



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
JOSEANE NOSCHANG BATTISTELLA

DA POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI

Palhoça
2015

JOSEANE NOSCHANG BATTISTELLA

DA POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof.^a Carolina Giovannini Aragão de Santana, Esp.

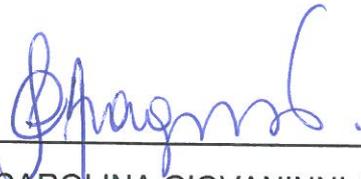
Palhoça
2015

JOSEANE NOSCHANG BATTISTELLA

DA POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 01 de julho de 2015



Prof. e orientador CAROLINA GIOVANINNI ARAGÃO DE SANTANA, ESP.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. DENIS DE SOUZA LUIZ, ESP.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. PATRICIA DE OLIVERA FRANÇA, MSC.

Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

DA POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 10 de junho de 2015.

JOSEANE NOSCHANG BATTISTELLA

RESUMO

Com o advento da Revolução Industrial, a mulher ingressou no mercado de trabalho. Diante das injustiças sofridas pelas mulheres nas indústrias, surgiram as primeiras leis de proteção ao trabalho da mulher. Com o passar dos anos, as normas protecionistas perderam a razão de existir, tornando-se discriminatórias, sendo justificáveis apenas as de proteção à maternidade. Primeiramente, a licença-maternidade tinha como destinatária apenas a empregada gestante. Em consonância com o § 6º, art. 227, da Constituição Federal, que proíbe a diferenciação entre filhos biológicos e adotivos, estendeu-se tal benefício às mães adotantes e que obtêm guarda judicial. Posteriormente, em razão do princípio da isonomia e da proteção integral da criança e do adolescente, a licença-maternidade passou a ser concedida a qualquer segurado que adotar ou obter guarda judicial, independentemente do sexo ou estado civil. A mesma lei também possibilitou a transferência do benefício previdenciário para o pai, no caso de falecimento da mãe. Em contrapartida a licença-paternidade ainda não foi regulamentada, garantindo ao pai apenas cinco dias para estar com seu filho.

Palavras-chave: Licença-maternidade. Licença-paternidade. Princípio da isonomia.

LISTA DE SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial da Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 DO DIREITO DO TRABALHO	09
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	09
2.2 PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER NO DIREITO COMPARADO	13
2.3 DA PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER	16
3 DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO DIREITO DO TRABALHO	23
3.1 DA LICENÇA-MATERNIDADE	23
3.1.1 Destinatárias da licença-maternidade	24
3.1.2 Duração da licença-maternidade	25
3.1.3 Licença-maternidade na adoção	26
3.2 DA AMAMENTAÇÃO	27
3.2.1 Da amamentação após a licença-maternidade	27
3.3 ABORTO	28
3.4 ESTABILIDADE PROVISÓRIA, DISPENSA, REINTEGRAÇÃO E INDENIZAÇÃO .	29
3.5 SUSPENSÃO OU INTERRUPTÃO DO CONTRATO DE TRABALHO?	31
3.6 DA LICENÇA-PATERNIDADE	32
4 DA EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI NO CASO DE MORTE OU IMPOSSIBILIDADE DA MÃE	35
4.1 A ISONOMIA CONSTITUCIONAL	35
4.1.1 Em busca da igualdade entre homens e mulheres no Direito do Trabalho	37
4.2 DA APLICAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI NO CASO DE MORTE OU IMPOSSIBILIDADE DA MÃE	39
4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA CONCESSÃO DE FORMA ISONÔMICA DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI	43
5 CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico trata da possibilidade de extensão da licença-maternidade ao pai, com fundamento nos princípios da isonomia e da proteção integral da criança e do adolescente.

A análise proposta no presente estudo recai sobre o benefício das licenças maternidade e paternidade, assim como os avanços trazidos pela norma e pela jurisprudência.

A problematização envolve saber se o pai de recém-nascido, cuja mãe falece durante o parto ou enquanto estiver em pleno gozo da licença-maternidade, tem direito à licença proporcional. Da mesma forma, nos casos em que a mãe fica impossibilitada de usufruir a licença por motivos de saúde. Também serão analisados os casos de pais solteiros e casais homoafetivos masculinos adotantes.

Portanto, o trabalho apresenta algumas hipóteses em que o homem terá direito à licença-maternidade em substituição à mãe.

O objetivo geral do trabalho é verificar se o pai será beneficiado com a licença-maternidade concedida originalmente apenas à mãe, no caso de esta vir a faltar.

A relevância do tema deve-se ao fato de a família, e a sociedade como um todo, estarem sempre evoluindo, ao tempo que o legislador não consegue acompanhar tais mudanças, cabendo aos juristas o papel de analisar o caso concreto, sem ignorar o desenvolvimento social.

Através desse estudo tomaremos conhecimento sobre a evolução do instituto, buscando os princípios embaixadores desse direito, sua ampliação à mãe e ao pai adotante até os recentes julgados.

Baseado em decisões recentes fundamentadas, principalmente, nos princípios constitucionais, levando em conta tanto as necessidades da criança, o princípio da dignidade da pessoa humana, quanto o princípio da isonomia, buscando garantir direitos iguais ao homem e à mulher.

Importante mencionar que o tema tratado no presente trabalho monográfico, mormente no tocante ao último capítulo de desenvolvimento, possui escassez bibliográfica, sendo difícil encontrar doutrinas atualizadas que tratem do assunto. Dentre os doutrinadores aqui utilizados, estão: Alice Monteiro de Barros, Arnaldo Süssekind, Maria Inês Moura S. A. da Cunha, Pedro Paulo Teixeira Manus,

Victor Mozart Russomano, Mauricio Godinho Delgado, dentre outros não menos importantes.

O método de abordagem utilizado nessa pesquisa, quanto ao pensamento, é o dedutivo, pois parte de conceitos gerais para chegar-se a um problema específico. Já quanto à natureza, o método de abordagem utilizado é o qualitativo, pois busca analisar conceitos.

O presente trabalho foi dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro a introdução, três capítulos de desenvolvimento, e o último a conclusão.

No segundo capítulo, iniciaremos falando do direito do trabalho e sua evolução histórica, com a inserção da mulher no mercado de trabalho e os avanços trazidos pela Constituição de 1988. Depois, trataremos da proteção do trabalho da mulher no direito comparado e no Brasil, mostrando as normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais protecionistas, bem como Tratados e Convenções ratificados pelo Brasil.

O terceiro capítulo trata da proteção à maternidade no Direito do Trabalho, fazendo um estudo acerca do instituto da licença-maternidade e seus desdobramentos: quem são as destinatárias desse benefício, sua duração, o tratamento dado pela lei nos casos de aborto e adoção, como fica o contrato de trabalho, a amamentação, e a estabilidade provisória. Por fim, uma análise acerca do instituto da licença-paternidade.

No quarto e último capítulo do desenvolvimento, examinaremos as hipóteses em que a lei ou, na falta desta, a jurisprudência estende ao pai a licença-maternidade em virtude da ausência da figura materna no seio familiar. Para tanto, discorreremos acerca do princípio constitucional da isonomia, assim como os demais princípios que fundamentam essas decisões.

Por fim, alcançamos o entendimento de que devemos buscar a aplicação efetiva do princípio da isonomia, a igualdade entre homens e mulheres no Direito do Trabalho, de modo que os pais possam gozar de tempo razoável com seus filhos.

2 DO DIREITO DO TRABALHO

Inicialmente, cabe fazer um estudo acerca da evolução histórica do Direito do Trabalho para entender como surgiram as leis trabalhistas e as normas de proteção ao trabalho da mulher, que ingressou no mercado de trabalho a partir da Revolução Industrial, tendo que enfrentar condições de trabalho desumanas. Em seguida, um estudo acerca dessas normas protecionistas no Brasil e no mundo.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Embora o Direito do Trabalho como ciência e como lei seja recente, o trabalho em si data da pré-história, tendo basicamente nascido com o homem. A necessidade fez com que o ser humano buscasse meios de saciar a fome e assegurar sua própria defesa. (RUSSOMANO, 2002, p. 21).

Inicialmente, as famílias trabalhavam em benefício do seu próprio sustento. Posteriormente, surgiu o sistema de trocas e passou-se a fazer uso do trabalho alheio para o próprio proveito. (RUSSOMANO, 2002, p. 22).

Na Antiguidade Clássica, predominava o regime da escravatura. Também havia trabalho livre, que se distinguia da escravidão por ser intelectual e, geralmente gratuito, cabendo o trabalho braçal apenas aos escravos. Os historiadores não discordam em afirmar que as civilizações antigas foram estruturadas basicamente no trabalho escravo. (CUNHA, 2009, p. 2).

Na Idade Média, foi instituído o colonato; o regime da escravidão foi dando lugar, aos poucos, ao sistema de servidão. Os servos eram obrigados a permanecerem nos feudos até a morte, em troca da proteção dos senhores feudais. (CUNHA, 2009, p. 4).

Ainda na Idade Média surgiram as corporações de ofício, que consistiam em associações de produtores dotados de qualificação profissional e liberdade pessoal. Era o princípio da execução prática do trabalho livre. A relação entre empregado e empregador passou a ser regida por contrato, colocando-se um frente ao outro para discutirem as condições de trabalho, com base nas cláusulas contratuais. (RUSSOMANO, 2002, p. 25).

A partir do Século XVI, as corporações entraram em declínio, sendo abolidas definitivamente na França em 1789, com a Revolução Francesa, e na

Inglaterra, a partir do século XVII, fato esse que possibilitou o ingresso da mão de obra nas indústrias. (CUNHA, 2009, p. 13).

Com o advento da máquina a vapor e a conseqüente produção em larga escala, surgiu a figura do assalariado; era o começo da Revolução Industrial. (GOMES; GOTTSCHALK, 2003, p. 1).

Alguns doutrinadores consideram a Revolução Industrial o momento histórico de maior importância para o Direito do Trabalho.

Gomes e Gottschalk (2003, p. 2) consideram que a reação dos trabalhadores às condições adversas geradas pela Revolução Industrial foi o principal fator para a formação do Direito do Trabalho.

Nessa época imperava o liberalismo econômico, e, em decorrência dos ideais liberais, o Estado era omissivo nas relações individuais, buscando garantir a autonomia da vontade. (MANUS, 2005, p. 26).

Em decorrência disso, as relações de trabalho não eram regulamentadas pelo Estado, deixando os trabalhadores em situação de abandono. As condições de trabalho eram desumanas, não se respeitavam os direitos básicos do trabalhador: operários trabalhando por longas jornadas desgastantes e por salários ínfimos, crianças e mulheres exploradas e precárias condições de segurança e saúde. (MANUS, 2005, p. 27).

O envelhecimento da taxa salarial, o prolongamento da jornada de trabalho, o livre jogo da lei da oferta e da procura, o trabalho do menor de seis, oito e dez anos, em longas jornadas, e o da mulher em idênticas condições criaram aquele estado de *détresse sociale* de que nos fala Durand, no qual as condições de vida social se uniformizaram no mais ínfimo nível. (GOMES; GOTTSCHALK, 2003, p. 2).

Maria Inês Moura S. A. da Cunha (2009) considera que um fator importante para obrigar homens, mulheres e crianças a trabalharem nas indústrias nessas condições, seria a necessidade econômica.

A identidade de condições de vida cria sólidos laços de solidariedade entre os membros do grupo social oprimido. [...] Indivíduos colocados em condições de vida semelhantes tendem sempre ao associacionismo, e com tanto mais força atrativa quanto mais precárias sejam suas condições de existência. (GOMES; GOTTSCHALK, 2003, p. 2).

Dentre outros fatores concorrentes para o desenvolvimento do Direito do Trabalho está, sem dúvida, o mais marcante, o associacionismo dos trabalhadores gerado a partir da Revolução Industrial. (GOMES; GOTTSCHALK, 2003).

No começo do século XIX, surgem as primeiras normas trabalhistas na Europa, relativas ao reconhecimento dos sindicatos (Inglaterra, 1824), ao direito de greve (França, 1864), ao seguro social, (Alemanha, 1881) e aos acidentes de trabalho (Itália, 1883; Alemanha, 1884). (RUSSOMANO, 2002, p. 29).

Em 1919, foi assinado por diversos países, em Genebra, o Tratado de Versalhes, o qual permitiu a universalização dos direitos dos trabalhadores, principalmente por ter criado a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que abriu portas para a celebração de tratados sobre a matéria entre os Estados. (RUSSOMANO, 2002, p. 29).

O Tratado de Versalhes preconizava nove princípios gerais relativos à regulamentação do trabalho, sendo que a OIT era destinada à execução dos nove princípios. (RUSSOMANO, 2002, p. 29).

O Estado passou a intervir fortemente nas relações empregado-empregador. Período em que os direitos básicos dos trabalhadores passaram a ser respeitados universalmente e o governo criou mecanismos para impedir abusos nas relações de trabalho. (MANUS, 2005, p. 28).

No Brasil, os ideais liberais também influenciaram na construção dos direitos trabalhistas até 1930, época em que as associações eram proibidas e fortemente combatidas. Após esse período, quando começaram a ser permitidas as associações de trabalhadores, foram criados os primeiros sindicatos, com o objetivo de defender os interesses dos trabalhadores brasileiros. E o modo de solução de conflitos passou a ser pela negociação direta. (MANUS, 2005, p. 30 e 31).

As primeiras relações de trabalho no Brasil começaram em 1500, com a exploração dos povos indígenas que aqui habitavam, pelos portugueses.

A Constituição de 1824, no período do Império, foi a primeira legislação a tratar da matéria no país: proibia as corporações e assegurava a liberdade de trabalho. Após isso, algumas leis especiais foram publicadas relativas ao contrato de trabalho. Em 1850, foi então promulgado o Código Comercial, estabelecendo normas sobre o aviso prévio, enumeração dos motivos ensejadores da justa-causa, indenização por acidente de trabalho, entre outras coisas. (RUSSOMANO, 2002, p. 30).

Um marco importantíssimo na história do Brasil foi a abolição da escravidão, em 1888, pela Lei Áurea.

Em 1891, foi regulamentado o trabalho dos menores de doze a dezoito anos. Em 1903 e 1907, decretou-se a Lei Sindical Rural e a primeira Lei Geral dos Sindicatos. Em 1919, foi prolatada a primeira Lei de Acidentes do Trabalho. Em 1922, presenciou-se a criação dos Tribunais Rurais. Em 1923, teve-se uma nova etapa no Direito brasileiro: foi o início da Previdência Social, com a instituição de Caixas de Aposentadoria e Pensões. Na reforma constitucional de 1926, o legislador atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre o Direito do Trabalho. E em 1927, foi publicado o Código de Menores, proibindo o trabalho aos menores de doze anos, e aos menores de catorze anos em praça pública. (RUSSOMANO, 2002, p. 31).

A partir da Revolução de 1930, começou a atual fase do Direito do Trabalho no Brasil, merecendo destaque a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. (RUSSOMANO, 2002, p. 31).

Antes da Constituição de 1934, o Governo Provisório editou diversas leis sobre acidentes do trabalho, proteção ao trabalho da mulher, nacionalização do trabalho, Justiça do Trabalho, organização sindical e convenções coletivas. (RUSSOMANO, 2002, p. 32).

A primeira Lei Geral do Trabalho foi a Lei nº 62 de 05/06/1935. E no regime do Estado Novo, em 01 de maio de 1943, foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho. (NASCIMENTO, 2012, p. 107).

Com o advento da Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho foi incluída entre os órgãos do Poder Judiciário Federal; e direitos que antes eram ignorados, passaram a ser reconhecidos: como o direito de greve, ampliação do direito à estabilidade e à antiguidade do trabalhador rural, repouso remunerado nos domingos e feriados, assistência médica às gestantes. (RUSSOMANO, 2002, p. 32 e 33).

E, em 05 de outubro de 1988, nossa Carta Magna trouxe novas garantias ao trabalhador: reforçou a competência normativa da Justiça do Trabalho, equiparou o trabalhador rural ao urbano, estendeu a proteção dos empregados ao trabalhador avulso, passou a tratar da despedida sem justa causa, ressaltou a importância das negociações coletivas, declarou a total autonomia dos sindicatos com relação ao Poder Executivo, dentre tantas outras inovações. (RUSSOMANO, 2002, p. 33).

Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 803) afirma que a Constituição de 1988 acabou com as discriminações e restrições da mulher no mercado de trabalho, mesmo que justificada a proteção especial. Inclusive revogando artigos da CLT, que sob o “*manto tutelar*”, eram notoriamente discriminatórios.

2.2 PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER NO DIREITO COMPARADO

Com o advento da Revolução Industrial, a mulher foi inserida no mercado de trabalho. Desde então, uma das metas tem sido homogeneizar o ambiente de trabalho.

Começaram, então, a surgir as primeiras normas de proteção às mulheres empregadas. Proibia-se o trabalho em locais perigosos e com o uso de substâncias nocivas para os trabalhadores do sexo feminino. Com relação ao trabalho noturno, houve discussões, sendo que alguns países optaram por proibi-lo para ambos os sexos. (BARROS, 1995, p. 240).

A jornada parcial, difundida entre as mulheres após a segunda guerra mundial, foi aplicada principalmente na Suécia e Dinamarca, apoiadas nas Convenções Coletivas que, em sua maioria, só permitiam o trabalho em tempo parcial em atividades tipicamente femininas. (BARROS, 1995, p. 241).

Na França, restringiu-se o trabalho que apresentasse perigo à mulher, em condições insalubres, que extrapolasse suas forças ou fosse prejudicial à sua moral. (BARROS, 1995, p. 250).

Na Espanha e em Portugal não há mais restrição ao trabalho noturno. Em Portugal, são defesas as atividades insalubres, com pesos e em subterrâneos. (BARROS, 1995, p. 250 e 251).

Em outros países da Europa e nos países latinos, proibiram o trabalho noturno, em locais perigosos, insalubres e jornadas prolongadas para as mulheres. (BARROS, 1995, p. 250).

No entanto, a discriminação por motivo de sexo continuou a acontecer no momento da admissão, promoção, no salário, entre outras condições de trabalho manifestamente desfavoráveis. (BARROS, 1995, p. 247).

Os países africanos, por exemplo, apesar de terem ratificado a Convenção nº 100 da OIT e estabelecido normas na legislação interna voltadas ao

princípio da igualdade de remuneração, apresentam dificuldades em aplicar salários iguais para homens e mulheres na prática. (BARROS, 2013, p. 905).

Nos EUA, embora haja determinação legal proibindo a discriminação em razão do sexo, e as mulheres consigam alcançar maior nível escolar que os homens, no geral, elas continuam ocupando cargos assistenciais (professora, secretária, enfermeira), que caracterizam a divisão sexista do trabalho. (BARROS, 2013, p. 909).

Nos países nórdicos, a partir de 1970, a maior parte das mulheres trabalhava no setor de serviços, cabendo aos homens outras funções. (BARROS, 1995, p. 239).

Atualmente, os países nórdicos (Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia) ocupam os primeiros lugares no ranking mundial em igualdade de oportunidades entre homens e mulheres. (RODRIGUES, 2006, p. 23).

Dentre os países industrializados, a Suécia tem um dos maiores percentuais de mulheres no mercado de trabalho. A Suécia é classificada pela ONU como o país mais igualitário do mundo com relação aos gêneros, por apresentar praticamente igualdade de distribuição entre homens e mulheres no trabalho. (BARROS, 1995, 2013, p. 239 e 928).

Com relação à maternidade, em decorrência da política de igualdade de gêneros e de incentivo à natalidade, muitos países aumentaram o salário-maternidade e o tempo de afastamento da mulher do trabalho, assim como adotaram a licença parental, que pode ser dividida entre o pai e a mãe. (MARTINS FILHO, 2012, p. 459 e 460).

Na Suécia, a licença, intitulada parental, é de 480 (quatrocentos e oitenta) dias, podendo ser dividida entre o pai e a mãe, e devendo ser usufruída até os oito anos de idade do filho, cabendo também aos adotivos. Além disso, o pai e a mãe têm mais 10 (dez) dias logo após o parto. (MARTINS FILHO, 2012, p. 464).

Na Islândia, a licença remunerada é de 90 dias, podendo ser dividida entre o pai e a mãe. E na Finlândia, pai e mãe podem dividir 158 dias. (MARTINS FILHO, 2012, p. 462)

Na Noruega, é possível escolher entre 46 (quarenta e seis) semanas de licença-maternidade com salário integral, ou 56 (cinquenta e seis) semanas com 80% do salário. (MARTINS FILHO, 2012, p. 463).

Na Dinamarca, a licença-maternidade é de 50 (cinquenta) semanas, enquanto o pai pode tirar 2 (duas) semanas de licença-paternidade. Após catorze dias do nascimento, os dois podem dividir 32 (trinta e duas) semanas de licença parental. Caso a mãe venha a falecer ou encontre-se inapta para cuidar do filho, o pai poderá usufruir desse período. Esse direito estende-se também aos pais adotantes. (SANTOS, 2011, p. 46).

Na França, a licença-maternidade é de 16 (dezesesseis) semanas, sendo geralmente 6 (seis) semanas antes do parto e 10 (dez) semanas após. Esse período pode aumentar conforme a quantidade de filhos a nascer e filhos já nascidos, parto de múltiplos e condições de saúde. Há também a licença parental, a qual ambos os pais têm direito a 3 (três) anos contados do nascimento do filho, ou da adoção, com garantia de emprego. (SANTOS, 2011, p. 43).

Quanto à amamentação, a lei francesa permite que a mãe disponha de uma hora de trabalho para amamentar seu filho, durante o primeiro ano de vida deste. (SANTOS, 2011, p. 44).

Na Espanha, o período de licença é de 16 (dezesesseis) semanas; podendo ser estendido em caso de múltiplos, parto prematuro, deficiência ou condições de saúde. Tal período pode ser gozado por ambos os pais, de maneira simultânea ou sucessiva. É concedido também no caso de adoção e acolhimento familiar. (SANTOS, 2011, p. 49).

Com relação à amamentação, a lei espanhola permite a concessão do intervalo a qualquer dos pais, em se tratando de aleitamento artificial. (BARROS, 2013, p. 871).

Além da França e Espanha, a Hungria e o Irã também diferenciam o salário-maternidade em razão do parto simples ou múltiplo. (BARROS, 2013, p. 871).

Em caso de falecimento da mãe, a Espanha, Itália, Colômbia e o Chile dão ao pai o direito de gozar do restante da licença-maternidade. (BARROS, 2013, p. 869).

Nos países escandinavos, na França, Espanha, Itália, em Portugal, e em alguns países da América, a licença-maternidade havia sido estendida aos pais adotantes muito antes do que no Brasil, fato que só ocorreu em 2013. (BARROS, 2013, p. 865).

A maior parte dos países adotou medidas de caráter protetivo à mulher em sua legislação. No âmbito internacional, diversas são as convenções que protegem a mulher trabalhadora, principalmente de proteção à maternidade, vedação do trabalho noturno e perigoso, e referente à seguridade social. (CUNHA, 2009, p. 197).

2.3 DA PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER

A partir da Revolução Industrial, quando a mulher, e também o menor, passaram a integrar o mercado de trabalho, principalmente nas indústrias, as desigualdades tornaram-se nítidas no ambiente laboral. A proteção ao trabalho feminino e do menor passou, então, a ser pauta de discussões no âmbito jurídico. Com a criação da OIT, em 1919, e depois com a criação de legislações específicas, os legisladores preocuparam-se em estabelecer normas de proteção do trabalho da mulher. (SÜSSEKIND, 2004, p. 508).

Alguns dos fundamentos para essa proteção especial basearam-se na fragilidade física da mulher, na preservação de sua moralidade e no amparo à mulher em período de gestação e quando mãe. (RUSSOMANO, 2002, p. 431).

Gomes e Gottschalk (2003, p. 405) acreditam que as características fisiológicas e anatômicas de cada trabalhador são causas consideráveis e, portanto, não podem ser esquecidas pelo legislador ao regulamentar as normas trabalhistas.

Já Maria Inês Moura S. A. da Cunha (2009, p. 198) entende que, embora os fundamentos sejam ponderáveis, o argumento da fragilidade feminina é conservador, e só aumenta o comportamento discriminatório, dificultando o acesso da mulher no mercado de trabalho.

Para Maria Inês Moura S. A. da Cunha (2009, p. 199) “as normas protecionistas somente se justificam em relação à função procriadora da mulher”, eis que a mulher possui vocação natural para a maternidade.

A proteção demasiada acabou trazendo outros problemas para as trabalhadoras, quando o empregador começou a dar preferência aos homens na hora da contratação. No caso, Gomes e Gottschalk (2003, p. 407) entendem que o excesso de proteção poderia trazer mais malefícios que benefícios, obstando o ingresso da figura feminina no mercado de trabalho.

Diante disso, os princípios de tutela especial ao mercado de trabalho da mulher, que possuem caráter protecionista discriminatório, vêm sendo repensados e riscados do ordenamento jurídico. (SÜSSEKIND et al., 2005, p. 982).

Gomes e Gottschalk (2013, p. 406) afirmam que preceitos antigos, ainda presentes no nosso ordenamento, eivados de protecionismo exacerbado revelaram-se, ao longo dos tempos, “*discriminatórios do trabalho feminino, isso em face da extraordinária emancipação cultural da mulher*”.

Sobre o assunto, Alice Monteiro de Barros (apud SÜSSEKIND et al., 2005, p. 987) afirma:

Filio-me à corrente segundo a qual a legislação protecionista não se justifica no Brasil de hoje, tendo suas raízes, também, em noções tradicionais acerca do papel da mulher na sociedade. Os motivos que a inspiram são muito conservadores e, evidentemente, poderão ser causa de discriminação no mercado de trabalho. À medida em que se acatam estas leis, ditas benignas, nem sempre, na prática, elas revertem em benefício da mulher. Ao contrário, poderão agravar a concentração de mulheres em guetos profissionais, de baixa remuneração, expondo o contingente de trabalhadoras a condições de subemprego e inferioridade.

O direito trabalhista, relacionado a outros ramos do Direito é, por si só, protecionista, devido à desigualdade existente na relação empregado-empregador. Entretanto, o legislador deu tratamento especial à trabalhadora mulher.

Em nossa Carta Constitucional, já se vislumbra no art. 5º, inciso I, a preocupação em estabelecer a igualdade entre os sexos, ao dizer que “*homens e mulheres são iguais em seus direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”. (BRASIL, 1988).

Em seguida, no art. 7º da Carta Magna, presenciamos algumas garantias constitucionais trabalhistas às mulheres: no inciso XVIII, a licença-maternidade de cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego ou salário; no inciso XX, a proteção ao mercado de trabalho da mulher, através de incentivos específicos; e no inciso XXX, a vedação de desigualdades salariais, de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. (BRASIL, 1988).

No âmbito internacional, as primeiras normas preocuparam-se em proteger a mulher em face das condições penosas de trabalho, depois, em garantir igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres. (CUNHA, 2009, p. 197).

Sobre esse aspecto, a Convenção nº 100 da OIT determinou que a empregada mulher devesse ter o mesmo salário que o empregado do sexo masculino que exerça a mesma função na mesma localidade, e a Convenção nº 111 da OIT buscou eliminar casos de discriminação contra as mulheres no emprego ou na ocupação. Ambas ratificadas pelo Brasil. (SÜSSEKIND, 2004, p. 509).

A isonomia salarial, por trabalho de igual valor, adveio do art. 427 do Tratado de Versalhes, expandido pela Convenção nº 100 da OIT, e incorporado à legislação nacional pelos artigos 5º e 461 da CLT. (SÜSSEKIND, 2004, p. 512).

Atualmente, a legislação trabalhista nacional conta com um capítulo próprio reservado à proteção do trabalho da mulher, no qual há uma seção destinada à proteção da maternidade, nos arts. 391 a 400 da CLT. (BRASIL, 1943).

A duração da jornada de trabalho da mulher é de até 8 horas diárias, a mesma que a do homem, exceto quando se estipular período inferior. Sendo de até quarenta e quatro horas semanais, de acordo com os artigos 373 da CLT e 7º, inciso XIII, da CRFB/88. (BRASIL, 1943, 1988).

O art. 373-A da CLT enumera meios discriminatórios, veda ofertas de emprego que dificultem o acesso das mulheres no mercado de trabalho, e seu parágrafo único fala das políticas de igualdade entre homens e mulheres, como medidas temporárias. (BRASIL, 1943).

A Lei nº 9.029/95 tornou crime a exigência de atestados de gravidez e esterilização para a contratação ou permanência da empregada, dentre outras práticas discriminatórias, cuja pena é de um a dois anos de detenção e multa, além das sanções administrativas. (SÜSSEKIND, 2005, p. 986).

Sendo despedida a empregada por esses motivos, ela poderá optar pela reintegração com a remuneração correspondente ao período de afastamento (corrigida), ou pelo dobro desse valor, acrescido de juros e correção monetária, sem a reintegração. (BARROS, 2013, p. 921).

A Lei nº 9.799/99 incluiu normas que vedam a discriminação da mulher no momento da contratação, proibindo anúncios de emprego que façam referência ao sexo, à idade, cor ou situação familiar. Assim como o sexo não pode ser impeditivo para a diferença salarial, nem para a formação e ascensão profissional, o empregador também não pode recusar-se a contratar, a promover, ou despedir a empregada por esse motivo. É vedado também: exigir exame ou atestado

comprovando esterilidade ou gravidez; adotar critérios discriminatórios para inscrição em concursos; realizar revistas íntimas nas funcionárias. (BRASIL, 1943).

O Brasil ratificou a Convenção nº 4 da OIT, que vedava o trabalho noturno à mulher, ressalvadas algumas exceções. Desde 1989, passou a ser aplicada a mesma regra aplicada para o homem. No entanto, ainda persiste a restrição para as grávidas no estado puerperal, por 16 semanas, em consonância com a Convenção nº 171 da OIT. (BARROS, 2013, p. 857).

As Leis nº 7.855/89 e nº 10.244/01 revogaram os artigos 374 ao 380, e o art. 387, que proibiam o trabalho feminino em subterrâneos, pedreiras, minerações em subsolos, construções e atividades insalubres ou perigosas. (BRASIL, 1943).

Na opinião de Pedro Paulo Teixeira Manus (2009, p. 193), a revogação desses artigos, ao mesmo tempo que abriu portas para as mulheres no mercado de trabalho, também colocou-as em condições de trabalho inadequadas, condições que também deveriam ser defesas aos homens.

Assim como para os homens, o trabalho noturno da mulher terá remuneração superior ao diurno em no mínimo 20%, conforme art. 381 da CLT e art. 7º, IX, da CRFB/88. (BRASIL, 1943, 1988).

Quanto aos períodos de descanso, contidos nos artigos 382 a 386, o legislador apenas reproduziu as normas gerais aplicadas aos trabalhadores em geral, com exceção do art. 384, que concedeu, apenas aos trabalhadores do sexo feminino, descanso de quinze minutos antes das horas extraordinárias. (MANUS, 2009, p. 193).

Art. 382 - intervalo interjornada de onze horas consecutivas.

Art. 383 - intervalo para refeição e repouso de no mínimo uma hora e no máximo duas horas.

Art. 384 - descanso de quinze minutos nos casos de prorrogação do horário normal de trabalho.

Art. 385 - descanso semanal de vinte e quatro horas ininterruptas, preferencialmente aos domingos.

Art. 386 - em caso de trabalho aos domingos, deverá ser feita escala de revezamento quinzenal. (BRASIL, 1943).

O art. 389 da CLT obriga as empresas a apresentarem um ambiente laboral em boas condições para a mulher: higiênico, ventilado, iluminado, seguro e confortável; mantendo instalações sanitárias adequadas; dispondo de cadeiras ou bancos, a fim de minorar o cansaço físico; fornecendo, obrigatoriamente,

equipamentos de segurança individual; e, nas empresas que exijam a troca de roupas, deverão ser fornecidos vestiários com armários individuais. (BRASIL, 1943).

O §1º do art. 389, exige que, em estabelecimentos que trabalhem mais de 30 mulheres com mais de 16 anos, deverá ser fornecido local adequado para assistir os filhos em idade de amamentação, podendo, no entanto, esses locais serem supridos por creches mantidas mediante convênio, de acordo com o § 2º do mesmo artigo consolidado. (BRASIL, 1943).

O art. 390 celetista impede que a mulher trabalhe carregando peso acima de 20kg continuamente, ou 25kg ocasionalmente, com emprego da própria força apenas. (BRASIL, 1943).

Os artigos 390-B, 390-C e 390-E da CLT, referem-se aos cursos profissionalizantes, programas especiais de incentivo e aperfeiçoamento, devendo ser oportunizados igualmente a ambos os sexos. (BRASIL, 1943).

Com relação à proteção à maternidade, o art. 10 (inciso II, alínea “b”) do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT garantiu à gestante a chamada estabilidade provisória, que vai da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, protegendo a mulher da despedida arbitrária sem justa causa. Se descumprido, tal preceito, a empregada terá direito a ser reintegrada no serviço ou, não sendo possível a reintegração, ao salário relativo ao prazo da estabilidade (Súmula 244, II, TST). (RUSSOMANO, 2002, p. 436).

O inciso III da Súmula 244 do TST garante o direito à estabilidade provisória, inclusive em contrato por tempo determinado. E o inciso I, da aludida Súmula, coloca que o não conhecimento por parte do empregador do estado gravídico de sua funcionária não obsta o pagamento da respectiva indenização.

Em consonância com o acima descrito, estão os artigos 391 e 391-A da CLT, que impedem a despedida motivada pelo estado civil ou gravidez, bem como a recusa na sua admissão pelos mesmos motivos. (BRASIL, 1943).

O auxílio-maternidade advém da Convenção nº 3 da OIT. Primeiramente, a licença era dividida em dois períodos, sendo seis semanas antes e seis semanas após o parto. Depois de 1967, passou para quatro semanas antes e oito semanas após o parto. E, a partir da Constituição de 1988, passou a ser de 120 dias. (RUSSOMANO, 2002, p. 438).

Atualmente, de acordo com art. 392 da CLT, a empregada gestante conta com licença-maternidade de 120 dias, podendo afastar-se até 28 dias antes do parto

e 91 dias após. Tal período poderá ser acrescido de duas semanas antes e depois do parto, desde que atestado pelo médico a necessidade para tanto, consoante § 2º do mesmo artigo. (BRASIL, 1943).

Até 2002, a gravidez deveria ser atestada por médico do Sistema Único de Saúde ou por serviço médico próprio ou credenciado à empresa. A partir da Lei nº 10.421/02, permitiu-se atestado médico particular, já que não há restrição no § 1º, do art. 392. (RUSSOMANO, 2002, p.440).

É garantida a mudança de função, por problemas de saúde, mediante requerimento médico, assim como a dispensa durante o horário de serviço para realizar, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames (art. 392, §4º, I e II, CLT). (BRASIL, 1943).

A licença de 120 dias também será concedida à mãe em caso de parto antecipado. E, desde a Lei nº 10.421/02, o benefício foi estendido à empregada adotante ou que obtiver guarda judicial, independente da idade da criança adotada (art. 392-A, CLT). (BRASIL, 1943).

O art. 393 da CLT garante o recebimento do salário integral durante o período da licença-maternidade, ou, quando variável, a média dos últimos seis meses de trabalho. Sendo tal benefício encargo da Previdência Social, de acordo com o art. 201, inciso III, da Constituição Federal. (BRASIL, 1943, 1988).

Em sede infraconstitucional, a Lei nº 8.213/91, que disciplina sobre os Planos de Benefício da Previdência Social, conta com seção específica ao salário-maternidade. (BRASIL, 1991)

O art. 394 da CLT assegura à empregada gestante, mediante atestado médico, o direito de rescindir o contrato de trabalho, quando este for prejudicial à gestação. Nesse caso, a empregada não tem obrigação de cumprir o aviso prévio. (BRASIL, 1943).

Em caso de aborto não criminoso, desde que comprovado por atestado médico oficial, a funcionária terá direito a duas semanas de repouso remunerado, podendo retornar à função que ocupava após esse período (art. 395, CLT). (BRASIL, 1943).

Arts. 396 a 400 da CLT - Nos primeiros seis meses de vida da criança, a empregada poderá usufruir de dois descansos de 30 minutos cada um, para amamentar seu filho, sendo que esse período poderá ser dilatado quando a saúde do filho o exigir. Para tanto, é necessário que as empresas mantenham local

adequado para amamentação. Vale destacar que esse período de descanso será computado como tempo de serviço. (BRASIL, 1943).

No âmbito penal, o crime tipificado como assédio sexual, que antes era destinado a proteger a mulher no local de trabalho, passou a ter aplicação para ambos os sexos, previsto no art. 216-A do Código Penal, que ocorre quando superior hierárquico ou ascendente no exercício de emprego, cargo ou função constrange a vítima. (SÜSSEKIND et al, 2005, p. 989).

3 DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

Trataremos agora, de forma mais específica, da licença-maternidade. Uma análise acerca do instituto e seus desdobramentos: quem são as destinatárias desse benefício, sua duração, o tratamento dado pela lei nos casos de aborto e adoção, como fica o contrato de trabalho, a amamentação, e a estabilidade provisória. Em seguida, uma análise acerca do instituto da licença-paternidade.

3.1 DA LICENÇA-MATERNIDADE

Licença-maternidade é a autorização dada à empregada para afastar-se do seu serviço por um determinado período, para exercer seu papel de mãe e cuidar do seu filho. Esse período de afastamento não pode ser descontado das férias da funcionária, deve haver o recolhimento do FGTS, e deve contar como tempo de serviço para os todos os efeitos legais. (CUNHA, 2009, p. 202).

Na concepção de Süsskind et al. (2005, p. 994), as normas de proteção à maternidade visam assegurar que a empregada “*possa cumprir normalmente sua função de mãe*”, garantindo o “*bem-estar das futuras gerações*”.

Nesse sentido:

A maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações. (BARROS, 2008, p. 1084).

Mozart Victor Russomano (2002, p. 439) entende que a licença-maternidade não visa apenas a proteção e o cuidado com a criança, mas também serve para a recuperação da gestante.

A licença-maternidade é um instituto criado com o objetivo de proteger a mulher trabalhadora na fase de sua vida em que mais precisa, e não somente isso, como também garantir o desenvolvimento saudável do recém-nascido.

O instituto surgiu a partir da Convenção nº 3 da OIT, referente à proteção à maternidade, ratificada pelo Brasil em 1934. Posteriormente, a Convenção nº 103 da OIT garantiu à empregada gestante um período de descanso mínimo de 12 semanas. Então, em 2001, a Convenção nº 183 aumentou o mínimo da licença-

maternidade para 14 semanas, passando a abranger as trabalhadoras informais, e proibiu, como a anterior, que o salário-maternidade fosse encargo do empregador. (BARROS, 2013, p. 862 e 863).

Na atual legislação pátria, a proteção à maternidade encontra-se disciplinada nos artigos 391 a 401 das seções V e VI da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. (BRASIL, 1943).

Vinculado ao período de descanso está o salário-maternidade, que a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser encargo da Previdência Social. (BRASIL, 1988).

O salário-maternidade será percebido nos 120 dias da licença em decorrência do parto, da adoção ou da guarda judicial para fins de adoção. O INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) paga diretamente às empregadas avulsas e autônomas (art. 72, §3º, 73 da Lei nº 8.213/91), e o empregador às suas empregadas, inclusive as domésticas (alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 72), exceto em caso de adoção e guarda, quando será pago pela Previdência, sendo que o empregador poderá compensar *“quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço”* (art. 72, §2º, Lei). (BRASIL, 1991).

3.1.1 Destinatárias da licença-maternidade

Como já mencionado, a mulher possui vocação natural para a maternidade, sendo, portanto, considerada a primeira beneficiária da licença-maternidade a mãe biológica, por razões fisiológicas.

A partir de 2002, o legislador estendeu o benefício à mãe adotante e à que obtém guarda judicial, direcionando a proteção ao cuidado com a criança, levando em conta o tempo que o filho deve passar com a mãe, a fim de estreitar os laços afetivos. (GARCIA, 2014, s. p.).

São destinatárias da licença-maternidade, pela Constituição Federal, as empregadas urbanas, inclusive as domésticas, e rurais. (BARROS, 2013, p. 864).

O salário-maternidade é concedido pela Previdência Social às trabalhadoras avulsas, às contribuintes individuais e facultativas, e às seguradas especiais. O empregador paga diretamente às suas empregadas (inclusive as

domésticas, conforme Emenda Constitucional nº 72), e abate o valor na guia da Previdência Social, conforme Lei nº 10.710/03. (BARROS, 2013, p. 864).

3.1.2 Duração da licença-maternidade

Conforme disposto em nossa Carta Constitucional, a licença-maternidade será de 120 (cento e vinte) dias. O início poderá ocorrer entre o 28º dia anterior ao parto e o acontecimento deste; sendo que, para iniciar o período de gozo da licença a empregada deverá apresentar atestado médico ao empregador. (BRASIL, 1943, 1988).

A funcionária terá direito ao mesmo período de licença, ainda que a criança nasça morta, e também no caso de parto prematuro. (BARROS, 2013, p. 867).

O período de cento e vinte dias poderá ser estendido por mais duas semanas, antes e depois do parto, caso o médico entenda necessário. (CUNHA, 2009, p. 200).

Em caso de aborto não criminoso, a empregada terá direito a duas semanas de repouso remunerado, pago diretamente pela Previdência Social. (BRASIL, 1943).

A mãe que adotar ou obtiver guarda judicial também terá direito ao período de descanso remunerado por cento e vinte dias. (BRASIL, 1943).

A Lei nº 11.770/08 garante a prorrogação do descanso remunerado por mais 60 dias, após os 120 dias da licença normal, à empregada de empresa inserida no programa “Empresa Cidadã”, cuja adesão é facultativa. Para tanto, é necessário que a gestante requeira a prorrogação até o fim do primeiro mês pós-parto. (CARRION, 2012, p. 308).

No caso de a funcionária possuir dois empregos, esta terá direito a duas licenças-maternidade e dois salários-maternidade, correspondentes a cada emprego. (BARROS, 2013, p. 872).

Em âmbito internacional, a Convenção nº 103 da OIT garantiu à trabalhadora gestante licença mínima de doze semanas, sem prejuízo do salário e demais vantagens. Posteriormente, a Convenção nº 183 da OIT aumentou a garantia para catorze semanas. (SÜSSEKIND, 2010, p. 287).

3.1.3 Licença-maternidade na adoção

Desde 2002, quando publicada a Lei nº 10.421, a empregada que adotar uma criança ou obtiver guarda judicial para fins de adoção terá direito à licença-maternidade prevista no art. 392 da CLT. A referida lei estendeu às mães adotantes o benefício do repouso remunerado de cento e vinte dias, equiparando-as às empregadas gestantes. (BRASIL, 1943).

Como requisito para a concessão da licença, é necessário apenas a apresentação do termo judicial de guarda pela guardiã ou adotante. (BARROS, 2013, p. 865).

Até 2009, a licença variava de acordo com a idade da criança adotada, sendo que, quanto maior fosse sua idade, menor seria o período de descanso da mãe. Fato esse que só aumentava a discriminação no momento da adoção, dando-se preferência aos infantes de menor idade. (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2013, p. 575).

Ciente disso, o legislador constatou que o fator idade para a concessão da licença não poderia perseverar, não devendo haver diferenças entre o filho adotado e o biológico, baseado no art. 227, § 6º, da CRFB/88. (GARCIA, 2014, s. p.).

A Lei nº 12.010/09 revogou os artigos que concediam períodos diferentes de acordo com a idade do infante. Todavia, a legislação previdenciária perdurou até 2013 em dissonância com a legislação trabalhista, eis que continuou regulando o salário-maternidade conforme a idade da criança adotada. (BRASIL, 1991).

Tal medida vai de encontro ao objetivo da licença-maternidade, que é o de garantir um período de repouso e de aproximação afetiva e, ao mesmo tempo, de assegurar o sustento familiar. (SILVA, 2013, p. 23 a 28).

Entretanto, parte da doutrina defendia a concessão do benefício, respeitando os ditames da lei previdenciária. Em contrapartida, a jurisprudência decidiu pela adequação da lei ao período previsto na Constituição. (SILVA, 2013, p. 23 a 28).

Atualmente, a Lei de Planos dos Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/91) garante à segurada ou segurado que adotar ou obtiver guarda judicial 120 dias de salário-maternidade (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013). (BRASIL, 1991).

3.2 DA AMAMENTAÇÃO

Um dos fundamentos da licença-maternidade concedida à empregada gestante se dá pelo fato do recém-nascido necessitar do aleitamento materno, principalmente, nos primeiros meses de vida.

Diversas são as recomendações da Organização Mundial da Saúde - OMS no sentido de garantir o desenvolvimento saudável das futuras gerações. O leite materno é essencial para a produção de anticorpos e, por consequência, menor será o uso de medicamentos para manutenção da saúde das crianças. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

Da mesma forma, o Ministério da Saúde adverte que só o leite materno é capaz de reduzir um quinto dos índices de mortalidade infantil, nos países subdesenvolvidos, nos primeiros seis meses de vida. Além disso, o leite da mãe previne doenças como diarreias, otites, infecções urinárias e distúrbios respiratórios. (AMORIM, 2015).

O UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) assegura que bebês até seis meses de idade não precisam de sucos, chás, outros leites, ou água. E recomenda que, após os seis meses, e até os dois anos de idade a criança continue sendo amamentada, devendo-se complementar com alimentação. (UNICEF, 2015).

3.2.1 Da amamentação após a licença-maternidade

Após o término da licença-maternidade, a mãe terá direito ao descanso, durante o trabalho, de dois períodos de 30 minutos cada um para amamentar seu filho, até que o mesmo complete seis meses de vida. Além disso, tal período poderá ser dilatado, caso o médico entenda necessário para a saúde da criança. (BRASIL, 1943).

Caso tal dispositivo não seja cumprido, esse período deverá ser pago como horas extraordinárias, fazendo-se uma analogia ao pagamento de horas extras quando não respeitado o intervalo para repouso e alimentação de uma a duas horas, conforme Súmula 437, item I, do TST. (BARROS, 2013, p. 870).

No mesmo sentido, manifesta-se Maria Inês Moura S. A. da Cunha

(2009, p.205):

A não-concessão do período implica não apenas infração sujeita a multa administrativa, como também gera o direito da mulher de exigir o pagamento do período assim trabalhado como hora extra, uma vez que o descanso especial não pode ser descontado da jornada normal, sendo considerado como tempo de serviço.

Corroborando com o pensamento da autora acima citada a seguinte jurisprudência, retirada do texto de Valentin Carrion (2012, p. 314): “[...] o intervalo para amamentação não usufruído pela reclamante deve ser pago como hora extra, conforme precedentes citados. (TST, RR-92766/2003-900-04-00, Relator Vantuil Abdala)”.

Importante destacar que, mesmo que a funcionária não amamente com seu próprio leite o filho, deve ser ofertado a ela o referido repouso, prevalecendo a preocupação com os cuidados que a mãe deve ter para com o recém-nascido. (RUSSOMANO, 2002, p. 443).

Ressalta-se que o intervalo para amamentação deve ser computado como tempo de serviço para todos os efeitos legais. (RUSSOMANO, 2002, p. 443).

3.3 ABORTO

Com previsão no art. 395 da CLT, o aborto não criminoso garante à funcionária o direito ao repouso remunerado por duas semanas, a ser pago diretamente pela Previdência Social. Importante ressaltar que o aborto não criminoso deve ser atestado por médico oficial, do SUS, não sendo válido o concedido por médico particular. (BRASIL, 1943).

Neste ínterim, importa diferenciar aborto de parto antecipado, sendo que o aborto caracteriza-se pela inviabilidade do feto, ou seja, não há probabilidade de vida fora do útero materno. Já no parto antecipado, há a viabilidade de vida, que em regra, será possível a partir dos sete meses de gestação. (CUNHA, 2009, p. 201).

A Organização Mundial da Saúde considera “*inviáveis fetos com menos de 20 semanas de idade gestacional ou peso inferior a 500 gramas*”. (BARROS, 2013, p. 869).

Também cabe diferenciar o aborto espontâneo do provocado, legal ou

criminoso. O aborto espontâneo se dá devido a alguma patologia da mãe ou do feto. O aborto provocado pode ser tanto legal, aquele dentro dos casos em que a lei autoriza, quanto ilegal, aqueles não autorizados por lei. (BARROS, 2013, p. 869).

Há dois casos em que a lei, mais precisamente o Código Penal, autoriza o aborto, quais sejam: quando a gravidez representa risco à vida da gestante; ou quando a gravidez é resultante de estupro e a gestante consentir previamente com o aborto, ou seu representante legal, quando incapaz. (BRASIL, 1940).

Registra-se que a licença só será concedida nos casos de aborto espontâneo ou provocado legal, ou seja, não criminoso.

O período de afastamento não será descontado das férias, pois é considerado ausência legal, prevista no art. 131, II, da CLT. Nesse caso, o legislador não se preocupou em qualificar o aborto em não criminoso, não cabendo ao intérprete fazê-lo, deixando aberto a qualquer caso. (CUNHA, 2009, p. 202).

3.4 ESTABILIDADE PROVISÓRIA, DISPENSA, REINTEGRAÇÃO E INDENIZAÇÃO

À empregada gestante é garantido o direito à estabilidade provisória, ou seja, ela possui a garantia de que não será demitida por conta do seu estado gravídico por um período que vai desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto. (BRASIL, 1988).

Contudo, essa estabilidade não é absoluta, uma vez que estando presente qualquer das situações listadas no artigo 482 da CLT, a empregada poderá ser demitida. A estabilidade provisória da gestante protege-a apenas da despedida sem justa causa, sendo que seu principal fundamento é impedir a dispensa motivada pela gravidez. (BARROS, 2013, p. 875).

A confirmação da gravidez garante a estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Entretanto, isso não implica em conhecimento do estado gravídico por parte do empregador, mas sim da empregada. De acordo com a Súmula 244, item I, do TST, ainda que o empregador não tenha conhecimento do estado gravídico da funcionária, ele deverá indenizá-la, em caso de dispensa injusta. (BARROS, 2013, p. 876).

O entendimento da Jurisprudência é no sentido de que nem o empregador nem a empregada precisam ter ciência do estado gravídico antes do término do contrato. Veja-se:

RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONCEPÇÃO NO PERÍODO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. DESCONHECIMENTO DA GRAVIDEZ PELA EMPREGADA E PELO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. 1 - O art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A Súmula nº 244, I, do TST, ao interpretar o artigo, atribui a responsabilidade objetiva ao empregador, levando em conta a premissa de que o importante é a concepção no curso do contrato de trabalho, independentemente de que reclamada e reclamante tenham ciência do fato no tempo da demissão. (TST - Recurso de Revista nº 102913220135090130. Sexta Turma. Rel. Kátia Magalhães Arruda. J. em 15/04/2015).

Aplica-se a estabilidade provisória também nos casos de admissão mediante contrato de experiência ou por tempo determinado (Súmula 244, III, do TST), ainda que no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, conforme previsão do art. 391-A da CLT. (BRASIL, 1943).

Nesse seguimento:

Havendo, desse modo, evidente interesse público com vista às proteções à mãe trabalhadora, sua gestação e parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se estende também à criança nascitura, ganha destaque a garantia constitucional, afastando o óbice criado pela Consolidação das Leis do Trabalho com respeito aos contratos a termo (art. 472, §2º, CLT). (DELGADO, 2012, p. 547).

Se a empregada for demitida injustamente antes de escoado o período de estabilidade, ela poderá ser reintegrada. Não sendo este o caso, passado o período de estabilidade, a empregada terá direito apenas ao salário e demais verbas relacionadas ao período (Súmula 244, II, TST).

Quando determinada a reintegração da funcionária, porque imotivada sua dispensa, e essa recusar-se a retornar ao emprego, não sendo caso de incompatibilidade entre as partes ou outro motivo plausível, caracterizará renúncia à estabilidade. (BARROS, 2013, p. 879).

Acerca da estabilidade provisória da empregada gestante, assim manifesta-se Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 547):

Essa garantia, dotada de força constitucional, ultrapassa o âmbito do

interesse estrito da empregada grávida, por ter manifestos fins de saúde e assistência social não somente com respeito à própria mãe trabalhadora como também em face de sua gestação e da criança recém-nascida.

Embora por um lado tenha retirado do empregador a liberdade de despedir a empregada que se encontre grávida, por determinado período, por outro, preocupação maior está em proteger o emprego da mulher no momento em que essa mais precisa, e é esse direito que deve ser preservado.

O texto legal deixa claro que a estabilidade provisória é direito da empregada gestante, todavia a jurisprudência tem estendido tal direito às empregadas que adotam ou obtêm guarda judicial, desde que o empregador tenha ciência da adoção. (TST – Recurso de Revista nº 103-40.2013.5.15.0153. Quinta Turma. Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Julgado em 11/02/2015).

3.5 SUSPENSÃO OU INTERRUPTÃO DO CONTRATO DE TRABALHO?

A doutrina divide-se no sentido de ser a licença-maternidade caso de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho. Primeiramente, para maiores esclarecimentos, cabe trazer conceitos de cada um dos institutos.

O conceito trazido por Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 1125) diz que interrupção contratual é:

[...] a figura jurídica pela qual se susta, provisoriamente, o cumprimento das principais obrigações obreiras perante o empregador (prestação de serviços e disponibilidades obreiras em favor do empregador), mantidas em aplicação as cláusulas obrigacionais deste, tudo em decorrência da verificação de fato idôneo juridicamente tipificado.

Em suma, não há prestação de serviço, mas as obrigações contratuais do empregador para com o empregado permanecem.

Segundo o mesmo autor, suspensão do contrato de trabalho é:

[...] a figura jurídica pela qual se susta, provisoriamente, o cumprimento das principais obrigações contratuais de ambas as partes, mantido em vigência o vínculo empregatício entre elas, tudo em decorrência da verificação de fato idôneo juridicamente tipificado. (DELGADO, 2012, p. 1125).

Neste caso, as cláusulas obrigacionais essenciais não produzem efeitos:

remuneração, contagem de tempo de serviço, FGTS. (DELGADO, 2012, p. 1125).

Nos dois casos ocorre a paralisação temporária da prestação de serviço. No entanto, na interrupção, o período de afastamento conta como tempo de serviço para todos os efeitos legais, permanecendo a obrigação do empregador de pagar o salário e demais vantagens inerentes ao contrato de trabalho. Já na suspensão, o período de repouso não conta como tempo de serviço e a empregada não recebe salário nem demais verbas. (BARROS, 2013, p. 686).

A maior parte da doutrina considera a licença-maternidade como causa de interrupção do contrato de trabalho, tendo em vista que a empregada fica afastada do trabalho, mas recebe o salário-maternidade. Nessa esteira: Amauri Mascaro Nascimento, Arnaldo Süssekind, Pedro Paulo Teixeira Manus, Valentin Carrion, Cristóvão Piragibe Tostes Malta, Ivan Dias Rodrigues Alves e Maurício Godinho Delgado. (DELGADO, 2012, p. 1093).

Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 1093) afirma que *“todos os efeitos básicos da interrupção”* encontram-se presentes no período de licença da gestante. E para Pedro Paulo Teixeira Manus (2009, p. 276), o respaldo encontra-se na própria Constituição Federal, ao deixar expresso: *“sem prejuízo do emprego e do salário”*.

Na opinião de Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 1092), a parte da doutrina que sustenta que a licença-maternidade enquadra-se no tipo legal da suspensão do contrato de trabalho, fundamenta-se no fato de o pagamento do salário-maternidade ter se tornado encargo da Previdência Social. Filiam-se a essa corrente: Alice Monteiro de Barros, Mozart Victor Russomano e Gomes e Gottschalk.

3.6 DA LICENÇA-PATERNIDADE

Com previsão no art. 7º, inciso XIX, da Carta Constitucional e disciplinada no art. 10, § 1º, do ADCT, a licença-paternidade assegura ao pai (empregado urbano, rural, doméstico, trabalhador avulso, militar ou servidor público) licença remunerada de cinco dias. Esse direito é dado ao pai trabalhador em virtude do nascimento de seu filho. (BRASIL, 1988).

Embora a redação do artigo 7º da Constituição deixe em aberto os limites da licença-paternidade, a depender de norma que a regulamente, o artigo 10, § 1º,

do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o torna autoaplicável, conferindo-lhe eficácia imediata, ao menos enquanto não for objeto de lei complementar. (SÜSSEKIND, 2004, p. 512).

Questão que surge é com relação ao início da licença, eis que a lei não o explicita. Mozart Victor Russomano (2002, p. 444) alega que deve ser dada autonomia ao pai e à mãe para escolherem o momento que acharem mais apropriado. Para tanto, o empregado deverá apresentar atestado médico oficial ou, em sua falta, particular, atestando a gravidez ou o nascimento do filho.

Todavia, o entendimento é no sentido de que a licença-paternidade inicia-se no dia do nascimento do filho, tendo caráter imediato e contínuo, eis que a finalidade é dar amparo à mãe e ao filho e efetuar o registro de nascimento. (MANUS, 2009, p. 277).

Do ponto de vista de Mozart Victor Russomano:

Durante a gravidez ou logo depois do parto, a presença do pai junto à mulher tem significação moral e psicológica relevante. Além disso, o nascimento do filho ou a própria gravidez criam para o trabalhador preocupações e obrigações que tornam perfeitamente razoável a concessão da licença-paternidade. (2002, p. 445).

O art. 473, inciso III, da CLT concede um dia de folga ao pai, na primeira semana, para que efetue o registro de nascimento do filho, sem prejuízo do salário. Embora haja divergência, pode-se entender que o art. 473, inciso III, da CLT foi revogado tacitamente pela Constituição Federal, sendo assim, o trabalhador tem direito aos cinco dias de licença sem prejuízo do salário. Nesse sentido: Mauricio Godinho Delgado, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. (GARCIA, 2014, s. p.).

Há uma discussão em relação ao período da licença ser ou não remunerado. Entretanto, embora a Lei Maior nada mencione nesse sentido, fazendo-se uma interpretação teleológica, deverá o empregador pagar os cinco dias de ausência do funcionário, sendo que, ante ao não recebimento do salário, o trabalhador preferiria não gozar do benefício. (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2013, p. 727).

Jorge Neto e Cavalcante (2013, p. 727) alegam que:

O aplicador do direito deve cotejar a licença-paternidade com o art. 473, III, CLT, ampliando o prazo de um para 5 dias. Portanto, a licença-paternidade é interrupção do contrato individual de trabalho, sendo incumbência do empregador pagar os dias desse afastamento, além de computá-lo como tempo de serviço.

A maior parte da doutrina entende que a licença-paternidade é caso de interrupção do contrato de trabalho e, portanto, deve haver o pagamento de salário, em virtude do disposto no art. 28 do Decreto 99.684/90 que regulamenta o FGTS. (GARCIA, 2014, s. p.).

Diferentemente, Sérgio Pinto Martins (apud GARCIA, 2014, s. p.) entende que os dias são cumuláveis, somando seis dias ao total. Para ele, os cinco dias de licença previstos na Constituição não devem ser remunerados, tampouco devem ser computados como tempo de serviço, uma vez que não há previsão legal e afirma tratar-se de suspensão do contrato de trabalho. Para o autor, apenas a falta legal do art. 473, inciso III, da CLT, deve ser remunerada.

A licença-paternidade não está elencada no rol dos benefícios previstos no art. 201 da Constituição Federal, nem na Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Ao contrário da licença-maternidade, tal benefício não possui natureza previdenciária, sendo encargo do próprio empregador, consoante entendimento extraído do item 5 da Instrução Normativa do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE 1/1988. (NASCIMENTO, 2012, p. 937).

Na opinião de Arnaldo Süssekind (2010, p. 293), não há impedimento para que a lei que venha a regulamentar a licença-paternidade transfira a obrigação de pagamento para o INSS, como é o caso do salário-maternidade e salário-família.

4 DA EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI NO CASO DE MORTE OU IMPOSSIBILIDADE DA MÃE

Por fim, examinaremos as hipóteses em que a lei ou, na falta desta, a jurisprudência estende ao pai a licença-maternidade em virtude da ausência da figura materna no seio familiar. Para tanto, discorreremos acerca do princípio constitucional da isonomia, assim como os demais princípios que fundamentam essas decisões.

4.1 A ISONOMIA CONSTITUCIONAL

O direito à igualdade é um dos direitos fundamentais de segunda geração.

O princípio da isonomia foi consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e está elencado em seu artigo 5º, *caput*, que estabelece: *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*. E a igualdade de gêneros está presente no seu inciso I: *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”*. (BRASIL, 1988).

Além disso, é um dos objetivos fundamentais do Brasil *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*, conforme artigo 3º, inciso IV, CRFB/88. (BRASIL, 1988).

Há ainda a vedação de desigualdades salariais, de funções e critérios de admissão elencada no artigo 7º, inciso XXX, da Carta Maior, a vedação de discriminação com relação ao salário e à admissão do portador de deficiência (inciso XXXI), e no inciso XXXII, a proibição de distinção entre o trabalho intelectual, técnico e manual. Todos caracterizam o princípio da não discriminação, que segundo Gustavo Felipe Feliciano Garcia (2014, s. p.), *“significa não ser admitido o tratamento desigual sem razoabilidade nem justificativa lógica, caracterizando injusta diferenciação sem parâmetros que possam ser admitidos ou mesmo justificados”*.

Quanto à tênue diferença entre o princípio da não discriminação e o princípio da isonomia, Mauricio Godinho Delgado esclarece que o princípio da isonomia é mais amplo e busca tratar igualmente as pessoas que tenham *“relevante ponto de contato entre si”*. (DELGADO apud MOURA, 2013, p. 237).

Segundo Alice Monteiro de Barros (2013, p. 919 e 920), a Convenção das Nações Unidas de 1979, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, reforçando, entre outros princípios, a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, teve grande influência sobre o inciso I, do artigo 5º, da Constituição Federal, e sobre o inciso XXX, do artigo 7º da mesma Carta.

Embora o artigo 5º da Lei Maior pareça estar tratando de igualdade formal, ele deve ser interpretado em conformidade com os demais princípios constitucionais, que refletem a real intenção do legislador.

De acordo com Arion Sayão Romita, o princípio da isonomia significa etimologicamente *“igualdade perante a lei”*, ou seja, *“lei igual para todos”*. Para a autora, isso requer que, *“na aplicação de uma norma geral, não haja discriminações baseadas em critérios de distinção como o sexo, a raça, a origem nacional, a cor, a língua, a religião, as opiniões políticas, a atuação sindical”*. (ROMITA, 2005, p. 293 e 294).

Para Arion Sayão Romita (2005, p. 294), *“a característica mais evidente de uma lei justa reside no fato de que ela é aplicada igualmente a todos os que se encontram em pé de igualdade”*. Esse conceito corresponde à igualdade material, ou substancial.

Ao analisarmos os princípios constitucionais chegamos a um dilema com relação ao Princípio da Isonomia, principalmente no Direito trabalhista, em que se torna necessário tratar desigualmente os desiguais, frente às diferenças existentes entre homens e mulheres. (RODRIGUEZ, 2000, p. 441).

Acerca desse dilema, manifestou-se Américo Plá Rodriguez (2000, p. 441):

Como conciliar essa tendência para a diversificação e para o contato com a vida real, tão rica de contrastes e variedades, com o princípio de igualdade que poderia levar a um tratamento semelhante para todos os casos? A resposta correta deve começar por distinguir o principal do acessório. O principal é a dignidade do ser humano, que é a mesma para todos, quaisquer que sejam as particularidades de cada um. O acessório são as diferenças e particularidades de cada qual, cuja própria diversidade passa a integrar um dos aspectos mais típicos do ser humano. Isto serve para mostrar a complexidade e a delicadeza do problema.

Essa diferença incontestável entre os seres humanos nos leva à primazia do princípio isonômico, em que devemos tratar de forma igualitária aqueles que se encontram em situações idênticas, mas não em situações distintas. Para Américo

Plá Rodriguez (2000, p. 441), *“é tão injusto tratar diferentemente situações iguais como tratar igualmente duas situações díspares”*.

Na concepção de Arion Sayão Romita (2005, p. 297), juridicamente, o importante é *“fixar os critérios aptos a propiciar tratamento igual ou desigual a seres situados em posições jurídicas iguais ou desiguais”*.

No Direito moderno, o princípio da isonomia não atua somente como orientador do sistema jurídico, *“assume ainda a condição de um autêntico direito subjetivo”*. (BARROS, 2013, p. 883).

Na opinião de Alice Monteiro de Barros (2013, p. 883), o princípio da igualdade dirige-se tanto aos particulares quanto ao legislador, a fim de que se abstenha de criar leis arbitrárias.

As leis devem ser elaboradas legitimamente por meio dos representantes democraticamente eleitos pelo povo, sempre em respeito aos princípios constitucionais. Enquanto houverem normas com caráter discriminatório, não podemos simplesmente ler o texto da lei e aplicar estritamente o disposto, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Alice Monteiro de Barros (2013, p. 929) pondera que a preocupação em destacar o princípio da igualdade, tanto no âmbito internacional quanto na legislação interna de cada país, não é suficiente para a aplicação prática desse princípio, pois as leis nem sempre são eficazes. Mesmo que seja retirado da lei qualquer texto de caráter discriminatório, a discriminação persiste nos mais diversos segmentos da sociedade.

4.1.1 Em busca da igualdade entre homens e mulheres no Direito do Trabalho

Em busca da igualdade substancial foi que se estabeleceram as normas de proteção ao trabalho da mulher. Com o passar dos tempos, verificou-se que não havia mais necessidade de tamanha guarita à mulher trabalhadora, e que a proteção demasiada acabava por gerar um campo de discriminação. Boa parte da doutrina entende ser justificável tal proteção somente com relação à maternidade, devendo-se abandonar normas de caráter expressamente discriminatório.

Não existe, portanto, mais razão para o sistema protecionista que envolve o ambiente de trabalho da mulher. Tais normas se justificavam no momento em que

foram criadas, pois a mulher e o menor eram contratados nas indústrias por salários ínfimos e jornadas exorbitantes, entre outras condições manifestamente desfavoráveis.

Para Alice Monteiro de Barros (2013, p. 915), essa transição entre o sistema jurídico de natureza protecionista para o atual, que busca a igualdade entre homens e mulheres, nos traz um grande problema, em razão dos diferentes pontos de vista existentes no mundo, que é unificar o entendimento sobre onde termina a igualdade e onde começa a discriminação.

Com a revogação dos dispositivos da CLT que proibiam atividades perigosas e em ambientes insalubres, na construção civil, em pedreiras e minas de subsolo, em regime de horas extras, e a jornada noturna para as mulheres, houve um grande avanço no direito trabalhista, deixando para trás normas que dificultavam o acesso da mulher no mercado de trabalho, buscando igualar os trabalhadores de ambos os sexos. (NASCIMENTO, 2012, p. 931).

Essas normas possuíam intenções louváveis, quando o legislador as criou, já que visavam proteger a mulher no ambiente de trabalho; porém, com o desenvolvimento da humanidade, tais normas passaram a ser vistas como discriminatórias, vez que reforçavam a divisão de atividades pelo sexo e reduziam as chances de emprego para as mulheres, assim como “justificavam” menores salários. (BARROS, 2013, p. 862).

O entendimento de Alice Monteiro de Barros é no sentido de que:

Esses posicionamentos refletiam uma estrutura cultural arraigada de estereótipos sexistas, que atribuíam às mulheres apenas o ‘papel’ secular de mãe e dona de casa, fortalecendo o mito da fragilidade feminina e o preconceito do homem, no tocante às atividades familiares e domésticas. Frise-se, o sexo não poderá constituir critério para atribuições de encargos à mulher e ao homem na família, no trabalho e na sociedade, do contrário, a igualdade almejada jamais será atingida. (BARROS, 2013, p. 859).

Foram estabelecidas medidas para impedir práticas discriminatórias no âmbito trabalhista, em cumprimento ao disposto no art. 7º da Constituição Federal, para que se alcance a igualdade entre os sexos no tocante ao salário, critérios de admissão e exercício de funções; e mais: *“que sob nenhum pretexto se admita a discriminação do trabalhador para o seu acesso ao emprego”*. (CUNHA, 2010, p. 88).

Com relação à remuneração, o artigo 461 da CLT já assegurava a igualdade de salário entre homens e mulheres, para trabalho de igual valor. (BRASIL, 1943).

O parágrafo único do artigo 373-A da CLT é uma forma de incentivar a busca pela igualdade entre os sexos através da criação de medidas temporárias, principalmente a fim de corrigir as disparidades na contratação, na formação profissional e nas condições de trabalho. (BRASIL, 1943).

Alguns doutrinadores consideram justificáveis as leis que protegem a mulher trabalhadora no tocante às suas peculiaridades físicas e à maternidade. Na opinião de Marcelo Moura, a Constituição de 1988 recepcionou todas as normas infraconstitucionais que visem reduzir as desigualdades entre homens e mulheres na seara trabalhista. Caso contrário, a lei que dificulte o acesso ou a manutenção da mulher no emprego vai de encontro ao princípio da igualdade de gênero, previsto no art. 5º, inciso I, da Carta Magna. Para o autor, o homem possui mais força muscular que a mulher, portanto, a diferença de força física entre homens e mulheres merece tratamento desigual, dado pelo art. 198 da CLT. (MOURA, 2013, p. 678).

A legislação trabalhista está evoluindo, sendo que em um primeiro momento possuía indiscutível caráter tutelar, hodiernamente, a tendência é rever tais conceitos e se adaptar às novas necessidades da sociedade, com o objetivo de igualar as oportunidades entre homens e mulheres na relação de trabalho. (CUNHA, 2009, p. 197).

Na opinião de Maria Inês Moura S. A. da Cunha (2009, p. 199), não é suficiente a alteração legislativa, é preciso que se mude a mentalidade das pessoas, a fim de que *“se coletivizem as tarefas domésticas, se repartam os cuidados com a infância, se alterem padrões, se viva a igualdade, e se mude a mentalidade de mercado, que visa unicamente o lucro”*.

4.2 DA APLICAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI NO CASO DE MORTE OU IMPOSSIBILIDADE DA MÃE

A ausência da figura materna no seio familiar pode ocorrer por diversos motivos, como o abandono do lar, falecimento, divórcio, adoção por pai solteiro, produção independente, entre outros. A legislação trabalhista não acompanhou a

formação dessas novas entidades familiares, deixando sem amparo a criança por um longo período, enquanto o Judiciário encarregou-se de garantir tal amparo.

É mais comum do que se tem ciência o falecimento da mãe em decorrência de complicações no parto, no Brasil. Isso ocorre por problemas na gestação, no parto ou logo após este. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012).

A Lei nº 12.873 de 2013, entretanto, trouxe inovações no âmbito jurídico ao possibilitar a concessão da licença-maternidade ao cônjuge ou companheiro, no caso de falecimento da segurada ou segurado. No texto da Lei de Benefícios Previdenciários (Lei nº 8.213/91) foi incluído o artigo 71-B com a seguinte redação:

Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade. (BRASIL, 1991).

Para que tenha direito ao benefício, é necessário que o cônjuge ou companheiro sobrevivente seja segurado da Previdência Social. Além disso, para que receba o salário-maternidade, pago diretamente pela Previdência, o beneficiário deverá requerê-lo *“até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário”*, conforme § 1º do art. 71-B, da Lei nº 8.213/91. (BRASIL, 1991).

O § 2º do mesmo artigo disciplina a forma de pagamento do salário-maternidade, que será calculado sobre:

I - a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso;
II - o último salário-de-contribuição, para o empregado doméstico;
III - 1/12 (um doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado; e
IV - o valor do salário mínimo, para o segurado especial. (BRASIL, 1991).

Por fim, para que o segurado tenha direito ao benefício previdenciário, é necessário seu afastamento do trabalho ou da atividade exercida por ele, em conformidade com o art. 71-C da Lei dos Benefícios Previdenciários. Se assim não o fizer, o benefício será suspenso. (BRASIL, 1991).

A Lei nº 12.873/13 incluiu o artigo 392-B na CLT:

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. (BRASIL, 1943).

Antes da alteração legislativa, caso a empregada gestante viesse a falecer durante ou após o parto, o contrato de trabalho seria extinto, não podendo ser transferido. Além do abalo pela morte da mãe, o recém-nascido ficaria desamparado, tendo em vista que o período de licença concedido ao pai é irrisório. O empregado não poderia afastar-se por mais de cinco dias do serviço, pois sem perceber qualquer salário não teria como sustentar a si e ao seu filho. Sendo assim, o pai se via obrigado a deixar seu filho aos cuidados de outra pessoa, ou numa creche, o que dificultaria a relação afetiva entre eles. (KOTH, 2013, p. 40).

No entanto, antes da entrada em vigor de tal dispositivo, já haviam decisões judiciais estendendo ao pai viúvo o benefício da licença-maternidade, com fundamento nos princípios constitucionais de proteção à família e à infância, e no princípio da isonomia. É o caso do seguinte Mandado de Segurança decidido em favor de um policial federal que perdeu a esposa no parto:

[...] a Constituição Federal estabeleceu no art. 226 que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e elencou no rol dos direitos sociais do art. 7º o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias e a licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

Registre-se, ainda, que ambos os genitores são responsáveis pela concretização do direito fundamental à proteção da infância e do princípio da dignidade humana insculpidos na Constituição Federal. Tanto que o texto constitucional estabelece, genericamente a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I) e estabelece a isonomia entre eles quanto à responsabilidade pelo casamento/união estável e pela criação dos filhos (art. 226, § 5º).

A mesma decisão esclarece ainda que:

É certo que o princípio da isonomia significa tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades e, nesta senda, a diferença fisiológica entre homens e mulheres justifica a concessão de licença-maternidade em prazo maior que a da licença-paternidade. No entanto, a interpretação constitucional não pode ser literal, mas sistemática, conferindo a máxima eficácia aos direitos fundamentais nela previstos, mediante a ponderação dos interesses envolvidos. Embora não exista previsão legal de licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, esta não deve ser negada ao genitor, ora impetrante, pois o fundamento desse direito é proporcionar à mãe período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais a sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento. Na ausência da genitora, tais

cuidados devem ser prestados pelo pai e esse direito deve ser assegurado pelo Estado, principalmente no caso dos autos, em que, além de todas as necessidades que um recém-nascido demanda, ainda há a dor decorrente da perda da esposa.

Nessas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre o da legalidade estrita, que concede tão somente às mulheres o direito de gozo da licença-maternidade. (TRF 1ª Região - Mandado de Segurança nº 6965-91.2012.4.01.3400/DF. 6º Vara. Juíza Ivani Silva da Luz, p. em 25/05/2012).

Mas, desde a década de 50, já haviam julgados do TST estendendo a licença-maternidade ao cônjuge supérstite, em favor da criança (TST – 2ª Turma. Processo nº 6.210/51, Rel. Min. Edgard Sanchez, publicado em 24/12/54). (BARROS, 2013, p. 869).

Contudo, a lei é omissa com relação à impossibilidade da mãe, por algum motivo de saúde que a impeça de usufruir a licença. A mãe pode restar incapacitada para gozar a licença tanto física quanto psiquicamente, como no caso de depressão pós-parto, coma ou doença. Não havendo regulamentação acerca da possibilidade de transferir ao pai a licença-maternidade nessas situações, cabe ao magistrado a análise do caso concreto.

Encontramos fundamento no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) que determina que o juiz deve, ao aplicar a lei, *“atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*. É onde o magistrado encontra respaldo para as suas decisões, tendo em vista que um dos fins sociais da licença-maternidade é a proteção do recém-nascido, da criança, quiçá a mais importante finalidade do instituto. (BRASIL, 1988).

A legislação trabalhista encontra-se defasada e não adaptada às diversas conjunturas familiares existentes na atualidade, por não abranger as famílias formadas somente por homens, sejam solteiros, ou com companheiros, os quais são responsáveis em relação aos seus filhos e possuem tanta necessidade quanto as mulheres de estarem com estes.

Ignoramos o fato de que os pais possuem tanta capacidade de cuidar dos filhos quanto as mães. Inclusive, deve-se destacar que não são raros os casos em que homens desenvolvem perfeitamente o papel de pai e mãe. Tanto o pai quanto a mãe podem e devem cuidar de seus filhos.

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA CONCESSÃO DE FORMA ISONÔMICA DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI

A licença-maternidade, a princípio, tinha como objetivo garantir uma gestação saudável e segura. A partir de 2002, a maternidade passou a ser o fundamento principal de tal benefício, estendendo à mãe adotiva tal direito. Atualmente, as decisões têm sido fundamentadas na proteção da criança, no seu desenvolvimento saudável, no bem-estar das futuras gerações e no princípio da isonomia. (SÜSSEKIND et al, 2005, p. 1000).

Encontramos fundamentos nos artigos 227 da Constituição Federal e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem à família, à sociedade e ao Estado o dever de cuidar das crianças em todas as esferas sociais. É com base no princípio da proteção integral da criança e do adolescente e buscando o melhor interesse do menor que o Judiciário tem tomado decisões além dos ditames da lei, buscando garantir os direitos fundamentais desses indivíduos. (BRASIL, 1988, 1990).

Por tratar-se de princípios fundamentais, que devem orientar o legislador e o julgador, eles devem prevalecer sobre as circunstâncias de fato e de direito, pois estão acima da lei. (KOTH, 2013, p. 16).

Para que o instituto atinja sua finalidade é necessário adequá-lo aos novos conceitos de família. Enquanto não houver previsão legal abarcando todas as hipóteses que surgirem, cabe ao Judiciário acompanhar o desenvolvimento da sociedade a fim de aplicar a lei em conformidade com as necessidades da população.

A Sétima Turma do TRF da 3ª Região concedeu ao pai, que havia perdido a esposa por complicações pós-parto, licença-paternidade, nos mesmos moldes da licença-maternidade, com fundamento nos artigos 6º e 226 da Carta Magna, considerando que a família, incluindo o recém-nascido, deve ser protegida pelo Estado.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LICENÇA-PATERNIDADE NOS MOLDES DO SALÁRIO-MATERNIDADE. CONCESSÃO DA TUTELÇA ANTECIPADA MANTIDA. ARTIGO 273 E INCISOS DO CPC. ARTIGOS 226 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1- O risco de dano irreparável ou de difícil reparação é evidente, tendo em vista a situação *sui generis* em que o autor se encontra e considerando a proteção que a Constituição Federal atribui aos direitos da personalidade (vida e integridade).

2- O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é devido às seguradas da Previdência Social durante o período de 120 (cento e vinte) dias, sendo que o início desse benefício deve ocorrer entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

3- No caso concreto, deve ser levado em conta o verdadeiro objetivo da licença-maternidade e do salário-maternidade que é a proteção do menor. Nada mais razoável que conceder o benefício previdenciário ao pai viúvo, que se deparou com um filho recém-nascido, alijado da proteção e dos cuidados maternos pelo óbito da mãe, sua companheira, em decorrência de complicações pós-parto.

4- Nesta situação, este pai deverá exercer além de suas funções, também as funções que seriam esperadas de sua esposa, em esforço hercúleo para suprir tal ausência, tanto fisicamente quanto emocionalmente, nos cuidados ao seu filho, que agora depende única e exclusivamente do agravado, em todos os aspectos.

5- O art. 226 da CF estabelece que a família, base da sociedade, goza da proteção especial do Estado. A proteção à infância faz parte dos Direitos Sociais, expressos no Art. 6º da Carta Magna.

(TRF 3ª Região - Agravo de Instrumento. AI 36057 SP 0036057-75.2012.4.03.0000. Sétima Turma. Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, j. em 20/10/2013).

Esse julgado demonstra, também, a observância do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, permitindo que o pai possa ficar em casa cuidando do filho sem ter seu salário comprometido. Não seria razoável deixar o recém-nascido, órfão de mãe, sem os cuidados do pai.

Também pondera que o segurado terá que fazer o papel de pai e mãe, suprimindo a ausência da figura materna, tendo sido transferido, assim, o benefício da licença materna, em conformidade com o princípio da isonomia.

A Décima Turma do TRF da 3ª Região concedeu ao pai de crianças que foram abandonadas pela mãe nos primeiros dias de vida, o benefício do salário-maternidade, fazendo uso da analogia, vez que não há previsão legal para o caso.

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MATERNIDADE PARA O PAI DAS CRIANÇAS. ANALOGIA.

I - Considerando-se que o salário-maternidade não é um benefício destinado à mãe segurada, mas sim à proteção da criança em seus primeiros meses de vida, impõe-se ratificar o entendimento do r. Juízo a quo, no sentido de que aplica-se *in casu* o princípio constitucional da isonomia para que a criança que não pode ter os cuidados e a atenção de sua mãe em seu início de vida, possa receber esses cuidados de seu pai, que não seriam integrais, caso não lhe fosse concedido o benefício em epígrafe.

II - Apelação do INSS improvida. (TRF 3ª Região - Apelação Cível. AC 1684 SP 0001684-04.2011.4.03.6127. Décima Turma. Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. em 21/05/2013).

A decisão baseou-se no princípio da isonomia, considerando que as crianças não poderiam contar com a presença e o cuidado da mãe, concedendo ao pai o benefício previdenciário. Da mesma forma, afirmou que o intuito do salário-maternidade é garantir a proteção das crianças, que são os sujeitos de direito no caso em questão.

Caso semelhante foi julgado pelo Juizado Especial Federal da 3ª Região, em que um pai requereu a concessão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade por ficar com a guarda de seu filho recém-nascido, que foi abandonado pela mãe. O magistrado responsável pelo caso prolatou decisão favorável ao requerente com base no princípio da isonomia.

O princípio da igualdade é um dos norteadores acerca da viabilidade da pretensão do requerente em ver reconhecido o seu direito ao afastamento remunerado, a ser custeado pelo regime de previdência, na impossibilidade ou indesejável interesse da mãe [...]. Atualmente não há uma lei específica a tratar dos casos referentes à licença maternidade para ser concedida ao pai, nos moldes concedidos à mãe do recém-nascido, o que não impede o julgador, primando-se pelos princípios e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal, deferir a proteção à infância como um direito social, mormente porque, como ressaltado linhas o direito a ser tutelado em questão é da criança (CF/88, art. 227). (Juizado Especial Federal 3ª Região – 5ª Subsessão Judiciária do Estado de São Paulo. Ação Previdenciária (segredo de justiça). Juiz Federal Rafael Andrade de Margalho, j. em 15/08/2012).

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.873/13, que expandiu o benefício da licença-maternidade a qualquer segurado ou segurada, independentemente do estado civil, já haviam julgados concedendo tal benefício aos pais adotantes.

Um servidor público interpôs Recurso Administrativo a fim de conseguir usufruir da licença de 120 dias sem prejuízo do salário, em razão de ter adotado uma criança.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LICENÇA ADOTANTE. INÍCIO DO GOZO. EFEITOS RETROATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO AO SERVIDOR. MUDANÇA DO DIES A QUO. EQUIPARAÇÃO À LICENÇA MATERNIDADE. 120 DIAS E PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO. RECURSO QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Quando a Administração se depara com fatos nunca antes apreciados, não há como fixar mesmos ônus aos fatos já corriqueiramente experimentados;

2. Fixação de início de Licença a partir da data de expedição do Termo de Guarda ou Adoção: possibilidade para casos futuros e impossibilidade no presente caso. Prejuízo ao servidor e ao adotado;
3. Mudança do dies a quo para momento que tomou conhecimento inequívoco da decisão da Administração.
4. O destinatário do direito a licença a adotante não é outro senão o adotado, e é exatamente por isso que independe do sexo do adotante
5. Noutro ponto, é corolário lógico, a partir da promulgação da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, da isonomia de tratamento dispensado aos filhos legítimos, ilegítimos e adotados (art. 227, § 6º), bem como a mãe biológica e à mãe adotante, extensível ao pai solteiro adotante, que por sua vez concentra, numa só pessoa, a figura paterna e materna. Períodos de licenças diferenciados incontrovertidamente injustificados.
6. Equiparação de períodos possível a partir da interpretação das normas de direito público de proteção da criança.
7. Tem o servidor público solteiro direito a licença adotante de 120 (cento e vinte) dias e mais a possibilidade de prorrogação por 60 (sessenta) dias, nos moldes traçados pelo Art. 207 da Lei nº 8.112/90 c/c alínea a, inciso I, parágrafo 3º, do art. 2º do Decreto Federal nº 6.690/08.
8. Recurso que se dá provimento. (TRE – PA. Recurso Administrativo 4588. Rel. Ezilda Pastana Mutran, j. em 26/06/2012).

Restou demonstrada a possibilidade de extensão da licença-maternidade ao pai adotante único, de modo a não deixar o destinatário do direito, que é a criança, sem amparo.

No caso de adoção, não existe razão para que a licença seja concedida apenas às mulheres, vez que o fator biológico deixou de existir. Não há desgaste físico ocasionado pela gestação e a amamentação, existe apenas o dever de cuidar, de criar, que é igual para homens e mulheres. (KOTH, 2013, p. 35).

Não importa se a criança ou o adolescente são adotados por uma mãe solteira, um pai solteiro, um casal hetero ou homoafetivo, o período de licença deve ser o mesmo em qualquer caso, porque o objetivo principal é o cuidado com o adotado, que precisa de tempo para criar laços com o adotante e adaptar-se à nova família. (KOTH, 2013, p. 36).

Considerando que uma das finalidades da licença-maternidade é a proteção da criança, ou adolescente, e que não deve haver distinções entre filhos biológicos e adotivos, conforme § 6º, do art. 227 da CRFB/88, foi que o legislador se viu obrigado a materializar o direito, concedendo 120 dias de licença-maternidade para homens ou mulheres que adotem ou obtenham guarda judicial. Inovação trazida pela Lei nº 12.873/13, diante da extrema importância da convivência do adotado com a sua nova família. (BRASIL, 1988).

Com a inclusão do art. 392-A na Consolidação das Leis do Trabalho, que estendeu a licença-maternidade às mães que adotarem ou obtiverem guarda

judicial, o critério biológico, utilizado como um dos principais fundamentos para a concessão desse benefício, deixou de existir, não havendo mais razão para diferenciar homens e mulheres na condição de pais. (KOTH, 2013, p. 36).

Na concepção de Alice Monteiro de Barros (1995, p. 246), *“a licença é necessária, pois impõe aos homens uma responsabilidade equitativa como pais”*.

A Constituição Federal estabeleceu obrigações e responsabilidades a ambos os cônjuges ou companheiros na sociedade conjugal. O que representou grande avanço, vez que antes cabia apenas à mulher cuidar do lar e dos filhos. Todavia, o tempo destinado ao período de licença-maternidade e paternidade não se coaduna com esse amadurecimento da Constituição, que estabelece obrigações iguais dos pais perante os filhos, vez que possuem enorme distinção em sua duração.

5 CONCLUSÃO

Às vezes estamos tão acostumados com uma situação tutelada pelo direito que não questionamos por que aquilo existe, por que é lei. Poucas pessoas sabem (ou se interessam em saber) por que os institutos da licença-maternidade e da licença-paternidade foram criados, mas, mesmo assim, querem sua ampliação.

Nesse íterim, é imprescindível saber que os motivos que ensejaram a criação de uma lei não precisam ser necessariamente os mesmos para que ela continue existindo.

É o caso da licença-maternidade, que, primeiramente, era destinada a assegurar a recuperação da empregada gestante após o parto, em decorrência do desgaste físico da gestação, e, posteriormente, tal direito foi estendido às empregadas e empregados adotantes, em virtude dos princípios da isonomia e da proteção integral da criança e do adolescente.

Superado o argumento biológico, eis que a mãe adotante não necessita de período para descanso pós-parto, não havia motivos para não estender tal direito aos pais solteiros e casais homoafetivos masculinos adotantes, mormente porque a criança passou a ser a principal destinatária desse benefício. Foi então, que mais uma vez, o legislador inovou, trazendo esse direito aos homens também.

A mudança no conceito de família, a evolução da sociedade, obrigou uma mudança legislativa.

O Judiciário, sempre um passo a frente do Legislativo, passou a transferir a licença-maternidade, concedida à mãe, para o pai, nos casos em que ela venha falecer durante o parto ou logo em seguida. Também virou lei. Todavia, nos casos em que a mãe fica impossibilitada de usufruir a licença, por motivos de saúde, ainda não há manifestação legal.

O Direito Trabalhista deve adequar-se aos novos modelos de família, principalmente quando ausente a figura materna, vez que pais e mães têm iguais obrigações para com o filho.

Os deveres de criação e cuidados com os filhos são tanto da mãe quanto do pai, assim como a dedicação à família. Não só em atenção ao princípio da igualdade, mas também em obediência ao disposto no §5º, do art. 226 da

Constituição Federal: *“os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”*.

Em razão disso é que não há justificativa para que a mãe trabalhadora possa contar com uma licença-maternidade de 120 dias e o pai com apenas 5 dias de licença-paternidade, tendo em vista que atualmente não cabe apenas à mãe o dever de cuidar da família e dos filhos.

O período de licença, para estreitar os laços afetivos entre pais e filhos, é tão importante para o pai quanto para a mãe, todavia a licença-paternidade é vinte e quatro vezes menor que a licença-maternidade.

A licença-maternidade não é apenas um direito da empregada gestante, de repousar para que possa retornar ao trabalho, mas também um direito da criança, de ter o contato com a mãe e com o pai, e a atenção e cuidado deles, motivo pelo qual não há óbice para sua concessão em igualdade de condições.

A proteção à maternidade e à infância são direitos sociais, que devem ser aplicados em harmonia com os princípios constitucionais. E considerando que um dos objetivos da República é reduzir as desigualdades sociais, é que se deve efetivar o princípio da igualdade material, sobretudo no que envolve a família, que é a base da sociedade.

Analisando os modelos de licença adotados nos países desenvolvidos, verifica-se uma aplicação muito mais igualitária. O ordenamento jurídico deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade, em razão disso esses direitos devem ser rediscutidos, haja vista que o sistema atual não atende aos anseios sociais.

A sociedade clama por uma regulamentação da licença-paternidade. É fundamental que o sistema normativo coadune com a realidade das famílias brasileiras, sob pena de ofensa aos princípios da isonomia e da proteção da criança.

A ausência de regulamentação recai sobre uma licença-paternidade com período não condizente com as necessidades da criança, por não ter a presença da figura paterna nas primeiras fases de sua vida.

Em face do princípio constitucional da isonomia, em que deve ser dado tratamento igual àqueles que se encontram na mesma situação, não é coerente a concessão de um repouso remunerado diferente para homens e mulheres. Cabe aos elaboradores das leis criarem normas condizentes com a realidade atual e que diminuam a discriminação, sempre primando pela justiça.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 de maio de 1943. Brasília: Senado Federal, 1943.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília: Congresso Nacional, 1991.

BRASIL. Juizado Especial Federal 3ª Região – 5ª Subsessão Judiciária do Estado de São Paulo. Ação Previdenciária (segredo de justiça). Juiz Federal Rafael Andrade de Margalho. Julgado em 15/08/2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Imprensa/Visualizar/654>>. Acesso em 27 maio 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Blog da Saúde. Ana Cláudia Amorim/Agência Saúde. 20 março 2015. Leite materno é capaz de reduzir em 13% mortes por causas evitáveis. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/35317-leite-materno-e-capaz-de-reduzir-em-13-mortes-por-causas-evitaveis>>. Acesso em 20 março 2015

BRASIL. Ministério da Saúde. Portal Brasil. Mortalidade materna atingiu em 2011 menor índice dos últimos 10 anos, calcula Saúde. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2012/02/ministerio-da-saude-preve-que-2011-tera-reducao-recorde-da-mortalidade-materna>>. Acesso em 27 maio 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde da criança: Nutrição infantil – Aleitamento materno e alimentação complementar. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimenta.pdf>. Acesso em 16 março 2015.

BRASIL. TRF 1ª Região. Mandado de Segurança nº 6965-91.2012.4.01.3400/DF. 6º Vara. Juíza Ivani Silva da Luz. Julgado em 25/05/2012. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=a63d5556caf83e57d4eb7f4ac123dbc1&trf1_captcha=zsd&enviar=Pesquisar&proc=69659696591201240&secao=DF>. Acesso em 27 maio 2015.

BRASIL. TRF 3ª Região. Agrado de Instrumento nº 36057 SP 0036057-75.2012.4.03.0000. Rel. Des. Federal Fausto de Sanctis. Julgado em 21/10/2013. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24579627/agravo-de-instrumento-ai-36057-sp-0036057-7520124030000-trf3>>. Acesso em 27 maio 2015.

BRASIL. TRF 3ª Região. Apelação Cível nº 1684 SP 0001684-04.2011.4.03.6127. Rel. Des. Federal Sergio Nascimento. Julgado em 21/05/2013. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23547840/apelacao-civel-ac-1684-sp-0001684-0420114036127-trf3>>. Acesso em 27 maio 2015.

BRASIL. TST. Recurso de Revista nº 102913220135090130. Sexta Turma. Rel. Kátia Magalhães Arruda. Julgado em 15/04/2015. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182354838/recurso-de-revista-rr-102913220135090130>>. Acesso em 06 junho 2015.

BRASIL. TST. Recurso de Revista nº 1034020135150153. Quinta Turma. Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Julgado em 11/02/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/sem-comprovar-formalidades-legais-mae-adotante-e-dispensada-por-abandono-de-emprego>. Acesso em 28 maio 2015.

BRASIL. Unicef. Aleitamento materno. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/activities_10003.htm>. Acesso em 16 março 2015

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 37. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. VitalBook file.

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. **Direito do Trabalho**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. VitalBook file.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KOTH, Laís Brião. **Licença-maternidade e salário-maternidade: A extensão de benefício correlato ao pai adotante único**. Monografia. Brasília, 2013.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2005.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. VitalBook file.

MOURA, Marcelo. **Curso de direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. VitalBook file.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. VitalBook file.

PARÁ. TRE. Recurso Administrativo nº 4588. Rel. Ezilda Pastana Mutran. Julgado em 26/06/2012. Disponível em: <<http://tre-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22023404/recurso-administrativo-ra-4588-pa-tre-pa>>. Acesso em 27 maio 2015.

RODRIGUES, Luciana. **Mulher atrás em política e salário**. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/403853/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso 18 maio 2015.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

RUSSOMANO, Victor Mozart. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2002.

SANTOS, Daniela Ribeiro. **Da proteção à maternidade à licença compartilhada: um panorama histórico no Brasil e no direito comparado**. Monografia. Brasília, 2011.

SILVA, Rejane Porcino. **Da possibilidade de concessão de licença-maternidade ao pai nos casos de falecimento ou impossibilidade de fruição pela mãe**. Monografia. Cachoeiro de Itapemirim, 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo; et. al. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. II. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.