todo, nesse mesmo sentido reforça a professora Mônica de Melo,

A sociedade humana, onde ainda prevalece a ideologia patriarcal (que estabelece a supremacia masculina) tem ainda impedido de todas as formas o pleno desenvolvimento das mulheres, discriminando-as de diferentes maneiras. (MELO, 2004) .

A Professora Melo ainda reforça que foi preciso uma alteração de legislativa de mesmo nível com o Código Civil de 1916 para que pudesse dar maior efetividade a igualdade de entre os gêneros.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da igualdade como um dos princípios fundamentais, estruturantes de nosso Estado Democrático de Direito, rompe com os parâmetros de desigualdade entre mulheres e homens presentes no Código Civil de 1916. Porém, nossa cultura jurídica, ainda de pouco prestígio e valorização da ordem constitucional, precisou da revogação expressa e de norma de mesma hierarquia, para finalmente jogar as últimas cinzas no modelo anterior, que estava absolutamente comprometido em face da atual Constituição. (MELO, 2004) .

Assim, como reforça a autora a alteração legislativa a nível infraconstitucional, visou mais a atender uma necessidade, àquela época, de efetividade do constitucional do que propriamente uma necessidade social em busca a pleno efetividade da igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Caminhando, em um importante julgado o Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Luiz Fux assevera que o tempo das licenças seja ela a maternidade ou paternidade passam por um olhar do filho,

Eu também compreendo que essa questão gravitante em torno desse belíssimo voto, como sempre soem ser os votos do Ministro Luís Roberto Barroso, diz muito mais respeito a um direito do filho do que ao direito da mãe. Quer dizer: a licença denomina-se de maternidade - e agora nós já vimos que tem uma licença-paternidade -, mas, na gênese, está a necessidade exatamente de decurso de um tempo para melhor

adaptação daquela criança à família.(RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889 PERNAMBUCO)

Isto porque, no julgado colacionado trata-se da busca de uma equiparação de licença-adoptante a licença-gestante, sendo assim, embora a legislação tratar das licenças em maternidade e paternidade para o Ministro o tema gravita em torno de quanto tempo a criança precisará para se adaptar a família adotante.

2.2. O puerpério

Embora o contexto em tela debate a da necessidade de se aumentar ou não a licença paternidade seja de ponto de vista jurídico seja do ponto de vista social, ou seja, dar plena efetividade a paternidade dos primeiros dias de vida do bebê, vislumbra-se a necessidade de se falar em alterações físico-psicológicas que a mãe passa durante o parto que irá alicerçar o objeto deste trabalho.

Após essas breves considerações, urge a necessidade de se esclarecer o que é o puerpério, qual período que ele acontece e se ele repercute na responsabilidade paterna frente ao nascituro.

De acordo com Amauri Cantilino, o quadro puerperal é marcado com várias alterações biológicas, físicas, químicas e hormonais, de modo que,

No puerpério, ocorrem bruscas mudanças nos níveis dos hormônios gonadais, nos níveis de ocitocina e no eixo hipotálamo-hipófiseadrenal, que estão relacionados ao sistema neurotransmissor. Além das alterações biológicas, a transição para a maternidade é marcada por mudanças psicológicas e sociais[...]. (CANTILINO, 2010).

As mudanças sociais que o autor cita estão diretamente ligadas a dependência de uma nova vida – o bebê a mãe, sobretudo pela necessidade vital e diária de receber o leite materno.

Reafirmando o Autor Amauri Cantilino,

No puerpério há necessidade de reorganização social e adaptação a um novo papel, a mulher tem um súbito aumento de responsabilidade por se tornar referência de uma pessoa indefesa, sofre privação de sono e isolamento social. Além disso, é preciso reestruturação da sexualidade, da imagem corporal e da identidade feminina.

Neste ponto é possível observar a sobrecarga e responsabilidade que decorrem com o nascimento do bebê onde a mulher inevitavelmente dependerá a presença no pai com os cuidados com o filho e com a mãe, o que do contrário só agravará a possibilidade do desenvolvimento do estado puerperal.

Partimos da premissa de três alterações psiquiátricas que ocorrem com a mulher no pós-parto, nos filiando aos ensinamentos de Cantilino que afirma,

Dentre todas as fases da vida da mulher, o pós-parto é o período de maior vulnerabilidade para o aparecimento de transtornos psiquiátricos. Apesar de não serem reconhecidas como entidades distintas nos sistemas classificatórios atuais, a disforia puerperal, a depressão pós-parto e a psicose pós-parto têm sido consideradas transtornos relacionados ao pós-parto. Atualmente, além dessas três categorias diagnósticas, os transtornos ansiosos no pós-parto também têm sido estudados. (CANTILINO, 2009).

Ao analisarmos os ensinamentos acima apresentados, seja qual for a alteração pós-parto que a mulher venha ser acometida, disforia puerperal, depressão pós-parto ou psicose pós-parto, é evidente que a presença diuturna no pai junto a família é indispensável, onde em momento algum o Estado poderia privilegiar a ausência do pai em seu trabalho em detrimento a família.

2.3. Natureza jurídica do ato das disposições constitucionais transitórias

Antes de se enfrentar diretamente o tema, faz-se necessário esclarecer que a Constituição de 1988 está dividida em três partes, a saber, preâmbulo, corpo principal e ato das disposições constitucionais transitórias-ADCT.

Nesse momento busca-se analisar a natureza jurídica do ADCT, notadamente qual o alcance da expressão “transitórias” contida em seu nome, isso porque poderá nos ajudar no tema principal do presente trabalho.

Com efeito, ao analisarmos seu significado do ponto de vista da língua portuguesa ele teria o condão de ser efêmero, temporário, ou seja, nasceria com a certeza de que vigoraria por um tempo e depois de um certo lapso perderia sua eficácia.

Assim, segundo o dicionário virtual do Aurélio do dicionário de português, transitório significa: 1) que dura pouco, 2) passageiro, breve, 3) mortal.

Porém, só por essa lógica não nos ajuda a explicar seu alcance, ou pelo menos todo seu alcance.

Por outro lado, vale a ponderação que embora não ser aplicado em toda sua extensão, alguns dispositivos do ADCT têm a finalidade literalmente temporária e exaurível, como por exemplo o Art. 3º, do ADCT, *in verbis*:

Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

[...]

Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Porém, essa lógica não se aplica ao Art. 15, que determina a extinção do território federal de Fernando de Noronha, devendo o mesmo ser incorporado ao Estado de Pernambuco, senão vejamos:

Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

[...]

Art. 15. Fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco.

Não podemos nesse momento e nem é nosso objetivo tentar entender ou explicar se o descompasso de nome com o corpo de texto foi algo proposital ou erro, falta de técnica jurídica por parte do Poder Constituinte Originário-PCO.

Nesse diapasão, para Ricardo Russell Brandão Cavalcanti, a natureza jurídica da expressão transitória tem a finalidade de estabelecer um ponto entre o ordenamento jurídico anterior com o novo ordenamento jurídico criando pela Constituinte, senão vejamos,

Desse modo, acreditamos que quando o constituinte originário utilizou-se da expressão “transitória”, ele quis dizer que as referidas normas buscavam a transição de um ordenamento jurídico para outro, uma vez que a Constituição de 1988, decorrente do poder Constituinte originário, que como sabemos é autônomo, fez com que passássemos a ser regidos por outra ordem jurídica totalmente desvinculada da Constituição anterior.

Ele não está sozinho nessa definição, também filia a essa corrente o Doutor Luis Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, “a influência do passado com o presente, a positividade que se impõe com aquela que se esvai” (BARROSO, 1993, p.310).

Nos socorrendo a outro autor, agora francês, Paul Roubier 1999, as disposições transitórias “têm por finalidade estabelecer um regime intermediário entre duas leis, permitindo a conciliação das situações jurídicas pendentes com a nova ordem legislativa”.

Para o ilustre professor José Afonso da Silva o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são consideradas regras de aplicabilidade do novo texto constitucional, “

Elementos formais de aplicabilidade, são os que trazem as regras da constituição, como o preâmbulo e a ADCT”.

Assim, temos que sua finalidade é realizar a compatibilização entre a constituição anterior e a novo, isto porque, embora as características do poder constituinte originária é poder ilimitado e não subordinado, seria impossível e inaplicável o absoluto rompimento entre as duas ordens jurídicas, afinal entre o ontem e o amanhã, as escolas, postos de saúde, hospitais e todos os outros serviços públicos precisam a funcionar.

Com essa finalidade é bastante salutar o disposto no Art. 19, do ADCT ao estabelecer que os servidores publicados com mais de 5 (cinco) anos de serviço na data de sua promulgação se tornariam efetivados.

Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

[...]

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

Realizando assim, a compatibilização com o disposto no Art. 37, inciso II, do texto principal, da Constituição de 1988, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Por derradeiro, podemos concluir que chegamos em uma explicação bastante lógica e razoável a cerca na natureza jurídica dos atos das disposições constitucionais transitórias, porém ainda não respondeu o objeto central do trabalho.

Isto porque a regulamentação da licença paternidade em 5 (cinco) dias estabelecida no ADCT pode ser entendida como a compatibilização de uma mudança de paradigma entre a sociedade brasileira patriarcal e a busca de uma nova sociedade agora fincada no poder familiar.

Porém, o texto principal da constituição determinou que lei posterior viesse a regulamentar esse direito, o que até hoje não existe, conforme veremos oportunamente, o que induz estarmos vigente em um estado de direito mínimo, totalmente descompassado com a realidade brasileira atual, o que nos motiva a combater essa omissão deliberativa do Congresso Nacional.

2.4 A prorrogação de licença paternidade em outros entes da federação

Em pesquisa realizada em vários entes da federação foi verificado que o tema prorrogação da licença paternidade é recorrente e em algumas unidades com a obtenção de êxito na aprovação e regulamentação

Com efeito, a Lei Municipal Fluminense nº 4.840, de 27 de maio de 2008, autoriza a concessão de prorrogação da licença paternidade em caso de adoção em mais 2 (dois) dias, conforme Art. 2º, §2º, a saber:

Art. 2º O servidor público municipal terá direito à licença maternidade e paternidade a partir da data da adoção.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, quando se tratar de adoção de dois ou mais

filhos, concomitantemente, o prazo de licença maternidade será acrescido de sessenta dias, e de dois dias, o de licença paternidade. (original sem grifo).

Embora possamos tecer críticas pelos requisitos impostos lei, ou seja, no caso de adoção de dois ou mais filhos e conceder, a nossa ver, apenas mais dois dias na licença paternidade, temos uma evolução, algo a mais além do mínimo existencial fixado pelo texto constitucional.

Porém no ano de 2015, por meio de Emenda Constitucional Estadual foi fixado o prazo de 30 (trinta) dias de licença paternidade, mesmo em caso de perda gestacional da esposa ou companheira.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 63, DE 2015

Art. 3º - O artigo 83, inciso XIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 83[...]

XIII - licença-paternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 30 (trinta) dias, mesmo em caso de perda gestacional da esposa ou companheira; (NR)"

[...]

Art. 5º - O artigo 92, inciso VI, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 92[...]

VI - licença-paternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 30 (trinta) dias, mesmo em caso de perda gestacional da esposa ou companheira; (NR)"

No caso, a legislação declara o direito a licença paternidade em 30 (trinta) e ainda estabelece uma garantia que mesmo no caso de perda gestacional será concedido a licença.

Isto porque, no caso do nascimento com vida o pai terá os cuidados com o filho recém nascido, porém se nascer sem vida, também chamado pela legislação de natimorto, o abalo psicológico será enorme, e que por óbvio o tempo não eliminará a sofrimento do pai, porém faz-se necessário como forma do seu restabelecimento emocional para poder voltar ao trabalho.

Outro exemplo de legislação que trata sobre concessão de licença paternidade além do estabelecido no CRFB/88, é Lei Municipal de São Paulo-SP, que estabelece em seu artigo primeiro o prazo de 6 (seis) dias, sendo que se o nascimento ocorrer após o término do expediente se dado o início da licença no dia seguinte.

Mais uma vez é preciso reder críticas ao nobre Poder Legislativo de se debruçar sobre o tema e ao regulamentá-lo fixar o período de um dia a mais do previsto no texto constitucional, data vênua, chega a ser um desprestígio levando-se em consideração a relevância e importância do assunto.

Em Fortaleza-PE um vereador do PSOL propôs projeto de lei municipal para a ampliação da licença paternidade para 30 (trinta) dias e em sua justificativa apresenta argumentos bastante sólido na necessidade da ampliação, senão vejamos:

A ampliação da licença paternidade de 10 para 30 dias para os servidores públicos municipais de Fortaleza intenta dar passos na superação dos grandes prejuízos que a atual legislação acarreta para os casais com filhos. A alteração proposta busca favorecer e estimular a ampliação do vínculo entre o pai e a criança e a divisão do trabalho entre o pai e a mãe nas tarefas de cuidado, tirando a sobrecarga da mulher e colaborando para a garantia da saudável vivência e laços tão necessários nos primeiros meses das crianças, além de garantir ao pai a convivência com o filho nesses momento de profundo afeto. (ALFREDO, 2014).

Como se pode observar os argumentos de justificação permeiam a isonomia entre mãe e pai, a grave violação social da ausência do pai junto aos primeiros dias de nascimento do filho e consequentemente a sobrecarga de trabalho da mulher para cuidar de si mesmo e do nascituro.

Para o Presidente da Sociedade Brasileira de Pediatria Dr. Dioclécio Campos Jr,

vem na corrente evolutiva da sociedade, numa fase em que o papel do homem como provedor único está ultrapassado. Hoje, pai e mãe têm esta responsabilidade e é preciso compartilhar também o papel no cuidado com os filhos. [...] É uma conquista para o homem, porque passa a vivenciar mais o ambiente afetivo, aumenta sua participação no grupo social primeiro da vida da criança. (JUNIOR, 2008).

Segundo, é uma conquista do homem busca de forma plena a ampliação da licença paternidade, porém que ganhará será toda a família e principalmente o filho recém nascido.

2.5. Pseudo regulamentação da prorrogação de licença paternidade

O Congresso Nacional em um enorme esforço na tentativa de solucionar a falta de regulamentação de um direito básico sancionou a Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016, que dispõe sobre as Políticas Públicas para a Primeira Infância e altera vários diplomas legais neste contexto.

Ao analisar o texto da lei, bem como seu próprio preâmbulo verificamos se tratar de um diploma legal que visa regulamentar várias leis e decretos relacionados como políticas públicas voltadas para a primeira infância, sendo assim, buscaremos se ater aos dispositivos concernentes ao objeto do trabalho em tela, senão vejamos,

LEI Nº 13.257, DE 8 DE MARÇO DE 2016.

Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012.

O tema é antigo no âmbito do Congresso Nacional e institui o marco regulatório da primeira infância, porém não contempla todos os brasileiros, conforme verificaremos oportunamente.

Ao verificarmos o Art. 38, da Lei 13.257, de 2016, ele traz nova redação aos Art.ºs 1º, 3º, 4º e 5º, da lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008, que institui o Programa Empresa Cidadã.

Desse modo, analisaremos ponderadamente os dispositivos inovados pelo nova legislação, a começar pelo disposto no inciso II, do Art. 1º, nova redação, conclui sim se tratar da regulamentação do dispositivo constitucional estabelecido no ADCT referente a licença paternidade, *in verbis*:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:
[...].

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com efeito, se o legislador regulamentou a §1º, do Art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porém o fez no âmbito das empresas que aderiram ou venham a aderir o programa empresa cidadã.

Assim, o Estado concede um direito ao empregado pai de filho recém nascido, porém outorga a um requisito condição indispensável do direito, vale dizer, a adesão da empresa a programa, o que em última análise se a empresa não aderir ao programa poderá gerar uma quebra na relação de confiança em empregado e empregador, contrariando a nosso ver, o dispositivo constitucional estabelecido no §7º, do Art. 226,

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado

propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Portanto, não há o que se olvidar que o próprio *caput* do artigo 226 afirma literalmente que a família é a base da sociedade e que tem proteção especial do Estado, não competindo a ele, do contrário senso, estabelecer regra que dificultam o exercício de um direito.

Mais a seguir, o §7º estabelece que compete ao Estado proporcionar recurso educacionais e científicos para o exercício deste direito, o que vai de encontro a determinação e transferir a responsabilidade da aquisição de um direito somente aos empregados da empresas filiadas ao programa empresa cidadã.

Posteriormente, no inciso II, do §1º, do mesmo artigo, estabelece as condições para o gozo da prorrogação da licença paternidade, reforçando a necessidade do empregado ser de pessoa jurídica que aderir ao programa, a saber:

§ 1o A prorrogação de que trata este artigo:

[...].

II - será garantida ao empregado da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que o empregado a requeira no prazo de 2 (dois) dias úteis após o parto e comprove participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável.

Como se vê, os requisitos vão além do empregado ser de pessoa jurídica que aderiu ao programa empresa cidadã, é necessário ainda requer a prorrogação dois dias após o parto e comprovar participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável.

Dessa forma, a legislação não só restringue o alcance da lei, vale dizer, da prorrogação da licença-paternidade, como também parte de uma premissa de que todos os pais são irresponsáveis, ao passa de determinar cláusula de barreira para o pleno exercício do direito.

No parágrafo segundo do mesmo artigo, rendemos nossas homenagens ao legislador, pois ele foi muito feliz ao estabelece-lo, pois deu tratamento isonômico a licenças decorrentes de filhos biológicos ou não,

Art. 1º.[...]

[...]

§ 2o A prorrogação será garantida, na mesma proporção, à empregada e ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.” (NR)

Outra garantia importante estabelecida na lei foi a manutenção dos salários aos empregados durante o período em que estiverem em licença paternidade,

“Art. 3o Durante o período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade:

[...].

II - o empregado terá direito à remuneração integral.” (NR).

Já o parágrafo quatro determina que os pais não poderão exercer outra atividades remunerada e a criança deverá ser mantida sob seus cuidados sob pena de perde da prorrogação da licença.

Embora não diretamente relacionado com o objeto do trabalho, o Art. 5º possibilita ao empregador o desconto do imposto devido o valor correspondente ao direito de afastamento do empregado, *in verbis*:

“Art. 5o A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada e do empregado pago nos dias de prorrogação de sua licença-maternidade e de sua licença-paternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

Nesse diapasão, a lei que regularia o direito a licença paternidade existe, mas o que era um direito social constitucional previsto no ADCT e abrangente a todos os brasileiros, agora

apenas será concedido aos empregados que trabalham nas empresa que fazem parte ou aderirem ao Programa Empresa Cidadã.

De um modo geral, há uma regulação tardia e que se aplica a um grupo muito específico de brasileiros, porém, ao se indagar se pretensões do Legislador Originário foram almejadas, ou seja, se foi realmente vencido o estabelecido na sociedade patriarcal pré 1988, vê-se que não o que fatalmente refletirá em ações judiciais que buscarão o mesmo tratamento dispensado aos empregados de pessoas jurídicas filiadas ao Programa Empresa Cidadã.

Acreditamos, que o pai tem o direito ao pleno exercício da paternidade, como direito social trazido na CRFB/88, ao passo que negar esse direito ou mesmo criar cláusulas de barreiras ao seu exercício é o mesmo que segregar pais e filhos de uma iniciação à vida de forma saudável e harmoniosa, causando um dano irreparável à família e à sociedade.

3. Conclusão

O presente estudo visou em um primeiro momento analisar há necessidade ou não licença paternidade garantida no Art. 7º, XIX, do texto constitucional e precariamente regulamentado no §1º, do Art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nesse interim, verificamos que várias fatores tangenciam o pós parto alguns no âmbito das relações sociais entre o casal e a criança e outro no campo jurídico que repercutem diretamente na vida da família.

Com efeito, há várias alterações na vida do casal que permeiam o nascimento de uma filho, isto porque deverão dedicar suas vidas em função de um outro ser humano, totalmente dependente e frágil, ademais durante o parto a mãe passa por um processo psico-fisiológico chamado de puerpério podendo desencadear alguns transtornos psiquiátricos como a disforia puerperal, a depressão pós parto e a psicose pós parto, sendo indispensável a presença do pai junto a família.

Embora não esperado por ninguém essas alterações podem levar a mãe a vitimar o próprio filho recém nascido.

Foi verificado também que há várias entes da federação que no âmbito de suas competências legislativas ampliaram a licença paternidade, rompendo com o mínimo existencial estabelecido no ADCT, o que corrobora com a necessidade de ampliação aqui almejado.

O estudo mostrou que a atmosfera em que o dispositivo constitucional foi criado era a mudança de paradigma entre uma sociedade patriarcal, onde todas as responsabilidades familiar corriam por conta da mulher e que o homem tinha o compromisso de provar a subsistência familiar, retrato de uma sociedade em nada condizente com os dias atuais.

Nesse contexto, embora a licença paternidade foi elevada ao patamar constitucional, já que não há correspondente nas constituições anteriores, sua regulamentar foi deferido e precariamente fixado em 5 dias, conforme já exposto.

Em um primeiro momento, apesar das possíveis críticas, entendeu o Legislador Originário não ter o tema a urgência necessário para o momento pré constituição de 1988, porém, não é admissível que após mais de 28 (vinte e oito) o Congresso Nacional não ter sido capaz de regulamentar o tema de forma plena.

A Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã tem um viés isonômico, declarando que todo poder emana do povo, e que embora no ponto de vista formal, há várias passagens onde esta claro essa intenção.

Nesse mesmo sentido, homem e mulheres gozam dos mesmos direitos e deveres, e no nosso caso trazemos alme o disposto no artigo 226, onde em seu parágrafo 5º, taxativamente determina que os direitos e deveres são igualmente exercidos pelo casal.

Então, neste momento, já se rompeu com a sociedade pré 1988 e foi suplantado uma nova concepção familiar – o poder familiar.

Em verdade, conforme estudo em tela, uma das principais funções do ADCT é justamente estabelecer uma ponte entre os regimes, preparar o terreno para uma nova ordem jurídica.

Isso posto, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016, que institui o Marco Regulatório de Políticas Públicas para a Primeira Infância, ao realizamos a análise jurídica pormenorizada dos dispositivos legais verificamos a regulamentação da licença paternidade estabelecida no ADCT prorrogando-a em mais 15 (quinze) dias.

Porém, a prorrogação de que trata a lei somente se aplica aos empregados de pessoas jurídicas que aderir ao Programa Empresa Cidadã, o que além de restringir o alcance da norma e não atender o idealizado pelo Legislador Originário, tem um viés notadamente governamental e se afasta da real necessidade de se regulamentar de forma plena o exercício da paternidade, no qual rendemos nossas críticas.

Portanto, seja do ponto de vista social e familiar, seja do ponto de vista jurídico foi demonstrando a necessidade tardia da ampliação de licença paternidade como forma de atender uma intenção do Legislador Originário e principal garantir o pleno exercício da paternidade garantindo um equilíbrio na composição de divisão dos deveres e responsabilidades familiar, cumprindo assim o Estado com o seu papel de regulamentar políticas públicas de proteção a família e a sociedade com um todo.

4. – Referênci**a** bibliográfica

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 14 de Mar de 16.

ADCT: função e interpretações práticas, Ricardo Russell Brandão Cavalcanti, Defensor Público Federal. Professor Universitário. Especialista em Direito Público Pela FMN. Mestrando em Direito Processual pena Unicap. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457, Acesso em 14 de mar de 16.

Nucci, Guilherme de Souza, **Estado Puerperal**. Conceito. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/757/Estado-puerperal>, Acesso em 14 de Mar de 16.

Lei Municipal nº 4.840, de 27/05/2008, do Rio de Janeiro, Disponível Em : <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/bff0b82192929c2303256bc30052cb1c/f9360615dc7789dc032576ac00727a5d?OpenDocument>. Acessado em 03/05/2016.

Lei Municipal nº 10.726, de 08/05/1989, de São Paulo, Disponível Em http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/110726_1322596323.pdf Acessado em 03/05/2016.

Emenda Constitucional a Constituição do Estado de Rio de Janeiro nº 63/2015, disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/01017f90ba503d61032564fe0066ea5b/4e7e73ad6fc527bf83257f220066be8b?OpenDocument> Acessado em 03/05/2016.

Monia de Melo, Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos%20humanos.pdf>. Acesso em: 26 de Set de 2016.

Cantilino A. Depressão pós-parto: prevalência, pensamentos disfuncionais e comorbidade com transtornos ansiosos [tese]. Recife: Universidade Federal de Pernambuco; 2009 **Transtornos psiquiátricos no pós parto.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rpc/v37n6/a06v37n6.pdf>, acesso em 27 set 2016

CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão. ADCT: função e interpretações práticas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457>. Acesso em set 2016. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457. Acesso em: 28 de Set de 2016.

Transitório, Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/transitorio>, Acesso em: 29 de Set de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O DIREITO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DE SUAS NORMAS**. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

SILVA, José Afonso da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. São Paulo: Malheiros, 2005.

Joao Alfredo. Disponível em: < <http://joaoalfredopsol.com.br/2014/11/joao-alfredo-apresenta-emenda-que-amplia-a-licenca-paternidade-dos-servidores-municipais-para-30-dias/>>. Acesso em: 05 de Out de 2016.

Dioclécio Campos jr SBP. Disponível em: < <http://www.sbp.com.br/arquivo/licenca-paternidade-ampliada/>. > Acesso em: 05 de Out de 2016.

Dioclécio Campos jr SBP. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82779-ratificada-liminar-que-ampliou-licenca-paternidade-para-magistrados-e-servidores> . > Acesso em: 05 de Out de 2016.

STF, Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347> . > Acesso em: 05 de Out de 2016.

Lei 13257, de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm . > Acesso em: 05 de Out de 2016.

FRANCA, Maria Regina Castanho. Famílias homoafetivas. **Rev. bras. psicodrama**, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 21-33, 2009. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-53932009000100003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 18 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Família Normal?**. Disponível em <[http://mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_697\)10__familia_normal.pdf](http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_697)10__familia_normal.pdf)>. acessos em 19 out. 2016

DIAS, Maria Berenice. **Família Homoafetiva**. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf,>. acessos em 19 out. 2016

OLIVEIRA, Amurabi. **Diferença e educação a partir de um olhar queer**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2013000100020>. acessos em 19 out. 2016

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. **ANS publica resolução para estimular parto normal na saúde suplementar**. Publicado em: 06/01/2015. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/2718-ministerio-da-saude-e-ans-publicam-resolucao-para-estimular-parto-normal-na-saude-suplementar>>. acessos em 19 out. 2016