

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

REBECA PEDROSA DE SOUSA

**DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS DO
TRABALHO: análise da licença-maternidade frente ao princípio da igualdade**

São Luís
2016

REBECA PEDROSA DE SOUSA

**DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS DO
TRABALHO:** análise da licença-maternidade frente ao princípio da igualdade

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

São Luís
2016

REBECA PEDROSA DE SOUSA

**DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS DO
TRABALHO:** análise da licença-maternidade frente ao princípio da igualdade

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Anamaria Sousa Silva (Orientadora)

1º Examinador

2º Examinador

À minha querida avó, Maria Eliza (*in memoriam*).
Sei o quanto este momento lhe traria felicidade e
como eu gostaria que ainda estivesse aqui. Hoje
guardo as lembranças e muita saudade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora Professora Doutora Anamaria Sousa Silva, pela liberdade e confiança quanto ao tema do presente trabalho, tendo contribuído durante toda a sua construção e comprovado sua responsabilidade e comprometimento.

Agradeço aos meus pais pelo apoio constante e amor incondicional, foram eles que confiaram em mim mais do que qualquer outra pessoa e com toda a certeza são os que melhor compartilham a minha alegria pela conclusão dessa árdua jornada que foi a graduação. Sou completamente grata por tudo o que me deram e me ensinaram, amo vocês.

Agradeço à minha irmã Raquel, essencial em minha vida com seu jeito único de sempre confiar em mim e por ser minha maior incentivadora e confidente. Obrigada, maninha, por estar ao meu lado, sempre.

Meu muito obrigada ao meu namorado Roger, que escolhe me acompanhar todos os dias e acredita em mim, mesmo quando eu não acreditava. Te ter comigo torna todo desafio mais acolhedor. Obrigada pelo amor e cumplicidade.

Agradeço aos amigos que fiz durante a graduação que de formas tão distintas enriqueceram não só a minha formação como também minha vida. Meu agradecimento a vocês que compreendem bem tanto as dores e dificuldades e quanto o doce sabor de vitória e superação que sinto agora.

Em especial agradeço a Gabriela Serra pela amizade e cumplicidade desde que nos conhecemos, sendo sempre motivo de aprendizado e de grande companheirismo durante todo o curso.

Obrigada, por fim, a Juliana de Albuquerque, que esteve comigo durante o processo de criação deste trabalho partilhando angústias e ansiedade, mas sempre me encorajando a prosseguir. Você foi ajuda fundamental nessa reta final e na vida, te agradeço imensamente.

RESUMO

Análise da licença-maternidade e sua relação com o princípio da igualdade. Estudo centrado na igualdade de gênero e direcionado ao âmbito dos pais biológicos ou adotantes, heterossexuais para fins de delimitação. Pesquisa bibliográfica acerca dos fundamentos da legislação brasileira no que diz respeito à proteção da maternidade, com ênfase na licença conferida à empregada. A abordagem do tema possui elevada função quanto à garantia e materialização dos direitos fundamentais, especialmente no que se refere à igualdade e proibição de discriminação. Utilização de técnicas bibliográfica e documental quanto à obras e artigos científicos pertinentes ao tema, com ênfase na apreciação do ordenamento jurídico brasileiro e a evolução de sua legislação quanto à licença-maternidade. Correlação dos instrumentos protetivos da maternidade no meio internacional por meio de convenções com a seara nacional consistente no texto constitucional e legislação infraconstitucional. Estudo acerca da utilização da licença-maternidade como forma de condicionar a mulher à função de responsável pelo cuidado e criação dos filhos. Análise comparativa da licença-maternidade com a licença-paternidade com ênfase no lapso temporal e discussão acerca das implicações resultantes de tais disparidades. Avaliação da quebra de paradigma proporcionada pelas mudanças introduzidas pela Lei nº 12.873/2013. Conclui-se que, ainda que em essência a licença-maternidade constitua medida protetiva com natureza de ação afirmativa, verifica-se a existência de reprodução da divisão de papéis baseadas no gênero, o que acarreta obstáculo à concretização do Princípio da Igualdade, visto que a mulher ainda é discriminada pois condicionada ao espaço privado.

Palavras-chave: Licença-maternidade. Mulher. Discriminação de gênero. Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

ABSTRACT

Analysis of maternity leave and its liaison with the principle of equality. The study is centered on gender equality and aimed to the scope of the heterosexual parents, either biological or foster, for purposes of delimitation. Bibliographical research about the fundamentals of Brazilian legislation with regard to the protection of motherhood, with emphasis on the license granted to the employee. The theme approach has a grand function regarding the assurance and materialization of the fundamental rights, especially those that concern to equality and proscription of discrimination. Application of bibliographic and documentary techniques for literary works and scientific articles relevant to the theme, with emphasis on the appreciation of the Brazilian legal system and the evolution of its legislation regarding maternity leave. Correlation of the protective instruments of maternity in the international scope by means of conventions with the national environment consistent in the constitutional text and infra-constitutional legislation. Study about the use of maternity leave as a way of conditioning women to the role of caregiver and child rearing. Comparative analysis between maternity leave and paternity leave with an emphasis on/regarding the temporal gap and discussion about the implications resulting from such disparities. Evaluation of the paradigm break brought about by the changes introduced by the Law n° 12.873/2013. It is concluded that, although in essence maternity leave constitutes a protective measure with nature on the affirmative action, it is verified the existence of a reproduction of the division of roles based on gender, which entails an obstacle in the implementation of the principle of equality, since women are still discriminated when conditioned to private space.

Key words: Maternity leave. Women. Gender discrimination. Principle of equality and non-discrimination.

LISTA DE SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ASPECTO PRICIPOLÓGICO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO.....	11
2.1 Concepção formal e material da igualdade	11
2.2 A não discriminação como vertente negativa do princípio da igualdade	14
2.3 Considerações no âmbito das relações de trabalho	18
2.3.1 Da discriminação contra a mulher.....	19
3 IGUALDADE DE GÊNERO NAS RELAÇÕES LABORAIS NO TOCANTE À PROTEÇÃO DA MATERNIDADE	22
3.1 Evolução dos instrumentos jurídicos de proteção no plano internacional.....	22
3.2 Evolução dos instrumentos jurídicos de proteção no plano nacional	25
3.3 Conceito e delimitação da licença-maternidade no ordenamento jurídico brasileiro atual.....	29
3.3.1 Duração da licença-maternidade	30
3.3.2 Da prestação pecuniária no curso da licença.....	32
3.3.3 Da possibilidade de extensão do direito ao recebimento da licença-maternidade .	34
3.3.4 Instituto semelhante conferido ao trabalhador: licença-paternidade.....	35
4 A EXPRESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER.....	38
4.1 A histórica concepção da maternidade como fruto do meio social patriarcal	38
4.2 A atual conjectura da maternidade como forma de autodeterminação da mulher	41
4.3 O comprometimento do princípio da igualdade frente à reprodução da divisão de gênero através da licença-maternidade	44
4.4 O reforço da discriminação pela disparidade temporal existente entre a licença-maternidade e a licença-paternidade.....	49
4.5 Da possibilidade de superação do viés discriminatório por meio da edição da Lei nº 12.873/2013.....	53
5 CONCLUSÃO.....	57

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A proteção da maternidade consiste em direito social assegurado no texto da Constituição Federal. Grande expressão de tal garantia consiste na existência do instituto da licença-maternidade que, em essência, representa período de ausência laboral para fins de cuidados a serem desempenhados com o filho, sendo o usufruto devido à empregada que se torna mãe, seja biológica ou adotante.

Tal instrumento possui natureza de ação afirmativa e visa o alcance da esfera material do Princípio da igualdade, pois objetiva a apreciação das diferenças pertinentes à mulher de modo que esta não sofra atos ou comportamentos discriminatórios na seara trabalhista.

Nesse sentido é que o presente trabalho pretende analisar primordialmente se o fundamento basilar da licença-maternidade corresponde, de fato, a um meio de tratamento diferenciado dotado de justiça e razoabilidade ou se permeado por divisão de gênero latente em sua essência que busca dar continuidade à ideia de que homem e mulher são destinados a determinadas funções sociais.

Ressalte-se que a temática aqui abordada tem como âmbito de análise casais heterossexuais, sejam pais biológicos ou adotantes, para fins de mera delimitação do tema, haja vista que os diversos arranjos familiares trazem consigo múltiplas implicações e optou-se por restringir o campo de pesquisa a tal configuração.

Tendo em vista que a busca pela igualdade de gênero não é objeto inovador ou recente, esta pesquisa busca avaliar se sujeitos diferentes podem, mediante os instrumentos adequados e devidamente embasados, se situar em patamar de igualdade, tendo em vista a complexidade de tal situação equitativa. Ora, necessário abordar tal possibilidade em razão de a dinamicidade da sociedade ser capaz de alterar até mesmo a definição do que é tido como posição igualitária, pois interligada com o meio social e momento cultural em que se encontra.

Este trabalho foi pautado na utilização das técnicas documental e bibliográfica. Aquela envolveu pesquisa bibliográfica de obras literárias a respeito do assunto em análise e artigos científicos, objetivando a revisão de literatura, enquanto a técnica documental consistiu no estudo da Constituição Federal, leis infraconstitucionais e convenções internacionais correlatas, bem como no assentamento da licença-maternidade no âmbito histórico e legislativo com ênfase na transfiguração do papel social da mulher.

Assim, a estrutura desta pesquisa consistiu em um segundo capítulo de caráter principiológico a fim de exaurir sua concepção formal e material, bem como explicar e situar

o Princípio da igualdade e a sua vertente negativa, qual seja a da não discriminação, além de relacioná-la no campo das relações trabalhistas.

O terceiro capítulo, por sua vez, concerne à proteção conferida à maternidade tanto em se tratando de mecanismos de ordem internacional como nacional, sendo neste último aspecto analisada toda a evolução legislativa a respeito do tema até o momento atual. Tendo em vista a concretização maior de tal proteção através do instituto da licença-maternidade, este capítulo aborda também a conceituação e delimitação legal de tal instrumento, bem como possibilidade de extensão quanto ao sujeito usufruidor e faz apontamentos breves sobre instrumento semelhante, qual seja a licença-paternidade.

Por fim, o quarto capítulo traz explanações acerca do papel feminino na sociedade com ênfase no paradigma do caráter patriarcal, bem como a mutação da concepção acerca da maternidade que passa de destino e determinação natural para autodeterminação e dependente de decisão inerente à mulher acerca de sua vontade e capacidade para exercer a maternidade.

Neste mesmo momento é feita análise a respeito da possibilidade de desvirtuamento da promoção do Princípio da Igualdade com vistas à latente divisão de gênero que pode estar enraizada na origem da licença-maternidade, bem como é feito o comparativo dessa última com a licença-paternidade no que diz respeito à disparidade de prazos e à justificativa de tal característica. Ao término do capítulo verifica-se a inicial alteração legislativa que objetiva ultrapassar o caráter discriminatório e obsoleto ao propiciar o usufruto de instrumentos antes restritos à mulher, porém com a insistência de entraves que devem ser também superados, tais quais o da sobrecarga feminina e utilização de critérios baseados em estado civil.

2 ASPECTO PRICIPIOLÓGICO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

Preliminarmente faz-se necessário ponderar, para que sejam contemplados os objetivos desse exame, a peculiaridade plurifacetada do Princípio da igualdade, que presente está no ordenamento jurídico brasileiro e encontra máxima no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, da onde se extrai que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL,1988)

Contudo, não é somente nesse dispositivo que o aludido princípio resta consubstanciado, motivo pelo qual a Constituição deve ser considerada como um todo quando feita a análise tanto do âmbito sistemático como do teleológico. E é a partir da diversidade de formas de expressão desse princípio que se verifica seus dois sentidos, quais sejam o formal e o material.

2.1 Concepção formal e material da igualdade

A igualdade enquanto princípio representa, nos diversos momentos históricos, a essência da busca pelos ideais de justiça e equidade, de forma que os anseios do meio social entrassem em confluência com o ordenamento jurídico de cada Nação.

Na concepção formal, o âmbito de que se trata é o da igualdade jurídica, isto é, a máxima de que todos os indivíduos são iguais perante a lei e, por essa razão, o tratamento deve ser equânime para todos os cidadãos que estejam abarcados pelo determinado ordenamento jurídico.

Esse sentido liberal de igualdade consistia, em resumo, em uma aplicação uniforme e genérica do Direito, não havendo distinção nem mesmo para avaliar a proporcionalidade e as peculiaridades de cada indivíduo, com o intuito de que fossem extirpados os privilégios ou diferenciações existentes.

Atribuir forma linear e horizontal à igualdade acaba por resultar na redução de seu significado à uma fórmula matemática na qual o dividendo dessa equação traduz que todos a possuem formalmente, de fato, sem que necessariamente tal declaração tenha eficácia na

prática, já que o que resta positivado não traz como decorrência lógica e necessária a efetividade e satisfação da medida.

Segundo Martim de Albuquerque (1993, p. 15), tal conteúdo pode ser extraído, inclusive, do compilado de proposições que estão situadas na herança deixada pelo Mundo Antigo no campo da Filosofia, tais como a que representa que: “a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo), em certos casos, ser geométrica”.

Ademais, o que ocorre é que interpretar o princípio da igualdade de forma homogênea e unilateral consubstancia o ideal apenas no dever estatal de igual aplicação da lei, não se exigindo do Estado medidas ativas a fim de promover a igualdade em um âmbito além do jurídico-normativo, sendo assim:

[...] a igualdade pura e dura dos primeiros textos revolucionários pouco viveu: tropeçava muito na realidade e em suas coerções sociológicas. [...] Pois entre 1789 e nossa época, notadamente sob a influência do marxismo, a idéia de justiça social mudou de conteúdo: o direito já não tem somente a missão de instaurar a igualdade cívica, mas deve compensar os efeitos mais gritantes das desigualdades de fato. (ROULAND, 2003, p. 304-305)

O conceito de igualdade gerado no momento marcado pelo movimento revolucionário liberal francês é insuficiente para mensurar as relações sociais dos cidadãos entre si e no tocante ao aparato político atual.

As disparidades, sejam elas econômicas, sociais ou de gênero, expuseram que o comportamento estatal que pregava a neutralidade como forma de solução para erradicar conflitos gerados pelos privilégios ou discriminações não é capaz de, por meio de um texto positivado e declaratório, comportar as necessidades particulares de cada indivíduo nem tampouco de proporcionar progresso de ordem econômica ou social.

A partir da compreensão de que o aspecto meramente formal da igualdade, especialmente no que se refere às liberdades civis, é insuficiente e precário, tendo em vista que não extingue ou nivela efetivamente as desigualdades presentes no meio social em razão do caráter propriamente heterogêneo natural do ser humano, torna-se imperativo que se desenvolva uma nova nuance capaz de suprir o anseio pela equidade e de fato alcançar a matriz principiológica.

Desse modo, como resultado da tomada de consciência popular – ainda que em níveis minimamente razoáveis, a liberdade que tanto fora almejada e, segundo o discurso liberal, conquistada, passa, então, a carregar consigo uma nova dimensão: o cidadão que é livre possui, portanto, a prerrogativa de reivindicar do Estado ações positivas que promovam o real usufruto dos direitos que formalmente já lhe são garantidos. Por consequência, há uma

mudança na concepção de Estado, que desemboca no chamado Estado Social de Direito (*Welfare State*), em que este não deve apenas gerir a máquina pública, mas, também, promover políticas públicas – direitos sociais, visando à concretude dos direitos fundamentais que estruturam a ordem jurídica:

[...] no Estado social, conquanto o direito à liberdade tenha permanecido íntegro, a relevância do direito à igualdade foi substancialmente acentuada, de tal sorte que o seu conceito passou a ter um sentido material, e não mais meramente formal. A garantia de igualdade no Estado social demanda, pois, atuação positiva, com a finalidade de reduzir as desigualdades socioeconômicas, mediante a distribuição equitativa de recursos. (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 51)

A segunda concepção do princípio da igualdade é a material, que se contrapõe ao mero tratamento igualitário perante a lei de determinado ordenamento jurídico: ela “busca ainda a erradicação da pobreza e de outros fatores de inferiorização que impedem a plena realização das potencialidades do indivíduo. A igualdade, nessa fase, vincula-se à vida digna” (RAMOS, 2014, p. 466).

Nesse contexto, tem-se que é a igualdade do âmbito material que vem a ser o meio propulsor capaz de nortear o *Welfare State*, com vistas à equidade e ao bem-estar comum. Para tanto, verifica-se que condições e institutos jurídicos são criados, a fim de que sejam oportunizados os meios fomentadores da vida digna, conforme os ensinamentos de Jorge Miranda:

Sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porque nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autônoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*. (MIRANDA, 2000, p. 103)

Verifica-se, portanto, que na acepção voltada à execução em defesa do ideal de justiça, não há desconsideração acerca das diferenças existentes, pelo contrário, essas devem ser devidamente apreciadas a fim de que sejam também atingidas pelas medidas estatais que visam sua proteção e adequação frente às barreiras com as quais há interação.

Para que haja eficácia no âmbito material da igualdade, importante, ainda, que seja representada sob dois signos: o da oportunidade e o de resultados. Conforme Vera Lúcia Raposo (2006, p. 166), enquanto aquela representa a promoção de circunstâncias de partida e de oportunidades para que as necessidades específicas de cada grupo sejam atendidas, essa última refere-se à chegada, quando reparos são realizados pelo Estado para possibilitar a

efetiva distribuição de bens, por não ser suficiente, em alguns casos, apenas a existência das providências iniciais voltadas à efetivação da igualdade.

Ao contrário do que possa parecer acerca das considerações feitas pelas facetas da igualdade, os aspectos formal e material não são excludentes ou incompatíveis entre si, mas complementares e essenciais, quando considerados em conjunto, para a real aferição da igualdade. É mediante a simbiose de ambas as acepções que, por fim, a igualdade agrega a qualidade de ser no que se refere ao âmbito jurídico-político, econômico e social.

A aparente incompatibilidade dessas normas solve-se ao se constatar que a igualdade formal – igualdade de todos perante a lei – não conflita com o princípio da igualdade material, que é o direito à equiparação mediante a redução das diferenças sociais. Trata-se da consagração da máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. (DIAS, 2007)

A associação do formal com o substancial busca não mais restringir a igualdade ao campo positivo de vedação da desigualdade ou, ainda, apenas nulificar o tratamento fundado em razões preconceituosas manifestas, comprovadas ou comprováveis (ROCHA, 1996), mas também observar a concretização do conteúdo do princípio da igualdade nos momentos de aplicação da norma jurídica, viabilizando possibilidades e gerando efeitos igualitários de fato.

2.2 A não discriminação como vertente negativa do princípio da igualdade

Para Hannah Arendt (2007, p. 188), o ser humano possui duas perspectivas no que diz respeito à sua pluralidade: de igualdade e diferença. O primeiro aspecto refere-se à uma igualdade fundamental pelo pertencimento à espécie humana, motivo pelo qual os indivíduos são idênticos e possuem semelhanças em aspectos de âmbito biológico e racional. Tal nível de igualdade é que possibilita a inter-relação daqueles entre si, a compreensão de seus ancestrais e as previsões acerca do que eventualmente será imprescindível para seus sucessores.

Contudo, ressalte-se que apesar das semelhanças intrínsecas do ser humano, é essencial que haja diferenças que particularizam cada indivíduo em relação a qualquer outro, de forma que cada ser se faz único em sua existência. Por essa razão é que o discurso e ação são utilizados na comunicação, pois cada pessoa difere da outra em fatores socioeconômicos, de gênero, de etnia, dentre outros, já que é necessário que haja entendimento entre os que compõem o meio social (ARENDR, 2007, p. 189).

A coexistência da igualdade essencial com as desigualdades individuais clama pelo princípio da igualdade como tarefa antrópica e necessária, de forma que o nivelamento dentre

desiguais deve ocorrer seguindo fatores e aspectos específicos para cada caso em questão, tendo em vista que se não houver construção positiva, a tentativa de nivelar será apenas uma forma de discriminar um indivíduo ou grupo do restante.

Conforme definição de Mauricio Godinho Delgado (2000, p. 97), a discriminação vem a ser a conduta por meio da qual é produzida a negação de um direito básico do ser humano, o de receber tratamento compatível com o padrão jurídico disposto para a situação concreta que determinada pessoa vivencia. Ademais, discriminar é, nos dizeres de Brito Filho (2002, p. 37), “atentar contra o princípio da igualdade, muito embora não só contra ele, como também contra a dignidade do ser humano”.

No âmbito do Direito do Trabalho, segundo o texto do Decreto nº 62.150 de 1968 que promulgou a Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – ratificada pelo Brasil em 1965, discriminar constitui ato de violar os direitos garantidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, sendo, em conformidade com o art. 1º, o vocábulo discriminação definido como:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (BRASIL, 1968)

Tal atitude atentatória aos princípios sob os quais a sociedade está sustentada e organizada possui formas diversas de manifestação. De acordo com Arion Romita (2012, p. 319), é possível que haja práticas intencionais e conscientes que são danosas a um ou mais indivíduos por causar exclusão ou anulação de seus direitos de forma direta.

Outra modalidade, a discriminação denominada reflexiva ou indireta, infere a situação de desigualdade existente e acaba por reforçar ou perpetuar o cenário por meio do conteúdo de medidas legislativas ou administrativas. O ato discriminatório é dito oculto quando caracterizado por ser uma ação dotada de neutralidade, em que resta camuflada a intenção prejudicial por não haver implementação de oportunidades que visem a integração de direitos a grupos vulneráveis.

No mesmo sentido preleciona Paula Cantelli:

[...] a discriminação indireta é a que diz respeito a atos aparentemente neutros, mas que, indiretamente, geram um efeito desigual em determinada pessoa ou grupo, excluindo-os. Neste caso há uma aparência formal de igualdade mas que, de fato, cria desigualdade.

É o que acontece, por exemplo, em processo de seleção que, injustificadamente, tenha como critério “disponibilidade integral de tempo”. (CANTELLI, 2007, p. 153)

Ademais, a discriminação pode ser caracterizada por ser negativa ou positiva. A negativa corresponde ao tratamento desigual oferecido que prejudica determinado indivíduo ou grupo de pessoas sem que haja justificativa para seu estabelecimento, motivo pelo qual segrega, exclui ou anula pessoas por mera deliberação (LIMA, 2011, p. 211-212).

Por outro lado, a discriminação denominada positiva consubstancia o tratamento diferenciado que é dado ou oferecido em prol do favorecimento de pessoas ou grupos vulneráveis (negros, mulheres, pessoas com deficiência, dentre outros), havendo justificativa, correlação e razoabilidade na adoção de medidas, iniciativas, políticas não-equiparadas. É nesta forma de discriminação que se baseia o princípio da não discriminação:

A técnica de não discriminar vincula-se ao aparato legal de tratamento isonômico. Tratar a todos igualmente, sem distinção, pressupõe, à primeira vista, não realizar qualquer comparação entre pessoas.

Em segundo plano, não discriminar se traduz em oferecer tratamento especial às pessoas pertencentes aos grupos vulneráveis, buscando capacitá-las ao exercício dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, sob o aparato legal da igualdade substancial. Assim, o Princípio da Igualdade tem como desdobramento, além da obrigação de diferenciar o tratamento para proporcionar igualdade jurídica e dar vazão às necessidades específicas, a proibição da discriminação. (GURGEL, 2010, p. 49)

A não discriminação sendo, na verdade, uma forma de discriminação positiva, não representa, de forma alguma, contradição ou desvirtuamento da igualdade aqui ora analisada. Com efeito, a concretização da igualdade substancial sucede justamente do mandamento de que haja tratamento diverso para destinatários diferentes em virtude da necessidade de equiponderar uma desigualdade de oportunidades para os indivíduos envolvidos, consubstanciando-se em um dever de diferenciação. Tal premissa é demonstrada por Robert Alexy (2011, p. 397) através da máxima de que “se há uma razão suficiente para impor um tratamento desigual, então um tratamento desigual impõe-se”.

A vertente da não discriminação apresenta conexão, ainda, com a dignidade da pessoa humana, uma vez que não comporta condutas arbitrárias que acarretem o triunfo de um sobre o outro, mas acaba por resguardar as diferenças que particularizam e individualizam determinado ser, garantindo, pois, que a titularidade da dignidade pertence a todos os indivíduos e não somente a alguns privilegiados.

Ressalte-se que a existência de medidas diferenciadas de tratamento que se encontram patentes e literais no texto da Constituição Federal não extingue a viabilidade de formas implícitas de atuação diferenciada de caráter infraconstitucional. Todavia, importante

evidenciar que tais condutas providas de diferenciação de tratamento exigem, segundo Celso de Mello (2004), a aferição de alguns pressupostos a fim de que possa, efetivamente, configurar um tratamento não discriminatório

Assim, momento delicado é o de eleição do parâmetro de diferenciação entre um indivíduo ou um grupo de pessoas, haja vista que a razão de sua existência deve constituir uma justificativa lógica de necessidade, além de intentar resultado lícito e legítimo, com o cumprimento e respeito do balizamento empreendido pela razoabilidade, bem como pela proporcionalidade.

Outrossim, exige-se que os critérios de distinção, para que sejam dotados de tal legitimidade, possuam aptidão para alcançar o propósito almejado, não existindo uma imposição de cumprimento do resultado, o que é materializado na adequação entre o meio e o fim da medida.

Logo, a desigualdade de tratamento não concebe afronta à isonomia, por ser o seu propósito a efetividade da igualdade em termos de oportunidades, resultando em seu legitimação e constitucionalidade, conforme já explanado anteriormente.

Ademais, segundo Maria Aparecida Gugel (2016, p. 57-58), a partir da temática exposta na Convenção nº 111 da OIT, verifica-se a existência de três instrumentos utilizados pelo Estado a fim de promover a igualdade e eliminar discriminações injustas.

Primeiramente, o Estado pode promover a aplicação, tanto em matéria legislativa como administrativa, de políticas proibitivas de comportamentos discriminatórios por meio de mecanismos e instrumentos jurisdicionais que sirvam para que a vítima obtenha reparação no caso concreto. Nesse sentido é que a Constituição Federal em seu art. 5º, XLI, determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988), podendo, ainda, haver a constituição de tipos penais que punam outras condutas discriminatórias específicas.

A segunda medida consiste em um reconhecimento extensivo da situação, sendo o fenômeno desenvolvido sob uma perspectiva em sentido *lato*, com a admissão de que o comportamento baseado na discriminação é gerado em conjunto multifacetado de vínculos e manifestações. Aqui, concebe-se o distanciamento em relações diversas, como por exemplo, no mercado de trabalho, motivo pelo qual são implantadas espécies de cotas que objetivam remediar as discriminações negativas que um grupo de pessoas tenha sofrido em momento pretérito.

O caráter desse instrumento é o de promoção, dado que já existe discernimento acerca da não satisfação do conteúdo do princípio igualitário mediante a desautorização e o veto do ato discriminatório. Logo, emprega-se políticas que compensem e, por conseguinte, promovam a inclusão de segmentos sociais inferiorizados.

Quanto ao terceiro modelo, percebe-se a concordância das políticas empregadas quanto à gênese das desigualdades existentes, qual seja, local externo e anterior ao mercado de trabalho, em contrariedade à ideia de que é esse é que segrega. Por este motivo, a incidência do sistema de políticas públicas “se processa de forma mais ampla, exigindo a adoção de serviços de apoio para enfrentar e recuperar as desigualdades dos grupos sociais discriminados em todas as áreas” (GUGEL, 2016, p. 58).

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta predominância no tocante ao segundo paradigma ora apresentado. Isso se verifica, entre outras expressões de políticas de diferenciação, no âmbito do art. 7º, XX, da Constituição Federal que determina a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos” (BRASIL, 1988), como também resta evidenciado no texto do art. 37, VIII, quanto à reserva legal de cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência demarcada em percentual.

2.3 Considerações no âmbito das relações de trabalho

A relação de trabalho representa uma esfera abundante para o desenvolvimento e perpetuação de discriminações. O empregador, munido de seu *jus variandi*, isto é, detentor de poderes diretivo e organizacional que lhe são intrínsecos, é que decide qual candidato será selecionado e contratado para desempenhar atividades na ocupação oferecida.

Tal prerrogativa é concedida ao tomador de serviços em decorrência do princípio da alteridade, consubstanciado no art. 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que designa a competência de arcar com os riscos e custos da atividade econômica ao empregador, não existindo a transferência do ônus do empreendimento para o empregado, motivo pelo qual “admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (BRASIL, 1943).

A relação de trabalho, portanto, baseia-se em uma subordinação do empregado em relação ao empregador, bem como é caracterizada pela situação de dependência econômica do trabalhador.

Entretanto, ainda que submetido ao mencionado poder de direção e organização por conta do vínculo estabelecido com o empregador, o indivíduo que desempenha atividade

remunerada por conta de outrem ou de quem depende financeiramente, não está privado do usufruto de seus direitos: não há que se falar em abdicação dos direitos fundamentais frente à preponderância do *jus variandi* (LIMA, 2011).

A posição vulnerável na qual se encontra o trabalhador frente ao poder e capacidade da qual é dotado o empregador torna imperiosa a proteção da parte hipossuficiente mediante aplicação do princípio da igualdade e não discriminação, motivo pelo qual este cerceia a autonomia da vontade no tocante ao tomador de serviços, necessário, pois, que haja harmonia e proporcionalidade entre ambos em tal área de atuação.

Importante frisar que o Princípio da igualdade – com ênfase na proibição da diferenciação injusta ou arbitrária, não objetiva podar e restringir substancialmente os critérios facultativos referentes à administração do empreendimento, inclusive por não poder aquele intrometer-se nas particularidades que sejam, de fato, essenciais ao exercício da atividade laboral em questão. Intenta-se o desempenho do papel de proteção da parte economicamente vulnerável, principalmente tratando-se de grupo social vulnerável, pois tem-se em vista a concretização da igualdade material:

O empregador tem plena liberdade de escolha, baseada na capacidade para o exercício do cargo, no grau de instrução do candidato, na experiência, nas qualificações técnicas, na competência e na responsabilidade. Não se trata, portanto, de inibir fatores discricionários da gestão empresarial, especialmente na escolha dos candidatos. O empregador tem o direito de escolher o trabalhador de acordo com o perfil da empresa, desde que seus atos não sejam fundados, ainda que indiretamente, em motivo de gênero, orientação sexual, cor ou religião. (GURGEL, 2010, p. 61)

Por isso é que a igualdade é consubstanciada, inclusive, em base axiológica de um conjunto de direitos fundamentais que objetivam restringir ou até mesmo extinguir as desigualdades de fato, que são os direitos sociais. Dentre esses, ressalte-se os direitos trabalhistas como importante expoente, de forma que a não discriminação no campo das relações de trabalho é um de seus componentes de maior relevância (LIMA, 2011, p. 35-36).

2.3.1 Da discriminação contra a mulher

Na esfera do Direito do Trabalho, o artigo 1º da Lei nº 9.029/95 veda a aplicação de práticas discriminatórias ou restritivas baseadas em sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional ou idade que estejam relacionadas ao ingresso ou nas relações de trabalho ou manutenção dessa. Ainda que o dispositivo elenque

tais situações, não constitui rol *numerus clausus*, visto que ao fim dispõe que outras condutas podem ser classificadas como forma de discriminação.

Acrescente-se que a norma excepciona a diferenciação de trato conferida à criança e ao adolescente por força do texto do artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal. Trata-se, aqui, de norma discriminante de vertente positiva a fim de coibir que o menor de 18 (dezoito) anos exerça trabalho noturno, perigoso e insalubre e que o menor de 16 (dezesesseis) – porém nunca menor de 14 (catorze) – trabalhe em qualquer que seja a sua forma, salvo se na condição de aprendiz.

Em se tratando do estudo aqui realizado, o foco é direcionado às discriminações motivadas em razão do sexo (a partir desse é que construídas as acepções sociais referentes ao gênero, cerne a ser abordado), especificamente no tocante ao trabalho prestado pela mulher.

No que diz respeito à discriminação feminina cabe introduzir uma classificação doutrinária específica. Aquela que impede a mulher de ocupar funções de maior hierarquia constitui a chamada forma vertical, enquanto a que limita a mulher ao exercício de atividades denominadas “femininas” resulta na diferenciação horizontal (SCHNEIDER, 2015, p.93).

De acordo com Denise Novais (2005, p. 36), insere-se também a discriminação tipificada como autodiscriminação. Essa modalidade consiste, segundo a autora, no exagero com que a mulher exercita a autovigilância, o que repercute em sua vida na forma de repressão criada por si para si própria, o que a impede de ocupar determinados cargos por não se achar apta em razão dos mecanismos internos repressores de que faz uso.

Importante evidenciar que tais modalidades aqui explanadas possuem sua essência afincada na consolidação da ideia histórica de inferiorizar a mulher ante ao poderio masculino. Assim, os meios ditos protetivos e específicos para a atuação feminina no mercado de trabalho com vistas ao alcance do teor do Princípio da igualdade residiram – e muitos insistem em residir ainda hoje – por muito tempo em fatores biológicos que determinavam e exigiam essa limitação do trabalho da mulher a fim de preservá-la, como também evitar a sobrecarga já que é a detentora de maiores tarefas no ambiente familiar (PERES, 2014, p. 110).

A mulher trabalhadora quando figura na qualidade de sujeito passivo de ato discriminatório viu seu campo de atuação há muito tempo sendo podado pelos mesmos instrumentos que proclamavam assegurar a dignidade da pessoa humana, pois:

Esses posicionamentos refletiam uma estrutura cultural arraigada de estereótipos sexistas, que atribuíam à mulher 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, 2008, p. 353)

Diante da concepção social que discrimina a mulher por meio da reprodução de atribuições ditas inerentes ao gênero ou por negar-lhe acesso ao que determina-se fora do seu âmbito de alcance é que necessária se faz a tutela especial da mulher inicialmente no que se refere aos termos legislativos. A proteção configura favorecimento feminino mediante a implementação de discriminações positivas, isto é, ações afirmativas. De acordo com Aldacy Coutinho:

[...] a distinção deve se pautar por critérios objetivos e razoáveis, necessários e suficientes para tal e, ainda, não onerosos. Diante de eventual desigualdade, há de se resolver por diretivas fixadas em regras ou princípios constitucionais, sendo que os objetivos serão valorados por compatibilidade, mediante o reconhecimento de uma relação com as condições reais de iguais oportunidades. Tudo sempre de sorte a garantir a Justiça social e a concentração e eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. (COUTINHO, 2000, p. 22)

Paula Cantelli (2007, p. 176) complementa o tema das ações afirmativas ao explicar que tais medidas podem abranger variados setores e perspectivas das relações laborais femininas, tais como a estipulação de políticas que visem alterações culturais, introduzam meios de conciliar o trabalho e a vida familiar, garantam dignidade humana no campo do trabalho, dentre outros.

Desse modo, o estabelecimento de tratamento diferenciado de acordo com o sujeito e a situação não deve corresponder a ato ou prática discriminatória, visto que deve ser justificado como vetor para a obtenção da igualdade material. O que deve ser analisado detalhadamente é se tais mecanismos protetivos continuam com embasamento válido e eficaz, já que a dinamicidade do meio social pode transmutar o sentido da norma antes igualitária para instrumento de perpetuação de comportamento ou prática de essência discriminatória.

3 IGUALDADE DE GÊNERO NAS RELAÇÕES LABORAIS NO TOCANTE À PROTEÇÃO DA MATERNIDADE

3.1 Evolução dos instrumentos jurídicos de proteção no plano internacional

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada no período posterior à Primeira Guerra Mundial, pela Conferência da Paz, em 1919, quando aprovado o Tratado de Versalhes. Desde o primeiro ano de sua existência, foram editadas seis Convenções que visavam tutelar o trabalho da mulher.

Ainda em 1919 surge a Convenção nº 03, que foi o instrumento destinado a abarcar a proteção à maternidade, de forma que garantiu o direito de a gestante ausentar-se do ambiente de trabalho, sendo tal ato remunerado, compulsório e correspondente a seis semanas tanto no período que antecede o parto como no que o sucede, mediante apresentação de atestado médico, conforme seu artigo 3º, “a” e “b”.

Ademais, restou garantida a percepção de uma chamada “indenização” durante todo o íterim que deve ser financiada pelos cofres públicos; bem como o direito a dois intervalos de trinta minutos destinados ao aleitamento, quando ao seu retorno às atividades laborais; como também a impossibilidade de demissão da gestante e da lactante, sendo ainda possível a extensão do prazo no caso de surgimento de doença gerada pela gravidez ou pelo parto.

Ressalte-se que o Brasil ratificou a Convenção de Proteção à Maternidade de 1919 por meio do Decreto nº 423 de 12 de novembro de 1935, tendo, contudo, denunciado o referido instrumento em 1962, sob a justificativa de que os custos oriundos do afastamento da gestante deveriam ser de responsabilidade do empregador e não dos cofres públicos ou por meio de seguro.

Todavia, apesar de progressistas e promissoras às mulheres tão constantemente subjugadas pelo desvirtuado poder masculino no âmbito laboral, a era inicial de proteção ao trabalho da mulher, inclusive no tocante à esfera internacional, visava a manutenção do papel da mulher na realização das tarefas de cunho doméstico e familiar. Nesse mesmo sentido é o posicionamento da autora Sônia Nascimento (1996):

A fase protetora do trabalho feminino foi marcada pela elaboração de Convenções e Recomendações sobre maternidade, trabalho noturno, insalubre, perigoso, duração do trabalho, trabalho manual e habitual com cargas, segurança e higiene do trabalho, enfim, **regras destinadas a preservar a reprodução da espécie pela mulher, e assegurar-lhe condições para cumprir as obrigações familiares.**

Em outro momento, a Organização Internacional do Trabalho se preocupou não mais com a limitação das condições de trabalho da mulher, mas, sim, com a

igualdade com o trabalho masculino. Em consequência, ganharam destaque temas como a igualdade de oportunidade e de trato entre o homem e a mulher, a não-discriminação do trabalho em razão do sexo, em matéria de emprego, relações profissionais, igualdade de remuneração, formação profissional, responsabilidade familiar, entre outras. (NASCIMENTO, 1996, p. 18, grifo nosso)

Posteriormente, em 1952, a Convenção nº 03 foi revisada por intermédio da Convenção nº 103, ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, com posterior promulgação ante o Decreto nº 58.820 de 14 de julho de 1966. De acordo com o texto promulgado, percebe-se que houve aumento do alcance do Tratado, haja vista que setores não industriais passaram a fazer parte de seu espectro, tais como as mulheres empregadas no ramo agrícola e doméstico, e ainda permitiu que cada Estado dispusesse em sua própria legislação acerca da duração do período da licença usufruída obrigatoriamente após o parto, desde que não fosse inferior a seis semanas, e do restante da licença total, que deve ser de um mínimo de doze semanas, podendo até ser fracionada em mais de um intervalo.

Com o objetivo de elucidar e aperfeiçoar o conteúdo da Convenção nº 103, a OIT editou a Recomendação nº 95, que trouxe importante delineamento acerca da possibilidade de dilatação da licença para até catorze semanas, sempre que necessária para a saúde da mulher, além de propor que o benefício a ser pago corresponda a 100% do salário já recebido pela empregada, a fim de evitar redução discriminatória por conta da gestação. Igualmente, o tempo mínimo sugerido por jornada de trabalho para fins de amamentação seria elevado para uma hora e meia, com a possibilidade de alteração em sua frequência e duração através de atestado médico.

Contudo, cabe ressaltar que, conquanto as Convenções da OIT desfrutem do *status* de Tratados Internacionais, detêm caráter eminentemente normativo e, desde a sua ratificação, geram obrigações para o Estado em questão no que diz respeito ao âmbito internacional; as Recomendações não são garantidas por força vinculante, pois são orientações a respeito de como os Estados devem pautar sua legislação trabalhista, isto é, consubstanciam sugestões dirigidas ao Poder competente para que haja a adoção de providências sobre determinado objeto (GURGEL, 2010, p. 104).

Depois de quase meio século, uma nova revisão foi aprovada durante a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho realizada em 15 de junho de 2000, momento em que foi adotada a Convenção nº 183, ainda não ratificada pelo Brasil.

Importantes mudanças foram implementadas por força de seu texto, tais como um novo número mínimo para o afastamento gestacional, qual seja de catorze semanas, podendo este período ser prorrogado a critério do Estado-membro, sendo que deste número, seis

semanas devem ser compulsoriamente usufruídas após o parto, a menos que haja acordo diverso entre o governo e as organizações representativas de empregadores e de empregados; e a adoção de medidas de prevenção à exposição a riscos durante e após a gravidez.

Lacuna que restava presente nos textos anteriores era acerca de maior proteção no tocante à dispensa da empregada, o que foi devidamente suprido pela Convenção nº 183.

Ora, além de proibir a dispensa da mulher durante a gestação e no curso da licença, o instrumento normativo impede, ainda, a demissão após a sua reintegração ao trabalho, devendo tal lapso temporal ser regulado por meio de legislação doméstica. Porém, caso o fundamento seja outro qualquer, o ônus da prova acerca da não relação com a maternidade ou com os efeitos dela decorrentes será inteiramente do empregador.

Além disso, a empregada conserva o direito de retorno ao mesmo posto de trabalho ocupado antes de seu afastamento ou, se não for possível, ocupará outro com a percepção da mesma remuneração. Assim, qualquer retaliação motivada pela gravidez, pelo nascimento da criança e suas consequências, ou a amamentação não encontrará alicerce.

A Recomendação nº 191 prescreve para os membros da OIT que seja empregado esforço a fim de dilatar a liberação da gestante para dezoito semanas, pelo menos, sendo ainda estendida na hipótese de nascimentos múltiplos. A estabilidade conferida à empregada e a manutenção da contraprestação pecuniária que lhe era devida desde antes do gozo do afastamento são acrescidos, aqui, com a computação de tal período como de efetiva prestação de serviço para a garantia de demais direitos, o que é importante tanto para os reflexos trabalhistas e verbas que lhe forem devidas no momento da saída do emprego, como para efeitos previdenciários, especialmente no cenário brasileiro.

Inovação presente nesta Recomendação refere-se à introdução de propostas de atribuição paterna, pois em caso de falecimento da mãe antes de finda a licença-maternidade, esta deve ser transferida para o pai da criança, a fim de que esta não reste desamparada nos momentos iniciais de sua vida; bem como à criação de uma nova modalidade de licença, a parental, que consiste em afastamento remunerado para a mãe ou pai empregados em momento posterior ao término da licença pós-parto, com vistas à criação e/ou educação dos filhos.

3.2 Evolução dos instrumentos jurídicos de proteção no plano nacional

A Constituição outorgada em 1824, enquanto a recente ex-colônia de Portugal vivia a sua fase de Império, foi completamente voltada para a base econômica do monopólio latifundiário e do trabalho escravo. Neste cenário, a mulher branca via-se confinada ao espaço doméstico e no caso da mulher negra, à formação da mão de obra escrava, de forma que foram praticamente excluídas de qualquer apreciação por parte do texto constitucional (CALIL, 2000, p. 6).

Cabe ressaltar, todavia, que pouco antes da outorga do texto constitucional, o Decreto nº 16.300/1923 que aprovou o Regulamento do Departamento de Saúde Pública que tratava da proteção das trabalhadoras lactantes ao dispor nos artigos 348 a 350 que os estabelecimentos nos quais fossem empregadas mulheres que estavam em seu período de amamentação deveria haver a possibilidade “para o cumprimento desse dever” (BRASIL, 1923), assim como dispunha acerca da existência de creches ou salas de amamentação próximas ao local de trabalho da mãe, sendo o aleitamento realizado duas ou três vezes ao dia. É uma importante referência nacional a respeito do trabalho feminino, sobretudo por versar sobre a condição da trabalhadora que se torna mãe no decorrer do pacto laboral.

Assim como a sua precursora, a Constituição de 1891 novamente repudiou a proteção à maternidade, o que não causa espanto algum, tendo em vista que a mulher nem ao menos foi considerada eleitora, isto é, cidadã para tal arcabouço. A única relevância para o tema ora em destaque consistiu na expressão normativa do princípio da igualdade sem, contudo, fazer menção sequer ao trabalho da mulher.

Importante instrumento é o Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, que instituiu a licença obrigatória à gestante nas quatro semanas antecedentes ao parto, devendo ser necessariamente notificada pela empregada ao seu empregador com antecedência sob pena de não perceber o auxílio correspondente à metade de seu salário médio dos últimos seis meses, além da concessão de igual período a ser utilizado após o parto. Existia, ainda, a possibilidade de prorrogação dos afastamentos (no plural tendo em vista que são fracionados) em um máximo de duas semanas, em casos excepcionais e apenas com comprovação médica mediante a apresentação de atestado.

Acrescente-se às garantias da mulher salvaguardadas por tal Decreto o direito de reversão ao posto ocupado pela empregada, ainda que em casos de aborto, desde que houvesse documentação comprobatória. Novamente, na mesma linha que o Decreto nº

16.300/1923, há a determinação da instalação de creches, desta vez no próprio local de trabalho e somente se o estabelecimento possuísse mais de trinta mulheres laborando, além de pormenorizar a realização do aleitamento, de forma que este deveria ocorrer em dois intervalos de trinta minutos cada, durante o primeiro semestre posterior ao parto.

Somente em 1934 é que o texto constitucional traçou diretrizes pautadas no viés social-democrático, reconhecendo direitos que na prática já vinham sendo alcançados por diversas categorias profissionais, sendo um marco constitucional ao inserir um capítulo destinado à ordem social e econômica (CALIL, 2007, p. 26) e ao garantir a equiparação salarial entre homens e mulheres.

Há a implementação – no mais alto grau de hierarquia das normas do ordenamento, suprimindo, portanto, a necessidade de maior proteção normativa aos direitos que tutelam a maternidade – de um chamado descanso remunerado, tanto antes como após o parto, sem que isso representasse prejuízo do salário e do emprego da trabalhadora, o que acaba por representar a licença-maternidade sem, contudo, estabelecer a duração desta ou o valor exato do benefício financeiro oferecido.

Além disto, todos os entes da Federação foram incumbidos de amparar a maternidade e a infância, bem como de tomar medidas legislativas e administrativas que buscassem diminuir a morbidade e a mortalidade infantil, teor contínuo nos textos constitucionais seguintes.

Segundo informações fornecidas pelo Museu Bertha Lutz (2013), à época da Constituição de 1934, enquanto deputada federal e importante figura do feminismo no Brasil durante o século XX, Lutz justificou a introdução dos artigos de proteção à mulher no Direito Constitucional “[...] com o intuito de aperfeiçoar o lar, de amparar a maternidade e a infância e de utilizar as aptidões vocacionais da mulher, tecnicamente habilitada, nesses serviços de alta relevância para o progresso do Brasil”¹.

A Constituição de 1937, que deu sustentação ao Estado Novo e resultou de um golpe de Estado realizado pelo presidente Getúlio Vargas, ainda que tenha reforçado diversos direitos trabalhistas e implantados outros até então inéditos, no campo de estudo representou retrocesso ao suprimir a garantia de emprego à gestante quanto ao retorno após a ausência licenciada.

¹ Tal justificativa foi elaborada por Bertha Lutz enquanto presidia a Comissão Especial que tinha o propósito de regulamentar os dispositivos da Constituição de 1934 que tratavam da maternidade e da infância. Os artigos constitucionais a que se refere a justificativa são: o 141, o 156, o 121, §3º e o 183, alínea “c”. Acompanharam Bertha em sua proposição: a deputada Carlota Pereira de Queiróz, os deputados Ascânio Tubino, Prado Kelly, Victor Russomano, Luiz Vianna e Homero Pires.

Importante evidenciar que um fator determinante, também, para o enfraquecimento da proteção à maternidade foi a desequiparação salarial, já que mesmo havendo a garantia de igualdade perante a lei para todos, o texto constitucional oportunizou a existência de um desfavor de 10% na remuneração devida à mulher que se deu por meio do Decreto-lei nº 2.548, de 31 de agosto de 1940. Destaque-se que o art. 2º do mencionado dispositivo e que trata do referido tema nem ao menos traz consigo qualquer tentativa de justificar a diferenciação, assentando-se na falta de previsão constitucional acerca da isonomia salarial entre homens e mulheres.

No ano de 1943 entrou em vigor a inovadora Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)², decorrente do caráter paternalista e populista assumido pelo então presidente ditatorial Vargas, com a adoção de medidas intervencionistas. Aqui, os instrumentos protetivos à maternidade configuraram-se semelhantes aos anteriores, como no caso da estipulação de doze semanas de afastamento e da estabilidade, sendo esta, contudo, restringida de acordo com a categoria profissional, o que fora ampliado apenas mediante a Constituição de 1988.

A Constituição seguinte, de 1946, timidamente progressista, porém liberal e influenciada pelo viés democrático – rudemente rompido no momento histórico imediatamente anterior –, possui semelhanças com a Carta de 1934. Volta à cena o respaldo do afastamento remunerado tanto antes como após o parto, com o retorno da garantia conferida à mulher de ocupar o mesmo cargo, sem detrimento por conta da gravidez.

No tocante à Carta de 1967, assim como a emenda de 1969, não há que se falar em relevantes novidades no que diz respeito à maternidade da trabalhadora, continuando vigentes os dispositivos da Constituição de 1946, tais como o licenciamento e o não prejuízo do cargo ocupado anteriormente. Relevante inclusão, todavia, deve-se ao texto constitucional de 1967 que vetou a diferenciação de critérios admissionais justificados com base em sexo, cor e estado civil.

Neste período a CLT recebeu alterações mediante disposição do Decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967, tais como no texto de seu artigo 392, sendo dissipado o debate acerca da hipótese de antecipação do parto pois, ainda que presente esta situação, a mulher

² Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 103), o advento da CLT “foi mais além de uma simples compilação porque, embora denominada Consolidação, a publicação acrescentou inovações, aproximando-se de um verdadeiro Código”, de forma que “[...] foram reunidas leis sobre o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho e o direito processual do trabalho”, além do aditamento de dispositivos de proteção até então ausentes no ordenamento jurídico brasileiro.

conservaria, agora, o direito à ausência laboral remunerada, além da permissão de troca de função da trabalhadora, desde que munida de atestado médico que fundamentasse o pedido.

Por fim, surge a Constituição Cidadã de 1988 – tendo recebido essa alcunha em razão de ser a primeira, dentre todas as Constituições brasileiras, a primar pela elevação dos direitos e garantias fundamentais na abertura de seu texto, logo no Título I, evidenciando o desejo do constituinte em dar ênfase ao tema ora referido. No artigo 5º, I, a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres é assegurada, não podendo haver qualquer diferenciação salarial, admissional ou de exercício de funções.

Cite-se o alargamento do período referente à licença da gestante, que agora passa a dispor de cento e vinte dias (artigo 7º, XVIII, CF/88), em detrimento dos oitenta e quatro dias estipulados pela CLT. A estabilidade também ganha novo realce, tendo em vista que não mais se verifica apenas no momento posterior ao parto, mas sim desde a confirmação da gravidez até o decorrer de cinco meses após aquele – havendo, enfim, uma estipulação de tempo a esse respeito na Carta evitando arbítrios por parte do empregador.

A importância da preservação da posição laboral da mulher é tanta pois a licença-maternidade não consegue por si só fornecer a salvaguarda necessária para a mãe e para a criança, motivo pelo qual aquela já era objeto de acordos e convenções coletivas, posto que a realidade prática demonstrava que não era suficiente um descanso nas proximidades do evento do parto.

Isso se dá especialmente ao considerar que a gestação dura em média de 266 a 294 dias, isto é, de 38 a 42 semanas (RAMOS, 2013), de forma que a proteção conferida pelo descanso remunerado nem ao menos oferece cobertura ao lapso temporal correspondente à metade do período gestacional, o que dirá a respeito da duração do pós-parto, o que pôde ser constatado na prática, inclusive, já que muitas demissões ocorriam no momento em que o empregador tomava conhecimento da gravidez, o que resta completamente proibido com a Constituição de 1988, onde os dois institutos complementam-se³.

É também nesta Constituição que surge o instituto da licença-paternidade e ainda houve complementação com a possibilidade de transferência do usufruto da licença gestacional para aquele que detiver a guarda da criança, na eventualidade de a genitora vir a óbito, conforme colocado pela Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014.

³ Na mesma vertente é que encontra-se o teor da Súmula nº 244, item I, do TST: “**GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.** I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).”.

Ademais, em 2008 com a Lei nº 11.770, urge nova possibilidade de expansão da licença-maternidade por mais sessenta dias, mediante participação do Programa Empresa Cidadã, como forma de incentivo fiscal, o que oportunamente será melhor explanado no tópico seguinte, que trata em minúcias o instituto central deste trabalho.

3.3 Conceito e delimitação da licença-maternidade no ordenamento jurídico brasileiro atual

A proteção à maternidade e à infância é direito social elencado na Constituição de 1988 em seu artigo 6º, sendo de cumprimento obrigatório e determinante para o incremento das condições de vida e de labor e efetivação da igualdade social. A tutela desse bem impede que os direitos até então conquistados e garantidos sofram qualquer prejuízo ou ataque, e ainda permite que tanto o aparato normativo assim como as políticas públicas estatais sejam orientados com o desígnio de solidificar e efetivar tais prerrogativas.

Some-se a isso a existência do Princípio da irrenunciabilidade, peculiar do Direito do Trabalho e representa o ideal de indisponibilidade de direitos por parte do empregado (BARROS, 2016, p. 126). Ora, a autonomia da vontade das partes não pode galgar sobre as normas de proteção do trabalhador paulatinamente conquistadas, para que a trabalhadora, sendo a parte mais vulnerável do contrato de trabalho, não venha a ceder a pressões de seu empregador por temer a demissão, resguardados, portanto, a mulher e o nascituro.

O artigo 7º, XVIII, da CF/88 dispõe acerca da licença-maternidade como sendo o afastamento da mulher das atividades laborais durante 120 (cento e vinte) dias, sem que haja prejuízo do salário e do emprego, não importando tratar-se de empregada urbana ou rural.

Por meio da Emenda Constitucional nº 72, de 2013, a trabalhadora doméstica teve assegurada a mesma garantia, conforme se extrai do parágrafo único do artigo 7º, CF/88, bem como aplica-se à servidora pública, conforme disposição constitucional contida no artigo 39, §3º. Destaque-se que agora não há delimitação pelo constituinte acerca da distribuição do instituto antes e depois do parto, o que viabiliza maior flexibilidade para as normas infraconstitucionais.

As licenças são essenciais na conciliação da função laboral desempenhada com a vida familiar e as responsabilidades dela decorrentes (OIT, 2009, p. 1). Neste caso em comento, trata-se de direito constitucionalmente expresso e dirigido às trabalhadoras com o escopo de proporcionar à gestante/mãe foco nos cuidados da criança em seus primeiros meses de vida,

sem que haja preocupação com a volta ao trabalho em um período no qual esse retorno pode ser nocivo para a sua saúde ou da criança. Já nas hipóteses de adotante ou da obtenção de guarda com finalidade de adoção, pode ocorrer de a justificativa pautar-se na necessidade de formação de laços afetivos com o novo membro da família.

Detém o direito à licença tanto a mãe biológica que entregou seu filho para adoção como a mãe adotiva – e à percepção do valor em pecúnia durante o usufruto daquela. Em havendo mais de uma criança adotada na mesma ocasião, não há que se falar em duplicidade, seja do período que a mulher irá ausentar-se ou no que se refere ao benefício previdenciário a ser concedido.

Contudo, diante da hipótese de a empregada possuir multiplicidade de empregos, aí sim poderá fazer uso em relação a ambos, como também terá direito a receber um salário-maternidade referente a cada um dos contratos de trabalho que possuir.

3.3.1 Duração da licença-maternidade

O início do lapso temporal de 120 (cento e vinte) dias pode ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia anterior ao parto e a ocorrência deste (artigo 392, §1º, CLT) e na ocorrência de antecipação daquele, o direito é o mesmo. Ainda existe a possibilidade de aumento dos períodos de repouso em até duas semanas para cada um, caso exista necessidade e atestado médico comprovando a situação clínica (artigo 392, §2º, da CLT e artigo 93, §3º, do Decreto nº 3.048/1999). Ademais, a contagem é iniciada com a apresentação da certidão nova ou do termo de guarda nos demais casos (adoção e guarda para fins de adoção), tendo em vista serem esses os eventos geradores em tais hipóteses.

Merece destaque a inexistência de restrição à concessão total do afastamento ante ao nascimento de natimorto⁴, o que representa importante evolução, tendo em vista que em momento anterior à ratificação da Convenção nº 103 da OIT pelo Brasil, havia quem defendesse o retorno imediato da mulher assim que seu estado físico permitisse, como se a única razão de ser do descanso fosse para prestar cuidados à criança, sem outro destinatário após o parto. Felizmente, na conjectura atual não mais prospera tal posicionamento:

Atualmente, o afastamento após o parto é obrigatório. É que a licença tem como fato gerador não só o nascimento do filho, mas também a gestação, que, como é sabido, ocasiona à mulher transtornos físicos naturais e até psíquicos. Aliás, o próprio

⁴ Instrução Normativa nº 77/2015 do INSS, art. 343, §5º: Tratando-se de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto, este último comprovado mediante certidão de óbito, a segurada terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos em lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS.

diploma internacional citado, isto é, a Convenção n. 103 da OIT (revista pela de n. 183) e ratificada pelo Brasil, em 1966, previu no art. 3º, 6, para a hipótese de doença decorrente do parto, uma prorrogação dessa licença, mas nunca substituição da licença-maternidade por doença, ainda que decorrente daquela. O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exige que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. (BARROS, 2016, p. 715)

Contudo, há diferenciação na ocorrência de interrupção da gravidez por motivo de aborto⁵ espontâneo, qual seja o resultante de complicação ou patologia que atinge o feto ou a genitora e constitui fator impeditivo de continuidade da gestação. Verificada a situação descrita com a apresentação de atestado médico oficial, o afastamento será mantido por questões fisiológicas, porém reduzido para o prazo de duas semanas

Possibilidade de ampliar a duração em 60 (sessenta) dias – assim, considerado em sua totalidade, o período concedido seria superior a 25 (vinte e cinco) semanas, ultrapassando, portanto, as 18 (dezoito) semanas sugeridas como ideal pela Recomendação nº 191 da OIT – adveio com a Lei nº 11.770/2008, já mencionada no tópico anterior.

Esta norma instituiu o Programa Empresa Cidadã, por meio do qual a empresa que dele for participante gera a possibilidade de alargar o prazo da licença-maternidade de suas empregadas, desde que feito o requerimento até o fim do primeiro mês após o parto ou para a adotante ou que obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança (artigo 1º, §1º, I e §2º da mencionada lei).

Embora seja dilatado o tempo de fruição da licença, a Lei nº 11.770/2008 apresenta inconsistências. Ora, resta estabelecida a condição do requerimento a ser feito em determinado prazo a fim de que haja a concessão do afastamento em maior escala, o que não coaduna com o Princípio da irrenunciabilidade anteriormente já explanado, posto que a falta de requerimento em tempo hábil não pode significar renúncia tácita do direito aqui retratado.

A complexidade do tema é demonstrada a partir da percepção de que a garantia é oferecida à maternidade, isto é, apenas com a existência de uma criança (concebida com ou sem vida, adotada ou tutelada por guarda com fins de adoção) é que gera à mulher o direito de ausentar-se das funções desempenhadas no trabalho. Isto é, não se trata de faculdade ou benesse oferecida com vistas a satisfazer interesse particular da trabalhadora: busca-se, precipuamente, oferecer um ambiente e recursos favoráveis ao desenvolvimento saudável da

⁵ Interrupção da gravidez antes da viabilidade fetal. O conceito de viabilidade fetal é discutível. No momento, de acordo com a Organização Mundial de Saúde, consideram-se inviáveis fetos com menos de 20 semanas de idade gestacional ou peso inferior a 500 gramas. Excepcionalmente fetos com essas características sobrevivem. (CÔRREA, 1999, p. 290)

criança, proporcionando proximidade para com a sua genitora que, subtende-se, prestar-lhe-á os cuidados necessários e amamentação adequada durante o período mínimo exigido, no caso de crianças que necessitam de aleitamento.

Ademais, no tocante à questão do direito subjetivo⁶ da empregada de prorrogar a garantia de afastar-se do labor provisoriamente, verifica-se a sua não existência na norma aqui examinada, pois não existe meio dotado de coercibilidade que pode ser utilizado pela mulher para a obtenção do direito trabalhista que, conclui-se, deve ser cumprido obrigatoriamente e não constituir faculdade.

3.3.2 Da prestação pecuniária no curso da licença

No gozo da licença-maternidade a trabalhadora tem direito, de acordo com o artigo 393, da CLT:

[...] ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava. (BRASIL, 1943)

Não se trata de remuneração oriunda unicamente do contrato de trabalho firmado com o empregador, mas sim de substituição daquela mediante a implementação de benefício de cunho previdenciário⁷ (artigo 201, II, CF/88) intitulado salário-maternidade que complementa a proteção conferida à mulher, haja vista que a liberação do exercício de sua atividade laboral não é período isento de retorno financeiro, com o escopo de fornecer recursos que auxiliem o suprimento das necessidades da criança:

O salário-maternidade, juntamente com o salário família, é um dos benefícios que visam à cobertura dos encargos familiares. Tem por objetivo a substituição da remuneração da segurada gestante durante os cento e vinte dias de repouso, referentes à licença maternidade. (TAVARES, 2008, p.160)

O valor do benefício corresponderá, em regra, à remuneração integral da segurada (artigo 72, *caput*, Lei nº 8.213/91), com a ressalva dos casos específicos da empregada

⁶ “O direito subjetivo, traduzindo, desta sorte, um poder no seu titular, sugere de pronto a idéia de um dever a ser prestado por outra pessoa. Quem tem um poder de ação oponível a outrem, seja este determinado, como nas relações de crédito, seja indeterminado, como nos direitos reais, participa obviamente de uma relação jurídica, que se constrói com um sentido de bilateralidade, suscetível de expressão na fórmula poder-dever: poder do titular do direito exigível de outrem; dever de alguém para com o titular do direito.”. (PEREIRA, 1996, p. 23)

⁷ “Quanto à natureza jurídica do salário-maternidade, não há que se confundir com a noção de salário stricto sensu, pois é benefício cujo ônus é integral da Previdência Social. Ainda que o empregador urbano ou rural tenha por obrigação adiantá-lo à trabalhadora em licença, o reembolso do valor adiantado é total, de modo que o INSS é o único responsável pelo efetivo pagamento do benefício.”. (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 1.695)

doméstica e segurada especial, sempre respeitado o piso no valor do salário mínimo vigente, devendo permanecer a beneficiária afastada do trabalho ou função desempenhada⁸.

O salário-maternidade não está submetido ao teto do valor dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) estipulado pela Emenda Constitucional nº 20/1998, de acordo com o que restou decidido no julgamento de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1946). De acordo com o relator, o ministro Sydney Sanches, se fosse para haver subsunção ao teto do INSS, deveria haver menção expressa acerca da inclusão do benefício aqui analisado, o que revogaria direito constitucionalmente conferido às mulheres. Todavia, em face da determinação do artigo 248 da Constituição Federal, aplicar-se-á o teto do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal de que trata o art. 37, XI da CF/88.

Além disso, diante da hipótese de aplicação de limite para o valor a ser pago, haveria ônus dirigido ao empregador, tendo em vista que este teria que arcar com o restante até que se configurasse o montante correspondente ao valor total correspondente à remuneração da empregada, resultando em um efeito cascata, pois a discriminação à mulher no campo laboral restaria evidente, posto que seria economicamente menos onerosa a contratação de um homem para a execução de determinada atividade⁹.

A concessão da prestação previdenciária, em se tratando de segurada empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica independe de contribuições vertidas à Previdência Social. Já para as seguradas contribuinte individual, especial (também como contribuinte individual) e facultativa exige-se um mínimo de dez contribuições mensais, sendo estas correspondentes à carência, isto é, o menor período em que o segurado deverá verter contribuições mensalmente a fim de adquirir o direito ao benefício previdenciário.

Exigência particular atinge às seguradas especiais dado que não devem provar o recolhimento para o RGPS, mas sim comprovar que nos dez meses anteriores ao parto ou à data de entrada do requerimento exerceu atividade rural.

⁸ “É proibido o trabalho durante a licença-maternidade. Todavia, se de fato foi executado, a trabalhadora terá direito não só ao salário-maternidade, como também aos salários do período trabalhado.” (CASSAR, 2014, p. 2.310)

⁹ Segundo o relator, “[...] o correto é que a trabalhadora receba o salário da licença-maternidade em sua integralidade, pela Previdência Social, conforme a legislação vigente. Assim, ele julgou a ação parcialmente procedente, dando interpretação conforme à Constituição ao artigo 14 da EC nº 20, de modo a que o dispositivo não se aplique ao salário-maternidade. Os demais ministros seguiram o voto de Sydney Sanches e a decisão foi unânime.”. (Trecho extraído de notícia veiculada no sítio do Supremo Tribunal Federal, de 03 de abril de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60295>>. Acesso em: 06 jan. 2017.)

Cabe salientar que na ocorrência do falecimento da mãe, seja biológica ou adotante, da detentora da guarda com fins de adoção ou da segurada que tiver dado à luz a natimorto, desde que fizesse jus à concessão do amparo previdenciário, este será devido ao segurado que for cônjuge ou companheiro sobrevivente durante todo o período restante a que teria direito a falecida, com a condição de que a criança não seja abandonada pelo novo beneficiário ou não tenha também vindo a óbito.

3.3.3 Da possibilidade de extensão do direito ao recebimento da licença-maternidade

Ao contrário do que possa parecer, existe no ordenamento jurídico brasileiro normas que oportunizam a alteração do sujeito usufruidor do afastamento provisório, retirando a impressão de que a licença-maternidade é personalíssima ou dirigida apenas à mulher.

A Lei nº 12.873/2013 alterou a redação dos artigos 392-A, §5º, 392-B e 392-C da Consolidação das Leis do Trabalho de forma que, no atual cenário:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392. [...]

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.

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. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013) (BRASIL, 1943)

A expansão do instrumento corrobora para que ele não represente apenas uma forma de resguardar a saúde da mãe, até porque tal tese não se sustentaria quando aplicada aos casos em que não é beneficiária mãe biológica, mas sim a preservação do direito à vida, saúde e alimentação da criança, conforme teor da decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que julgou o Agravo de Instrumento nº 27307/SP (BRASIL, 2013). É o filho que necessita da provisão de suas necessidades, motivo pelo qual aplica-se a analogia para concessão da licença-maternidade e, conforme tratado no sub tópico anterior, também do benefício do salário-maternidade.

Ainda que o *caput* do artigo 392-A da CLT utilize o termo empregada, percebe-se evolução no seu §5º em que traz à baila os termos: adotantes e empregado ou empregada. Maiores possibilidades, portanto, já que abarcadas pela nova redação as famílias homoafetivas e monoparentais (artigo 226, § 4º da Constituição Federal).

Contudo, é passível de críticas a mensagem transmitida pela concessão da benesse apenas e unicamente se a genitora vier a óbito, tendo em vista que pode incorrer no equívoco de classificar (ou seria reforçar?) que o papel desempenhado pelo pai é secundário e somente toma proporções maiores na ausência daquela que foi naturalmente destinada aos cuidados da prole, o que contraria a igualdade de gênero em direitos e obrigações nos âmbitos familiar e laboral.

Acrescente-se, ainda, que diante de tal hipótese o texto delimita como únicos possíveis destinatários da fruição da licença-maternidade o cônjuge ou companheiro, restringindo o espectro de garantia somente se existir na situação prática um homem que preencha o requisito de ter contraído matrimônio ou constituído união estável com a falecida. Frente à dinâmica social existente no contexto atual, excluídos estão o pai que namorava a *de cuius*; o pai que não mantinha relações afetivas com a mãe de seu filho; a mulher sobrevivente de relação homoafetiva; ou a pessoa que exercerá a tutela da guarda da criança nos casos de a mãe, em vida, ter sido solteira ou viúva ou quando o pai abandona o filho.

3.3.4 Instituto semelhante conferido ao trabalhador: licença-paternidade

A Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 enuncia em seu artigo 473, parágrafo único que “em caso de nascimento de filho, o empregado poderá faltar um dia de trabalho e no correr da primeira semana, para o fim de efetuar o registro civil, sem prejuízo do salário” (BRASIL, 1943).

Ainda que não seja utilizada a nomenclatura aqui explanada, verifica-se que tal dispositivo constitui sim antecedente histórico da licença-paternidade, sendo importante destacar que possui natureza jurídica de falta justificada do trabalhador.

Retira-se do texto – de forma literal – a figura que fora atribuída ao homem: aquele incumbido de providenciar o registro civil da criança recém-nascida, apenas. Evidente o distanciamento da figura paterna, eis que há elevação do trabalho do homem em detrimento dos assuntos familiares e da esfera privada, sendo sua função cuidar dos arranjos para nomear o(a) filho(a) em um prazo de um dia e, talvez, somente lhe fora conferido tal “encargo” pois presente a ideia de impossibilidade de a mãe realizá-lo em razão da necessidade de descanso pós-parto.

Somente com a Constituição de 1988 é que resta instituída a licença-paternidade no artigo 7º, XIX como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, de acordo com os termos

fixados em lei. Não se faz menção, todavia, ao prazo de duração, existência de benefício previdenciário a ser concedido ao longo de seu usufruto, tampouco à garantia de emprego e/ou salário do empregado.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) compõe a estrutura da Constituição Federal, sendo designado para abranger normas de eficácia temporária que assessorem no momento transitório entre uma ordem jurídica e outra, com o objetivo de dissipar implicações prejudiciais que podem decorrer desse embate. Assim, o artigo 10, §1º do ADCT estabelece ser de 05 (cinco) dias o prazo da licença-paternidade, até que haja a promulgação de lei que discipline a respeito. Tratando-se de servidor federal, a Lei nº 8.112/1990 determina o mesmo direito ao afastamento do pai por um período de 05 (cinco) dias consecutivos, seja em decorrência de nascimento ou de adoção do filho.

De acordo com Maurício Godinho Delgado, a ausência remunerada de 05 (dias) corresponde a caso de interrupção contratual¹⁰ e “o mais largo prazo constitucional obviamente absorveu o mais curto prazo do art. 473, CLT, já que se fundam na mesma motivação” (DELGADO, 2015, p. 1.158), sendo esta incorporação utilizada no ordenamento jurídico atual.

Logo, a licença-paternidade é direito do âmbito trabalhista, posto que a paternidade não foi incorporada no texto legal como objeto de proteção por parte da Previdência Social, sendo encargo direcionado ao empregador.

Da mesma forma que ocorre com a licença-maternidade, existe atualmente forma de prorrogar a licença paterna em mais quinze dias por meio da adesão da empresa ao Programa Empresa Cidadã, de acordo com o artigo 1º, II, da Lei nº 11.770/2008, devendo tal dilatação ser requerida no prazo de dois dias após o parto. Abrangido, ainda, o empregado que adotar ou obtiver guarda com fins de adoção, por inteligência do §2º do referido artigo.

Insta ressaltar, portanto, que além da ampliação do intervalo de tempo conferido a este instituto, não é feita menção em sede constitucional acerca de sua destinação para realização do registro civil da criança, de forma que, em harmonia com todo o corpo da Constituição Federal, o intuito seria o de possibilitar ao recém-nascido ou adotado os cuidados que visem a proteção de sua vida, saúde e alimentação, como também no que se refere à licença-maternidade, conforme já explanado.

¹⁰ “A interrupção do contrato de trabalho conceitua-se pela ausência provisória da prestação do serviço, mas sendo devido o salário, bem como computando-se o período no tempo de serviço do empregado.” (GARCIA, 2010, p. 524)

Contudo, salta aos olhos a discordância da finalidade da licença-paternidade com sua duração, sendo visivelmente insuficiente e ineficaz, por não restar materializado em tão curto tempo todo o cuidado de que necessita o filho. Percebe-se, assim, que o pai é designado como ajudante da mãe, sendo sua tarefa prestar breve assistência àquela que é a verdadeira responsável pelos cuidados da prole durante a recuperação pós-parto – excluindo da seara a adoção, inclusive.

4 A EXPRESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

Neste capítulo abordar-se-á sinteticamente o desenvolvimento da noção de maternidade correlacionando-a com a sistemática patriarcal da sociedade tanto no passado como na atual conjuntura, com ênfase no tocante ao descumprimento do princípio da igualdade quanto à licença-maternidade, que é o instrumento que melhor representa o direito de proteção do tema aqui proposto.

A divisão abaixo fundamentou-se em uma abordagem que trata do ideal patriarcal conferido à mulher e a sua função no meio familiar, para em seguida demonstrar a mudança de percepção quanto ao exercício da maternidade, posto que distendidas as amarras atribuídas ao ser feminino. Após tal etapa, aprecia-se o instituto da licença-maternidade no tocante ao sujeito usufruidor e prazo de duração – feita análise comparativa com a licença-paternidade, inclusive – a fim de verificar se respeitado o preceito igualitário da proibição de discriminação. Por fim, ao término do capítulo debate-se a alteração legislativa quanto ao regramento da licença materna, visto que o meio inovador visa corrigir disparidades injustas que ocasionavam a restrição quanto ao sujeito responsável pelos cuidados para com o filho.

4.1 A histórica concepção da maternidade como fruto do meio social patriarcal

Por muito tempo a mulher esteve restringida ao espaço privado, sendo criada, educada e moldada em prol do ambiente familiar: marido, maternidade e trabalho doméstico (não remunerado). Além da formação de um estereótipo, houve forte domínio do homem sobre a identidade da mulher, seja quanto à sua relação no âmbito público, como também sua compreensão acerca de si mesma e da sua destinação¹¹.

Assim é mantida a estrutura familiar ocidental caracterizada pela identificação e separação bem delineada dos papéis desempenhados por cada membro que a compõe.

Historicamente, o homem, quando pai, é dotado do poder paterno que, ressalte-se, sempre ou quase sempre restava acompanhado da autoridade marital; é ele que se dedica ao

¹¹ “Até há poucas décadas a educação feminina era voltada exclusivamente para a perpetuação da atividade doméstica da qual não só era impossível retirar proventos financeiros, como tampouco rendia algum tipo de reconhecimento social. Em uma espécie de *escravidão afetiva*, as mulheres realizavam seu trabalho *por amor*. Aos homens estava destinada a ocupação do espaço público, e para isso eram preparados desde a infância; às mulheres cabia o espaço privado no qual estavam impedidas do exercício pleno da cidadania.” (STREY; CABEDA; PREHN, 2004, p. 66)

trabalho remunerado e situado no espectro público da dicotomia público-privado, sendo responsável pela manutenção e garantia do lar em termos financeiros.

A mulher, por seu turno, distanciada dos planos econômico e político, foi reiteradamente responsável por cuidar dos filhos e realizar as atividades domésticas – relacionadas à limpeza e alimentação, o que lhe exige energia durante todo o dia para concluir suas tarefas, além de recepcionar e amparar as necessidades do marido que chega fatigado após um longo e cansativo dia de trabalho:

Um sólido ambiente familiar, o lar acolhedor, filhos educados e esposa dedicada ao marido, às crianças e desobrigada de qualquer trabalho produtivo representavam o ideal de retidão e probidade, um tesouro social imprescindível. [...] Percebe-se o endosso desse papel por parte dos meios médicos, educativos e da imprensa na formulação de uma série de propostas que visavam ‘educar’ a mulher para o papel de guardiã do lar e da família – a medicina, por exemplo, combatia severamente o ócio e sugeria que as mulheres se ocupassem ao máximo dos afazeres domésticos. (D’INCAO, 1997, p. 223)

Segundo Marlene Strey (1999, p. 48), por ter sido a mulher condicionada ao mundo familiar por tanto tempo é que o homem, ser pertencente à vida pública, posiciona-se sobre ela hierarquicamente, dominando-a. Nada mais que o emprego da antiga – e defasada – ideia aristotélica de que existe uma legitimação inerente da autoridade daquele sobre o feminino em razão da existência, e manutenção, de uma desigualdade natural presente e essencial ao ser humano:

A cisão e a delimitação do público e privado, construídos e potencializados pelas histórias e mitos, no que tange aos papéis sociais da mulher e do homem, vão se cristalizando, tornando verdades absolutas inquestionáveis e santificadas. Tece-se, assim, a naturalidade da aceitação cultural do lugar da mulher e do homem na sociedade, legitimando a relação de hierarquia do poder entre os gêneros. A compreensão das relações de gênero implica que sejam entendidas como uma construção social baseada na diferenciação biológica dos sexos, expressa através de relações de poder e subordinação, representada pela discriminação de funções, atividades, normas e condutas esperadas para homens e mulheres em cada sociedade. (SILVA, 2011)

Ressalte-se que o patriarcado aqui analisado não representa uma configuração singular de modelo familiar alicerçado no parentesco masculino e no dito poder paterno: representa a estrutura social que descende do poderio do pai. Ocorre que ao longo da história, em decorrência de tal disposição, a mulher sustentou a condição de bem do qual o homem, na sua acepção ampla, é proprietário e detém controle severo acerca da sexualidade feminina (BADINTER, 1986, p. 20).

É a partir desse cenário que se concebe que o valor máximo da mulher resta representado pela maternidade, sendo tal atribuição a fórmula da conquista de sua plenitude, o cumprimento de sua designação e o significado real de sua identidade. Há, ainda, uma “[...]”

exaltação do amor materno como um valor ao mesmo tempo natural e social, favorável à espécie e à sociedade” (BADINTER, 1985, p. 145-146).

Há que se ter em mente que sob o manto da maternidade exercitou-se maciça campanha de manipulação sobre a mulher, que desde muito nova é invadida por estímulos que visam a realização dessa tarefa, qual seja a de ser mãe, sem que haja qualquer forma de opção (VAINFAS, 1986, p. 191).

Ainda de acordo com Elisabeth Badinter, essa ideia foi muito reforçada até a primeira metade do século passado, momento em que a maternidade era sempre evidenciada em detrimento da felicidade e realização da mulher em aspectos diversos daquele relacionado à reprodução e aos cuidados com o filho:

À medida que a função materna se abrangia de novas responsabilidades, repetia-se cada vez mais alto que o devotamento era parte integral da “natureza” feminina, e que nele estava a fonte mais segura de sua felicidade. Se uma mulher não se sentia dotada de uma vocação altruística, fazia-se apelo à moral que lhe impunha o sacrifício. (BADINTER, 1985, p. 267)

Tais encargos direcionados unicamente à mãe acabaram por criar um modelo ideal o qual toda mulher deveria seguir ao adentrar no âmbito da maternidade. Contudo, o que não era tão perceptível era a conseqüente culpa que sentia aquela que não correspondia totalmente à figura que lhe fora apresentada, de forma que configurado certo isolamento no que diz respeito ao mundo externo – especialmente em se tratando do mercado de trabalho e a sua inserção neste.

A função a ser desempenhada pela mulher como verdadeira provedora de todas as necessidades do filho lhe forneceram, de certa forma, visibilidade e elevação a um papel que, segundo fora fortemente veiculado (pela imprensa, igreja e até mesmo pelos médicos), não podia ser preenchido pelo homem. Presente, portanto, a concepção de que ser mãe era atribuição intrínseca à natureza feminina: fazia parte de seu instinto, algo que lhe fora designado mediante determinismo da própria natureza e, portanto, indissociável de seu ser.

Verifica-se, portanto, que há muito tempo existiu uma naturalização ou caracterização biológica da mulher como sendo a única detentora da destreza no que diz respeito ao emprego de cuidados quando comparada com o outro genitor, como forma, destaque-se, de mantê-la circunscrita ao delineamento do espaço doméstico e familiar.

4.2 A atual conjectura da maternidade como forma de autodeterminação da mulher

Transformações incorrem a respeito da identificação da mulher tanto consigo mesma como seu posicionamento social. A partir da segunda metade do século XX é descontinuada, ainda que lenta e progressivamente, a noção da mulher como destinada a uma vida de abdicação e devoção à maternidade em detrimento de sua vida profissional, principalmente.

Simone de Beauvoir, através de sua obra *O segundo sexo* datada de 1949, é responsável por parte do impulso gerado nas teorias e discussões a respeito do que realmente é ser mulher¹² e do inconformismo no que se refere ao depósito de responsabilidade e justificação nos traços biológicos. Isto se dá na exposição de ideias da autora que contrariavam muito do que era pregado no meio social da época, de forma que defendia não ser a natureza o agente incumbido por delimitar a mulher enquanto ser: esta é que se define recobrando a natureza em sua afetividade (BEAUVOIR, 1970, p. 59), motivo pelo qual a reprodução passa a ser movida pela vontade e não vista apenas como mandatário e destinação maior conferida à mulher.

A dita desigualdade natural, anteriormente abordada, não mais encontra terreno, pois que agora “ser homem e ser mulher são categorias socialmente construídas e, portanto, o ser mulher, da mesma forma que o ser homem, é resultado de uma intrínseca rede de significações sociais” (ROCHA-COUTINHO, 1994, p. 17).

Verifica-se, portanto, o declínio do preceito da devoção absoluta da mãe para com seu filho. O chamado amor materno é analisado a partir da ótica de mito, significando constituir-se de construção social desenvolvida por diferentes camadas e agentes, sendo destronado à medida que a percepção de que ser mãe é opcional ou varia de acordo com os desejos de cada mulher, devendo tal decisão ser desprovida de culpa ou recriminação, vez que a disposição de seu corpo e os cuidados empreendidos para a preservação da vida e saúde de uma nova vida exigem tempo e influenciam, ainda que minimamente, outros âmbitos que não o familiar:

Uma vez mais, porém, temos a prova de que a maternidade não é sempre a preocupação primeira e instintiva da mulher; de que não necessariamente o interesse da criança prevaleça sobre o da mãe [...]. Parece, portanto, que não há comportamento materno suficientemente unificado para que se possa falar de instinto ou de atitude materna “em si”. As mulheres que se recusam a sacrificar ambições e desejos ao maior bem-estar do filho são demasiado numerosas para

¹² “Assim, a mulher não poderia ser considerada apenas um organismo sexuado: entre os dados biológicos só têm importância os que assumem, na ação, um valor concreto; a consciência que a mulher adquire de si mesma não é definida unicamente pela sexualidade. Ela reflete uma situação que depende da estrutura econômica da sociedade, estrutura que traduz o grau de evolução técnica a que chegou a humanidade.” (BEAUVOIR, 1970, p. 73)

serem classificadas como exceções patológicas que confirmariam a regra. Essas mulheres que se realizam melhor fora do que dentro de casa são quase sempre as que se beneficiaram de uma instrução superior e mais satisfações podem esperar do exercício de sua profissão. Seria uma ironia fácil dizer que as mais cultas são as mais “desnaturadas”. Isso não resolveria nada. A instrução das mulheres é irreversível e, se tivéssemos de fazer o retrato antecipado das mulheres do futuro, sem dúvida imaginariamos ainda mais desnaturadas, detentoras do saber e do poder em pé de igualdade com seus companheiros. (BADINTER, 1985, p. 346)

Acurada a previsão de Elisabeth Badinter ao considerar a tomada de consciência feminina relativa ao amor materno a partir da percepção de que trata-se, por fim, de técnica pertencente à noção de gênero. No fim do século XX e começo do século XXI ultrapassada é a oposição binária entre masculino e feminino, não havendo mais que ser enaltecida a repartição de papéis, indo-se além da tese de Simone de Beauvoir, posto que o enfoque de poderio abrange uma visão amplificada acerca do gênero e principalmente no enfoque dado à mulher.

Aquela que intenta ou ao menos considera a maternidade como possibilidade não mais deseja carregar o fardo – sim, a mitificação do amor materno escondia o que não mais merece um véu: a prole demanda renúncias e emprego de tempo e energia – por conta própria, até porque não existe qualquer justificativa plausível que explique a razão pelo qual lhe é dada tamanha missão sem nada exigir do pai. Evidencia-se o discernimento acerca da partilha do afeto a ser direcionado ao filho e do sacrifício de si próprio ante à nova realidade com a chegada de um novo ser, não mais pertencendo tais atributos da maternidade obrigatoriamente ou exclusivamente ao sexo feminino (BADINTER, 1985, p. 338-339).

É a mudança de posicionamento proporcionada pela luta feminista desde a última metade do século passado que lança a base para maior inserção da mulher na seara laboral em posições até então majoritariamente ocupadas por homens e a inclusão ativa destes no ambiente doméstico e familiar, ainda que a sua espécie de participação não corresponda ao equivalente da atuação feminina no mesmo ambiente.

A viabilidade de dinâmica e independência feminina apresentados pelo movimento feminista, contudo, não suplantaram a elevação da maternidade como “missão maior”. Ainda no cenário atual persistem amarras à participação feminina fora da tríade matrimônio-maternidade-família, vez que se trata de um processo de reconstrução do modo com que é encarada a mulher no meio social.

A confluência da maternidade com as demais aspirações e buscas da mulher gerou, por conseguinte, a multiplicidade de papéis por ela desempenhados, uma espécie de jornada dupla, ao ser levado em consideração que, após o período destinado ao trabalho, persistem as

tarefas domésticas em seguida. O desgaste pela continuidade cíclica do trabalho em diferentes níveis é inevitável e, algumas vezes, pode ser utilizado como justificativa do empregador para preferência masculina na ocupação de cargos em razão da prioridade que o homem confere ao desempenho de suas funções laborais em detrimento das de cunho familiar.

Sendo assim, a cumulação de incumbências da mulher lhe permite, é verdade, o usufruto do desempenho profissional por tanto tempo almejado e duramente conquistado. Todavia, ressalte-se, não resta superada por completo a divisão de papéis no tocante às relações de gênero:

Apesar de todas estas mudanças, podemos afirmar, no entanto, que a questão a respeito do papel e da posição da mulher na sociedade está longe de ser resolvida. Na prática, tanto ao nível da sociedade quanto ao nível do sujeito, o que se pode observar é que a 'nova' identidade atribuída à mulher apenas se ampliou para incluir, também, seus novos interesses com a carreira e a profissão. Ainda hoje continuam a ser enfatizadas, com o amplo esforço dos meios de comunicação de massa, suas funções de esposa, mãe e dona-de-casa. (ROCHA-COUTINHO, 1994, p. 119)

Resiste a noção de ser a mulher a encarregada das tarefas atinentes ao lar e à criação dos filhos, timidamente amparada pelas atividades agora desempenhadas pelo homem no âmbito familiar. O resquício da utilização da relação de gênero como forma de designar cada um para o seu respectivo espectro de atuação situado está na disseminação da ideia de que cabe ao homem auxiliar a mulher nas funções a serem desempenhadas no limite doméstico.

Em se tratando da maternidade, a mãe continua sendo elevada à maior categoria existente em termos de indispensabilidade, razão pela qual é dotada, inclusive, de caráter por vezes insubstituível. Ao pai, nessa disposição, é relegado o posto secundário no qual deve prestar o apoio à nova mãe.

Todavia, tal arranjo dificilmente sofre mudança no transcorrer do tempo, momento em que se constata a facilidade com a qual é reproduzido o valor de destinação ou predileção da mulher na posição de responsável pelos cuidados com o filho e, em seguida, com a criação e formação deste nos anos em que se seguem.

Ainda que não plenamente superados os valores patriarcais de domínio e poderio masculino, o arranjo familiar atual apresenta configuração de transição e perspectiva de características cada vez mais igualitárias quando comparado ao modelo tradicional, sem, contudo, que tal conjuntura represente de tal forma a totalidade da população brasileira ou sua ampla maioria:

Importantes fenômenos e movimentos sociais, tais como, a entrada das mulheres no mercado de trabalho e sua maior participação no sistema financeiro familiar acabaram por imprimir um novo perfil à família. Em contraponto à estrutura familiar tradicional, com o pai como único provedor e a mãe como única responsável pelas

tarefas domésticas e cuidado dos filhos, o que vêm ocorrendo na maioria das famílias brasileiras de nível sócio-econômico médio é um processo de transição. Atualmente, em muitas famílias já se percebe uma relativa divisão de tarefas, na qual pais e mães compartilham aspectos referentes às tarefas educativas e organização do dia-a-dia da família.

Porém, essas mudanças parecem não estar ocorrendo com a mesma frequência e intensidade em todas as famílias. O que encontramos hoje em dia são famílias com diferentes configurações e estruturas, o que implica diretamente na divisão de tais tarefas. (WAGNER et. al, 2005)

No mesmo sentido caminha a jurisprudência, tendo como exemplo de tal tendência o Informativo nº 817/2016 do STF, segundo o qual:

[...] a Constituição trouxera inovações a respeito do tema. Uma delas, a superação da ideia de família tradicional, hierarquizada, liderada pelo homem, chefe da sociedade conjugal. Fora criada uma noção de família mais igualitária, que não apenas resulta do casamento. Além disso, ela não é mais voltada para proteger o patrimônio, mas para cultivar e manter laços afetivos. (BRASIL, 2016)

Logo, mesmo que maior a atividade e participação paterna quanto aos cuidados e à criação dos filhos, não há que se falar, ainda, em completude em se tratando de rompimento com o “senso comum” histórico de repartição de atribuições a partir do gênero. Conforme exposto, resta conservada a ideia romântica em torno da maternidade, onde todo sacrifício é realizado em prol do bem maior que é a concepção de uma nova vida, ao contrário da paternidade, que continua permeada de distanciamento visto que eximido da responsabilidade.

4.3 O comprometimento do princípio da igualdade frente à reprodução da divisão de gênero através da licença-maternidade

O elevado incremento da mulher no mercado de trabalho, conforme visto, trouxe consigo inovações legislativas justificadas em tese pelo Princípio da igualdade e não discriminação, com vistas à dignidade da pessoa humana. A necessidade de diferenciação no tratamento busca justamente coibir o tratamento discriminador em relação ao gênero, com o objetivo de considerar as características peculiares e equilibrar as partes envolvidas, como parte do conhecido axioma de tratamento desigual aos desiguais.

No campo do Direito do Trabalho, conforme preleciona Léa Calil (2007, p. 92), evidenciada a transgressão no mundo prático acerca da disparidade do trato sem que haja base fundamentadora – no que tange a ser realmente meio necessário, lícito, legítimo e dotado de razoabilidade e proporcionalidade, intervém a legislação no intuito de retificar tais deformidades sociais contidas no mercado de trabalho, a fim de que não seja a mulher retida

ou impossibilitada de alcançar ou manter-se nesta seara por conta de critérios e motivos de cunho subjetivo e desabonadores.

De acordo com Antonio Camargo (2000, p. 265-266), o intento legal não busca equiparar a mulher ao homem no tocante à sua constituição característica, “[...] mas propugnar por uma igualdade de direitos, igualdades mantidas as relevadas, as notáveis, as naturais, e fisiológicas desigualdades de um e outro”. Conforme abordado no primeiro capítulo, traduz a promoção da igualdade em termos de oportunidades, por meio da “[...] utilização de meios capazes de alterar as regras do jogo no mercado de trabalho” (CAMARGO, 2000, p. 266).

Em se tratando do âmbito da maternidade, o instrumento da licença-maternidade é visualizado mediante dupla vertente, sendo a primordial a garantia do direito à vida da criança, por oportunizar a esta última o convívio com a mãe nos seus momentos iniciais, bem como o emprego de cuidados e na hipótese de adoção, para propiciar ambiente saudável mediante a adaptação do novo membro, para que haja interação e estabelecimento de laços afetivos.

Por outro lado, a vertente secundária da licença gira em torno da necessidade de repouso e recuperação da mulher após a realização do parto, que é processo doloroso e de consequências amplas a depender de cada situação específica da parturiente, que sofre alterações de cunho físico e psicológico provenientes não só do ato do parto, mas logicamente também da gestação. A respeito deste último aspecto:

As normas de proteção à maternidade surgem obviamente, assegurando situações que advêm da natural diferença existente entre homens e mulheres. Ou seja, a mulher gesta e dá à luz uma criança. Essa diferença antes de tudo é biológica. E proteger a mulher enquanto gestante e, depois, durante a amamentação é garantir o futuro da espécie, fim último da existência de qualquer ser vivo. (CALIL, 2000, p. 42)

Todavia, é imperioso considerar as possíveis motivações normativas acobertadas pelo manto da garantia e promoção da igualdade como forma de superar o crivo estabelecido acerca da categorização como real critério de discriminação positiva. O uso de subterfúgios e ilusório caráter protecionista não constituem realidade infactível, pelo contrário, a legislação reflete, em essência, o meio social no qual está inserido, sendo este, tal como vastamente exposto, dotado de desvalorização da mulher nos mais variados planos existentes.

Resta visível que a própria legislação protecionista reforça ser destinação única da mulher a responsabilidade da reprodução. Ora, a princípio a licença foi direcionada apenas à mãe biológica, o que embasou por muito tempo a alegação de ser um de seus reflexos a preservação da saúde e psique daquela que abrigou e deu luz a um filho, como também a

imprescindibilidade da amamentação da criança em estágio vital inicial, repercutindo, inclusive, no leque da saúde pública.

Contudo, com a introdução do artigo 392-A na CLT no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 10.421/2002 e posterior redação conferida pela Lei nº 12.873/2013, foi equiparada a empregada adotante ou aquela que obtiver guarda judicial para fins de adoção com a gestante em termos de licença, sendo conferido a todas essas o mesmo prazo de afastamento laboral, não mais havendo qualquer correlação lógica acerca da preservação da saúde da mulher ou até mesmo, como na maioria dos casos, no tocante ao aleitamento.

O objetivo no caso em tela é a constituição do vínculo, conforme se extrai do artigo 46, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Necessário, portanto, que inicie-se a formação e estreitamento de afetividade entre os membros dessa família, ressaltando-se que a maior idade do adotado eleva a complexidade dessa tarefa (CANDEZ, 2013, p. 12).

Segundo Lamenza (2009):

O que se deve ter em consideração é que a licença-adoção, na realidade, se destina à criança e ao adolescente. **Longe de ser um benefício para o homem ou mulher que adota, trata-se de instrumento que se presta a aproximar adotantes e adotados num período inicial de transição**, em que o estágio de convivência ainda está aflorando. [...]

A licença-adoção, portanto, é um direito da criança e do adolescente. O jovem sai de um ambiente inóspito, em que os profissionais de um abrigo não conseguem dar atenção plena àquele ser humano em condição de desenvolvimento. Quando ele ingressa na família substituta, ainda considera aquele novo lar como um espaço estranho, em que deverá haver dedicação plena, ainda que por pouco espaço de tempo, para que o menor possa se sentir envolvido definitivamente na qualidade de membro daquele novo grupo familiar. (LAMENZA, 2009, grifo nosso)

Logo, segundo se extrai da ponderação de Lamenza, diante do destinatário primordial ser a criança e o adolescente, não haveria razão que sustentasse ser tal licença focalizada na figura feminina, posto que não se verifica em momento algum a existência de elemento condicional ligado ao gênero. Tal disposição está em conformidade com a determinação constitucional presente no artigo 227, *caput* da Carta Magna brasileira:

Art. 227. **É dever da família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). (BRASIL, 1988, grifo nosso)

A despeito de não haver no ordenamento jurídico norma atribuidora da responsabilidade para com os filhos à figura materna, insiste em permanecer inalterado o estereótipo do pertencimento da mulher ao espaço doméstico e familiar através das

motivações camufladas de caráter protetivo ou até mesmo mediante a estipulação de obstáculos que restringem o âmbito de alcance normativo. O discurso de Elenita Borges (1999), inclusive, atesta a manutenção patriarcal da distribuição de papéis de acordo com o gênero ainda que por meio da utilização de instrumentos que buscam a não discriminação:

[...] a lei não poderia estabelecer a igualdade com relação aos deveres se não a concedesse também relativa aos direitos. E um desses direitos é a concessão da licença-maternidade para a mãe que adota, para que esse filho também tenha aquele período inicial de **contato mais íntimo com a mãe**, para que se estreitem os laços de amor e de carinho ente eles. **Ambos precisam desse tempo, sem que a mãe tenha outras preocupações ou afazeres que não sejam os cuidados com o filho recém-chegado ao seu lar.** (BORGES, 1999, p. 251, grifo nosso)

A extensão do direito ao afastamento para os casos de adoção foi lastreada pelo Princípio da igualdade e não discriminação, tendo em vista o comando constitucional estipulado em seu artigo 227, §6º segundo o qual “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, superada a diferenciação de tratamento em decorrência da origem da criança¹³ em que a conservação do modelo familiar tradicional fruto do matrimônio preponderava sobre os filhos (LUCCHESI, 2012, p. 232), não havendo mais que se caracterizar o filho como legítimo, legitimado e ilegítimo com suas implicações jurídicas próprias. No mesmo sentido o artigo 1.596 do Código Civil de 2002, que reitera o mandamento presente na Constituição nos mesmos termos.

Do mesmo modo, está amparada pelo referido Princípio a mulher que decide adotar, não remanescendo sustentação o indeferimento do direito à licença-adoptante, visto que a Constituição Federal não estabelece qualquer ressalva a esse respeito.

Ademais, a respeito das possíveis críticas a essa concessão motivadas na inexistência de desgaste da mulher por não suportar gravidez ou parto, isso, todavia, não significa ausência de encargos. Ao contrário: na maioria das vezes não há acompanhamento ou até conhecimento no que diz respeito ao histórico de saúde do filho adotado e a transição constitui tarefa árdua em que a licença oferecida auxilia a efetiva consolidação da nova família.

Nesse sentido, o plenário do Supremo Tribunal Federal recentemente realizou análise que resultou no Informativo nº 817, momento em que concluiu serem muitos os percalços enfrentados pelos adotantes, sendo essa justificativa palpável acerca da grande quantidade de

¹³ Segundo o artigo 332 do Código Civil de 1916, “o parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção” (BRASIL, 1916).

cuidados que aqueles haverão de ter com o ingresso de um novo membro, o que é ainda mais trabalhoso quanto mais avançada a idade da criança ou do adolescente:

Isso porque as crianças adotadas apresentam dificuldades inexistentes para filhos biológicos: histórico de cuidados inadequados, carência, abuso físico, moral e sexual, traumas, entre outros. Além disso, quanto maior a idade da criança, maior o tempo em que submetida a esse quadro, e maior a dificuldade de adaptação à família adotiva. Por isso, quanto mais a mãe pudesse estar disponível para a criança adotiva, mormente nesse período inicial, maior a probabilidade de recuperação emocional da criança em adaptação. Além disso, crianças adotadas apresentam mais problemas de saúde, se comparadas com filhos biológicos, e quanto mais avançada a idade da criança, menor a probabilidade de ser escolhida para adoção. Assim, nada indica que crianças mais velhas demandam menos cuidados se comparadas a bebês. A situação revela justamente o contrário. Ademais, é necessário criar estímulos para a adoção de crianças mais velhas. (BRASIL, 2016)

No entanto, ainda que exalte a defesa do Princípio da igualdade e não discriminação, durante o julgado que resultou na elaboração do mencionado Informativo de Jurisprudência, a mais alta Corte brasileira atesta a existência do comportamento culturalmente reproduzido pela sociedade brasileira de destinar à mulher a responsabilidade superior e principal na criação dos filhos, sejam eles biológicos ou não:

O Colegiado observou o tema, ainda, à luz da autonomia da mulher. Por causa de razões culturais, o membro da família mais onerado na experiência da adoção é a mãe. Também por esse motivo, não há justificativa plausível para conferir licença inferior à mãe adotiva, se comparada à gestante. Não existe fundamento constitucional para a desequiparação da mãe gestante e da mãe adotante, sequer do adotado mais velho e mais novo. (BRASIL, 2016)

Apesar de reconhecidamente ultrapassados os parâmetros patriarcais da constituição da família e sua conseqüente divisão fundada em gênero, a destinação e o fundamento da licença-maternidade não parecem acompanhar as novas formas contemporâneas de arranjo familiar. O argumento que traz à baila o protagonismo da mulher caminha em direção oposta à nova disposição da família contemporânea:

Portanto, a família tradicional pautada pelo direito patrimonial após as codificações liberais, está em extinção, pois a família contemporânea é fundada na solidariedade, na cooperação entre seus membros, no respeito à dignidade de cada um destes, que se obrigam mutuamente em uma comunhão de vida [...]. Por isso, atualmente, a família não é somente formada por ascendentes e descendentes, também não se origina exclusivamente do matrimônio, mas passou a buscar a realização plena dos seus membros, em todos os aspectos, envolvendo mais a afetividade do que a propriedade. (MARIANO, 2009, p. 11-12)

Sendo específica e pessoal a destinação do instituto da licença materna, resta impossibilitada a oportunidade de ampliação dos laços afetivos do filho para com seu pai, em razão de estar previamente determinado quem teoricamente disporá de tempo livre para fins de dedicação ao estabelecimento e fortificação dos vínculos afetuosos.

Cabe destacar que a própria legislação que institui à família o dever de cuidar da criança e do adolescente, sem qualquer especificação de gênero ou determinação de atribuições específicas a cada membro, é o mesmo recurso que implícita ou disfarçadamente reproduz e incube a mulher de zelar praticamente sozinha pela vida de seus filhos.

4.4 O reforço da discriminação pela disparidade temporal existente entre a licença-maternidade e a licença-paternidade

Conforme já explanado no corpo deste trabalho, existe no ordenamento jurídico brasileiro instituto semelhante à licença-maternidade, todavia direcionado especialmente ao homem trabalhador. Trata-se da licença-paternidade, direito social assegurado pela Constituição Federal que permite que o pai se ausente do trabalho por cinco dias em razão do nascimento de seu filho.

Importante destacar que somente existe uma estipulação acerca do exíguo prazo da licença-paternidade em razão do Ato das Disposições Transitórias. No ano de 2018 completar-se-ão 30 anos de ausência de regulamentação específica no tocante a essa licença, ainda que o artigo 7º, XIX, da Constituição clame por lei que venha fixar os termos que lhe dizem respeito.

Essa demora em regular tal instituto retrata a irrelevância com que é vista a medida, fruto da ideia de desnecessidade por já existir a licença-maternidade que protege o filho recém chegado, posto que, se a mulher já detém tal garantia, não subsiste motivo a que se regule em minúcias o direito trabalhista da licença conferida ao homem.

Em verdade, o próprio surgimento da licença-paternidade já causa espanto, tendo em vista o descaso e tom jocoso com que foi tratada durante os trabalhos da Constituinte de 1988. A imprensa também contribuiu imensamente na construção de um ambiente prejudicial no qual nasceria, mais tarde, o instrumento inovador. Uma reportagem da Revista Veja (1988, p. 20) reproduzia, inclusive, que a nova Constituição era “[...] um documento de proporções históricas – desde [...] a CLT que os assalariados não recebiam um conjunto tão grande de vantagens nominiais” e foi momento em que “[...] os parlamentares iam engordando a cesta de recompensas aos assalariados”.

A Revista Veja (1988, p. 22) retratou da seguinte forma a condução da votação pelos deputados acerca da “folga do pai”:

A novidade mais recente, aí, é a licença-paternidade de oito dias, desconhecida na maior parte dos países, desenvolvidos ou não, e aprovada numa atmosfera de assembleia estudantil, que teve início com gargalhadas em plenário e encerrou-se com lágrimas escorrendo pelo rosto de seu defensor, o deputado Alcení Guerra. “Sou pediatra e reconheço o drama de muitos pais que querem acompanhar suas mulheres depois do nascimento de seus filhos e não podem fazê-lo”, afirma Alcení. O espanto, fora do Congresso, foi imediato. “O dispositivo a favor dos pais, de fato, é cômico”, afirmou o ministro Antonio Carlos Magalhães, das Comunicações. (Revista Veja, edição 1.017, ano 1988, p. 22)

Observa-se, assim, que desde a sua origem em 1988 a licença-paternidade já revestia-se de caráter insignificante. Ademais, o que foi indicado a título de fundamento do direito trabalhista materializa, como se necessário fosse, a divisão de gênero e consequente discriminação contra a mulher:

[...] sem similar no Direito estrangeiro, a licença-paternidade constitui uma forma de proteger a maternidade. Funciona, portanto, como direito-meio, com vistas a alcançar o direito-fim, qual seja, o de permitir que o pai do nascido se afaste do serviço por alguns dias, **para ajudar a mulher nos cuidados com o novo filho e nas tarefas do lar, cuja normalidade sofre alterações com o nascimento da criança.** (BULUS, 2008, p. 637, grifo nosso)

Assim, grande elemento de diferenciação desarrazoada consiste no minúsculo lapso temporal conferido à licença-paternidade. Se o antigo prazo para efeitos de registro civil correspondia a um dia apenas, a norma que o amplia em cinco vezes ainda não constitui tempo hábil para satisfazer as necessidades de qualquer espécie de entidade familiar.

De acordo com Rafael Nascimento (2013):

[...] é eloquente a omissão do texto constitucional ao não estabelecer, em seu próprio bojo, prazo definitivo e mais dilatado para a licença-paternidade. A Constituição optou por esquivar-se da discussão e delegar ao legislador ordinário, sem prazo definido, a tão importante tarefa de estabelecer um prazo para licença-paternidade que atendesse efetivamente aos imperativos da igualdade de gênero e do atendimento das necessidades das crianças. Unidas à omissão do Poder Legislativo em disciplinar a licença-paternidade, as disposições constitucionais que asseguram o referido direito acabam por se tornarem inócuas, em relação à presumida intenção de promoção de maior igualdade de gênero, tanto no âmbito doméstico, quanto no âmbito trabalhista. (NASCIMENTO, 2013, p. 18)

A discrepância entre as duas licenças ora em análise totaliza em uma diferença correspondente a 115 (cento e quinze) dias a mais fornecidos para a mulher. Não se trata de ignorar as particularidades e maiores exigências naturais que a mãe biológica possui, inclusive em relação à amamentação, mas de considerar completamente incabível a quase inexistência de garantia de afastamento ao pai.

Apesar de não constar mais no texto normativo a função precípua da licença-paternidade, a única tarefa que pode restar plena e efetivamente realizada é o registro civil da criança, assim como o auxílio destinado à mãe em decorrência da anormalidade do ambiente

(BULUS, 2008, p. 637), já que impossibilitada ou muito atarefada por conta da atenção e encargos que o novo membro familiar demanda. É por conta disso que tal licença possui natureza jurídica de falta justificada do empregador por período inferior a uma semana, somente com o fito de o coadjuvante assessorar a principal responsável já que temporariamente restrita.

Em se tratando de adoção, não há previsão seja na Constituição ou no ADCT que retrate a situação de obter o pai adotante o direito de ausentar-se temporariamente em virtude da chegada de seu filho ao seio da família a título de licença-paternidade.

Contudo, sob o argumento de que não deve haver discriminação em razão da origem da criança, bem como por ocorrência de analogia ao caso da mulher adotante que detém o direito à licença-maternidade, entende-se que o pai adotante também tem direito à folga de 05 (cinco) dias.

É nesse sentido que se posiciona Thereza Nahas (2002, p. 446), segundo a qual não se deve “[...] fazer distinção entre pais e filhos naturais e adotados e adotantes, em razão da simples aplicação do sistema constitucional a partir de 1988”, da mesma forma que ocorre com a mãe adotante, ainda que esta agora esteja amparada pelas modificações advindas da Lei nº 12.873/2013.

Reitere-se também que o objeto de proteção da norma não visa o empregado, não sendo direito pessoal seu, mas garantia social pertencente à entidade familiar (FIGUEIREDO, 1994, p. 1.231). Nesse mesmo sentido caminha a jurisprudência pátria:

[...] O art. 7º, XIX, da CRFB estabelece que todos os trabalhadores têm direito à licença paternidade.

Já o § 1º do art. 10º do ADCT/CRFB-1988 dispõe que até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias. O prazo da licença-paternidade foi prorrogado pelo art. 38 da Lei 13.257/2016 para 20 dias, alterando a Lei 11770/2008, caso a empresa faça parte do programa empresa cidadã e o empregado requeira a extensão do benefício 02 dias úteis após a data do parto, bem como comprove sua participação em "programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável" [...].

Em que pese as argumentações da parte ré, não há falar em diferenciação entre filho biológico ou filho adotivo desde a CRFB, que suplantou tal discriminação em seu art. 227, § 6º. Mesma disposição consta do art. 20 do ECA.

Desta feita, o fato de a parte autora deter guarda provisória do infante não afasta o direito de se beneficiar da licença paternidade. Aliás, no caso das mulheres, a extensão da licença-maternidade para as mães adotivas existe desde a Lei 10.421/2002.

A adoção possui caráter humanitário, em que prevalecem os interesses da criança, no sentido de se buscar ambiente favorável ao seu desenvolvimento biopsicossocial.

No mesmo sentido, a licença-paternidade visa não só o interesse do pai, mas também da criança, que necessita de cuidados no intuito de estreitar os laços

afetivos, garantindo-se à criança um desenvolvimento saudável, na forma do art. 3º do ECA.

A Licença-paternidade, seja em razão do nascimento de filho biológico, seja em razão da adoção, é direito social fundamental que efetiva a proteção constitucional do núcleo familiar, tutelando o direito dos pais ao afastamento do trabalho para se dedicar aos cuidados do filho recém-inserido no seio familiar, sem prejuízo da continuidade do vínculo de trabalho, da remuneração e garantido o cômputo do período para todos os fins de direito. Desse modo, a licença-paternidade e ao adotante são verdadeiros instrumentos viabilizadores da efetiva proteção à família e ao desenvolvimento da criança em estágio extremamente especial da vida. Trata-se, portanto, de período destinado à construção de laços e relações afetivas e aos cuidados especiais com o infante.

Aliás, o ordenamento jurídico vai ainda mais longe do que tutelar a licença-paternidade do adotante quando permite, no art. 71-A da Lei 8213/91 a concessão de licença-maternidade de 120 dias ao segurado do sexo masculino que obtém guarda unilateral da criança para fins de adoção.

Com efeito, procede o pedido de licença-paternidade, considerando 05 dias de trabalho para fins de liquidação. (Betim/MG, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo nº RTOrd 0010396-27.2015.5.03.0026. Juiz sentenciante: Adriano Marcos Soriano Lopes, 18/07/2016, grifo nosso).

Ademais, se houver adoção ou guarda judicial conjunta, o pai adotante pode fazer uso da licença-maternidade de acordo com o artigo 392-A, §5º da CLT.

Ao contrário do caso da mãe biológica em que há o quesito da amamentação como diferença óbvia entre os sexos, o que com toda a razão permite alargamento da licença da mãe sobre a do pai – porém não da forma discrepante como instaurada na ordem atual, conforme já debatido por vezes em momentos anteriores, na adoção a única alegação acerca da diferença do prazo das licenças do casal parece pautar-se na discriminação explícita de gênero.

Novamente, consoante afirmado em todo o decorrer deste trabalho, reiterada a discriminação da mulher sempre submetida às relações domésticas e familiares em detrimento de sua atuação laboral:

O aparato legal e as políticas públicas, de forma geral, foram arquitetados para um modelo de família heterossexual tradicional no qual o lugar simbólico do homem como provedor e da mulher como cuidadora do lar impera. Fora desse modelo - cada vez menos representativo das famílias brasileiras - os níveis de desproteção legal e social podem ser significativos [...]. É nítido, portanto, que os benefícios previstos focalizam, prioritariamente, os direitos reprodutivos das mulheres, oferecendo poucas possibilidades aos homens de se comprometerem com o exercício da paternidade responsável, bem como ignorando a existência de famílias homoafetivas e monoparentais masculinas. Nesse contexto, nota-se que o aparato legal contribui no mínimo para a manutenção e a reprodução de uma realidade bastante desigual no que diz respeito à divisão sexual do trabalho reprodutivo. (PINHEIRO, GALIZA e FONTOURA, 2009)

Logo, o caráter puramente trabalhista da medida – o que por consequência resulta em ônus dirigido ao empregador acerca do custo salarial durante a ausência do trabalhador, ainda que exista quem defenda que a folga nem seria passível de remuneração, e a não correspondência de um benefício previdenciário em seu curso apenas acentuam a

diferenciação de tratamento quanto à paternidade se confrontada com à maternidade, o que, inclusive, desestimula o exercício da paternidade:

Ressalte-se que a própria cultura brasileira, que apresentava um forte traço patriarcal, com a família sustentada pelo pai, que laborava em serviços externos, enquanto a esposa cuidava das crianças, foi claramente retratada na legislação, com prazos bem diferenciados para cada um dos entes, como se o cuidado fosse delegado exclusivamente à figura materna. (SALIBA e RIBEIRO, 2013)

O desempenho de tentativas de regulamentação e a caracterização da licença paterna como direito social constitucionalmente garantido, de certa forma, intentam suplantar a desarmonia presente no discurso estatal e seu aparato institucional, que continua exibindo a lógica da divisão sexual do trabalho e da repartição desproporcional das ocupações domésticas (MARQUES, 2015, p. 250).

Em suma, tem-se como necessária a ampliação do instituto da licença-paternidade em período não inferior a trinta dias, visto a ineficácia da ausência laboral por apenas cinco dias. Ainda que não haja equiparação em se tratando do pai e da mãe biológica em razão do aleitamento e recuperação do parto – e apenas nesse caso e sob tal justificativa, a extensão do prazo é medida que se impõe no tocante aos demais fatores: a não existência de gritante discrepância entre os benefícios concedidos ao homem e à mulher; o exercício e estímulo da paternidade participativa; a fomentação da corresponsabilidade familiar e, principalmente, a garantia dos direitos inerentes à criança e promoção da entidade familiar.

Ademais, nessa hipótese não subsiste fundamento para a desequiparação da licença-paternidade com a licença-maternidade, visto que não existem fatores físicos que de fato motivem a diferenciação de tratamento.

Por fim, imperiosa a atribuição de benefício previdenciário correlato à licença-paternidade, a fim de que o fato de o empregador ser o responsável pelos custos não constitua óbice à dilatação do prazo, eis que tais interesses financeiros não devem se sobrepor aos que são resguardados ou que sustentam a licença aqui tratada.

4.5 Da possibilidade de superação do viés discriminatório por meio da edição da Lei nº 12.873/2013

Mesmo que remanescente em instrumentos normativos a aferição da indicação feminina de mantenedora do lar (e da família), observa-se a atenção do legislador à urgente modificação dos parâmetros desiguais, ainda que em passos lentos e tardios.

É notável que as novas configurações familiares trazem consigo traços caracterizadores que redefinem a atuação do homem e da mulher tanto no campo externo como no particular, o que enseja acompanhamento de tal dinamicidade no direito positivo.

A família de hoje, está em processo de mutação e, devido às mudanças sócio-culturais, tecnológicas, ambientais e religiosas, é possível verificar as inovações e a diversidade de novas estruturas familiar. Temos a família chefiada por mulheres, a família monoparental, a família constituída a partir de novas uniões de um ou de ambos os cônjuges, as famílias adotivas, outras famílias em que os avós ocupam-se totalmente da educação daqueles que seriam seus netos, há as famílias homoparentais e outras que defendem a guarda ou a partilha da criança num plano de igualdade entre a mãe o pai. Há também a tendência de algumas famílias a priorizar as questões relacionadas à valorização da vida emocional e afetiva de seus membros. Assim, o homem tem novas funções no exercício da função paterna e mulher na sua inscrição social. A família é o lugar onde convergem sentimentos de amor, ódio, inveja e ciúmes num complexo emaranhado de laços relacionais. Se por um lado a família é um espaço importante para o desenvolvimento do ser humano, integrando as diferenças e aumentando a capacidade de adaptação é por outro, um espaço de expressão de novas funções e de criatividade relacional. (SIMÕES, HASHIMOTO, 2012, p. 16-17)

Pouco a pouco segue a desconstrução acerca do mito do amor materno como instinto, retirando o peso carregado pela mulher por tanto tempo de que é de sua natureza a responsabilidade reprodutiva – antes, durante e após o parto (BADINTER, 1985). Evidenciado que o desempenhar dessas funções deve acompanhar a capacidade individual de cada indivíduo e não a suposta determinação natural.

É em consonância com tais arranjos que irrompe a Lei nº 12.873/2013, introduzindo novas possibilidades de destinação da licença-maternidade e do salário-maternidade, de modo a promover o englobamento dos novos e diversos modelos familiares e sua divisão de tarefas e responsabilidades por meio da redefinição de normas contidas na CLT e na Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/1991).

Em referência à seara previdenciária, o benefício do salário-maternidade que até então era restrito à figura feminina, a partir da nova redação do artigo 71-A, *caput*, da Lei nº 8.213/1991, será devido à segurada ou segurado nos casos de adoção ou guarda judicial para esse mesmo fim. Importante destacar que o custeio continua sendo oriundo da Previdência Social, constituindo importante mecanismo a fim de que não haja fomento ao tratamento discriminatório e inibidor no tocante ao procedimento de adoção, como poderia ocorrer se o encargo fosse direcionado ao empregador.

Após a determinação do sujeito beneficiário, em caso de tal segurado ou segurada falecer, haverá transmissão do usufruto para o cônjuge ou companheiro sobrevivente pelo tempo restante que fosse devido o salário-maternidade ao *de cujus*, não perdendo o direito em razão de ser contínua a necessidade de provimento das necessidades do filho, sendo

aplicável também em situação de adoção ou guarda para o mesmo fim. Somente na ocorrência de óbito ou abandono da criança ou adolescente é que resta impossibilitada a concessão (artigo 71-B, *caput* e § 3º da Lei nº 8.213/1991), visto que perdido o objeto de proteção.

Ressalte-se que o salário-maternidade devido ao adotante não poderá ser concedido a outro segurado envolvido no mesmo processo de adoção ou guarda, de acordo com o artigo 71-A, §2º, da CLT.

Já no que se refere à seara trabalhista, a partir de então foi introduzida a possibilidade de concessão da licença-maternidade a qualquer um dos adotantes ou guardiões, sem distinção de sexo, contudo limitado a somente um dos envolvidos (artigo 392-A, §5º, da CLT).

Ademais, do mesmo modo que o novo regramento do benefício previdenciário, o óbito da genitora ou do segurado adotante detentor da licença-maternidade estende esta última ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, ressalvado os casos de falecimento ou abandono do filho (artigo 392-B e 392-C, da CLT).

Apesar de se tratar de melhoria do direito positivado, as medidas inovadoras não alcançam por completo a superação do paradigma discriminatório e de determinação anterior de papéis.

Primeiramente, em se tratando de mãe biológica, apenas esta é que poderá fazer uso da licença-maternidade e receber o valor equivalente ao salário-maternidade, impossibilitada a repartição de tais direitos e mantida a responsabilidade unilateral dos cuidados para com o filho. Somente na ocorrência de seu falecimento no curso ou anteriormente à concessão da licença e do benefício previdenciário é que tomará vez a figura coadjuvante do pai em caráter substitutivo.

O segundo aspecto prejudicial refere-se justamente à proibição de usufruto da licença-maternidade e seu respectivo aparato previdenciário por mais de um segurado envolvido na mesma adoção ou guarda. A designação absoluta e integral a apenas um dos pais corrobora a desproporção no reparte de papéis, restando a um o dever de cuidado familiar e ao outro, presume-se, a tarefa de angariar o provimento financeiro à família, excluído do convívio afetivo com seu filho recém-chegado.

Ainda que a norma confira à família a decisão de quem será o sujeito designado para os mecanismos trabalhista e previdenciário, vedou que houvesse deliberação acerca da divisão igualitária ou até mesmo conveniente para o grupo familiar. Não há que se falar em qualquer forma de repartição da licença-maternidade, como poderia ocorrer ao dividir-se em 50 (cinquenta) dias ao pai adotante e os 70 (setenta) dias restantes caberiam à mãe, em uma

hipótese de casal heterossexual. Sustentada, portanto, a sobrecarga familiar em apenas um dos membros, ainda que não determinada por questões de gênero ou sexo.

O terceiro e último fator prejudicial pode, à primeira vista, transparecer a ideia de que resta desenvolvido e superado o paradigma da necessidade de matrimônio para que o direito seja concretizado. Isso se deve em razão de, na hipótese de óbito daquele a quem era destinada a licença e o salário-maternidade, assegurada a extensão do restante que ainda era devido àquele ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Ainda que merecido o reconhecimento acerca da inclusão dos relacionamentos que constituem união estável, o texto não abrange os demais tipos de relações existentes. Restam desamparados, portanto, o casal de namorados que não preenchem os requisitos da mencionada união; os pais que não mantêm qualquer tipo de ligação ou intimidade amorosa, estando ligados pela maternidade ou paternidade, porém desconectados nos demais aspectos pessoais; além de não prever casos de famílias monoparentais em que a criança ou adolescente ficará sob os cuidados de um parente, por exemplo.

Não subsiste razão o condicionamento à concessão da extensão daqueles direitos ao estado civil dos pais da criança ou do adolescente, o que deve ser retirado do texto legal e então direcionado à pessoa que ficar responsável pelo menor na ocorrência do óbito da pessoa licenciada e/ou segurada, sem maiores delimitações. Discriminatória, portanto, a norma que prioriza dois tipos de relações e inferioriza e exclui as demais possibilidades afetivas ou as que não mais perduram.

Logo, entende-se que a inovação normativa consistente na Lei nº 12.873/2013 de fato demonstra o gradual empenho do Estado na consolidação dos laços das relações familiares em suas mais diversas formas de expressão, mesmo que não totalmente abrangente por ora.

Apesar de não alterada a denominação de licença-maternidade, este instituto começa a transpassar as limitações de gênero ou sexo que anteriormente lhe foram impostas, ultrapassando a figura da destinação específica do direito em questão. Timidamente a licença perde a caracterização biológica como fator determinante e condicionante, de forma que resta priorizado, enfim, o convívio e fortalecimento afetivo da família brasileira.

5 CONCLUSÃO

A análise realizada ao longo deste trabalho monográfico buscou situar o instituto da licença-maternidade sob a ótica do Princípio da igualdade e não discriminação, por meio da relação entre a sua delimitação e a contínua divisão de papéis com base no gênero. Tal abordagem se deu em razão de não ser suficiente o enfoque paradigmático quanto a essa garantia da qual a mãe tem direito a usufruir, posto que patente a alteração da conduta e do posicionamento feminino nas relações laborais e domésticas, bem como a dinâmica configuração familiar atual.

Entendeu-se como necessária a delimitação e estabelecimento de considerações acerca da essência da igualdade assegurada na Carta Magna. Para isso, construído o cenário diante do qual o instituto da licença-maternidade deve harmonizar-se, qual seja o de tratamentos desiguais que almejam, enfim, a consecução da igualdade em sua esfera material e não somente teórica-formal.

Assim, resta identificado o instituto da referida licença como sendo de natureza de ação afirmativa, visto que dotado de caráter protetivo no tocante à trabalhadora que se torna mãe, para que esta não seja recriminada ou repudiada no seio das relações laborais por conta de sua nova constituição familiar.

Ademais, constata-se que o arcabouço legal é pertinente à garantia do exercício da maternidade e manutenção de seu cargo ou função no âmbito profissional. A maternidade é tutelada não somente no plano nacional, mas também preservada no campo dos tratados internacionais que acabam por orientar as diretrizes pelas quais o Brasil guiou sua legislação – trabalhista, previdenciária e constitucional.

Observa-se nesta pesquisa, portanto, a evolução da proteção conferida à maternidade, consubstanciada precipuamente na ausência conferida à mulher trabalhadora, mediante mecanismos complementares de proteção tais como a garantia de remuneração integral neste lapso temporal e estabilidade provisória temporária desde o início da gravidez até cinco meses após o retorno ao posto.

Pertinente ao estudo a síntese histórica acerca da configuração social que confere à mulher o exercício de atividades circunscritas ao espaço familiar e doméstico, tendo como a maternidade seu maior expoente. De tal forma, verifica-se que o caráter patriarcal não sofreu ruptura integral seja na esfera pública como na privada, sendo naturalizada a destinação da mulher especialmente no tocante aos cuidados iniciais e criação dos filhos, com a

caracterização do pai como agente coadjuvante em tal perspectiva. Conforme já aqui examinado, constata-se a persistência da imposição de papéis pré-determinados não somente à mulher como também ao homem, onde reside a divisão de tais funções no componente gênero.

Logo, nota-se no desenrolar da análise e das pesquisas ora aqui realizadas que a licença- maternidade não perde, em si, o objeto de proteção qual seja a vida do novo membro familiar (criança ou adolescente), mediante o fornecimento de tempo livre e exclusivo visando a vida, saúde, alimentação e laços afetivos daquele. Contudo, certos aspectos que a constituem não mais se justificam, tais como o fundamento que consiste unicamente no determinismo biológico da mulher para cuidar da prole, de modo que atesta certo suporte em concepções tradicionalíssimas no tocante ao desempenho das atividades pela mulher, bem como à composição e arranjo familiar.

A dificuldade de sustentação do caráter único e primordial da licença-maternidade como de meio de promoção do Princípio da igualdade é evidenciado de forma explícita quando comparada à licença-paternidade. Nesse sentido é que conclui-se pela inexistência de embasamento que seja minimamente satisfatório à desequiparação exorbitante nos prazos conferidos às licenças, até mesmo quando inclusos os fatores de recuperação pós parto e aleitamento materno, visto que não são essencialmente determinantes e não constituem o objeto primordial de proteção do instituto, eis que nenhuma das licenças representa benefício pessoal da trabalhadora ou do trabalhador.

Frise-se, ainda, o descaso legislativo ao estabelecimento de diretrizes concernentes à licença-paternidade, visto que continua regulamentada por norma de transição que aguarda há quase trinta anos legislação infraconstitucional correlata, o que reforça a áurea de desnecessidade da implementação de uma licença ampla, protetiva e eficiente que supere a mera conceituação de folga remunerada.

Foi possível discutir, também, acerca das particularidades no tocante aos pais adotantes onde não há uma alteração física – gestação, parto e amamentação – em um dos envolvidos, momento no qual constata-se que o direito a ausências laborais, percepção de benefício previdenciário e garantia de emprego podem significar predileção de um dos agentes ao desempenho dos cuidados com o filho, incorrendo por consequência na privação do sujeito restante, sendo este geralmente representado pelo pai, que atua em caráter secundário e apenas com vistas a substituir a mulher quando esta se encontra impossibilitada.

Importante vetor de superação dos critérios patriarcais ou discriminatórios se deu em virtude da edição da Lei nº 12.873/2013 que inovou quanto ao regramento da licença-

maternidade. Verifica-se, portanto, que mediante tal norma é que não existe agora restrição à figura feminina quanto ao sujeito usufruidor da licença ou beneficiário do salário-maternidade, haja vista que o homem fora incluído em ambas as possibilidades.

Além disso, mudança importante configurou a oportunidade de extensão da licença e benefício correlato a outro sujeito, isto é, ao cônjuge ou companheiro, caso faleça o beneficiado inicial, alterações essas que deslocaram os parâmetros a fim de abranger os mais diversos arranjos familiares, posto que não mais pautado o conceito familiar na configuração tradicional, mas sim quanto às relações afetivas, mesmo que não resultando na integral superação do paradigma hierárquico e patriarcal.

Constatou-se, ao fim, que não só a licença em si como as suas posteriores modificações continuam, mesmo que em menor escala, pautadas em viés discriminatório com relação a gênero e constituição clássica da família.

Atingido, portanto, o objetivo de analisar e dimensionar a licença-maternidade quanto à sua efetividade como meio de promoção do Princípio da igualdade e não discriminação, posto que compreendida a inserção de tal instrumento no meio histórico, social e legislativo. A licença possui, de fato, raízes fincadas na diferenciação injusta de papéis vez que imensamente ampla e larga se comparada à destinada ao homem e restrita, na maioria dos casos, à figura feminina sem fundamentos razoáveis e suficientes.

Diante do exposto, conclui-se que para que seja alcançada a proteção da maternidade em nível satisfatório e adequado, maior similaridade e correlação devem existir entre a licença-maternidade e paternidade, até mesmo quando se tratar de pais biológicos.

Ademais, a harmonia de papéis desde o âmbito laboral protetivo pode fomentar a corresponsabilidade de funções também no tocante ao ambiente familiar, visto que não haveria um sujeito imensamente mais sobrecarregado que o outro. A atual configuração social exige regulamentação normativa acerca do instituto da licença-paternidade, bem como ajuste das já atuais regras trazidas pela Lei nº 12.873/2013, a fim de que não mais exista requisitos pautados unicamente no sexo ou no estado civil dos envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Martim de. **Da igualdade: introdução à jurisprudência**. Coimbra: Almedina, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BADINTER, Elisabeth. **Um Amor Conquistado: o mito do amor materno**. Tradução de Waitensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

_____. **Um é o outro: relações entre homens e mulheres**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BORGES, Elenita Batista. A extensão da licença-maternidade à mãe adotiva. In: COUTINHO, Aldacy. Rachid; WALDRAFF, Célio Horst (Org.). **Direito do trabalho e direito processual do trabalho**. Curitiba: Juruá, 1999.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 08 jan. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. **Decreto nº 423 de 12 de novembro de 1935**. Promulga quatro Projectos de Convenção, aprovados pela Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações, por ocasião da Conferencia de Washington, convocada pela Governo dos Estados Unidos da America a 29 de outubro de 1919 [...]. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-423-12-novembro-1935-532092-publicacaooriginal-14076-pe.html>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 07 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 16.300, de 31 de dezembro de 1923.** Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d16300.htm>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932.** Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966.** Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm>. Acesso em: 02 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968.** Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 21 nov. 2016.

_____. **Decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967.** Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0229.htm>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 2.548, de 31 de agosto de 1940.** Faculta a redução do salário mínimo nos casos e nas condições que menciona, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2548-31-agosto-1940-412576-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013.** Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014.** Estende a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à trabalhadora gestante, nos casos de morte desta, a quem detiver a guarda de seu filho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp146.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 08 jan. 2017.

_____. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995.** Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

_____. **Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002.** Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10421.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017.

_____. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.** Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. **Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>. Acesso em: 09 jan. 2017.

_____. Ministério da Previdência Social. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015.** Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946-5**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Distrito Federal, 29 de abril de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 817**. Licença-maternidade e discriminação entre gestação e adoção. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo817.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). **Reclamação Trabalhista Ordinária nº 0010396-27.2015.5.03.0026**. Relator: Juiz Adriano Marcos Soriano Lopes. Betim/MG, 18 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/363285034/andamento-do-processo-n-0010396-2720155030026-rtord-19-07-2016-do-trt-3>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Agravo de Instrumento nº 0027307-84.2012.4.03.0000/SP**. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: Diequeson Alves da Silva. Relatora: Desembargadora Federal Therezinha Cazerta. São Paulo, 29 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/2566359>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 244**. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 06 jan. 2017.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

BULUS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. São Paulo: LTr, 2007.

_____. **História do direito do trabalho da mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTr, 2000.

CAMARGO, Antonio Bonival. **Princípios e ideologias aplicados na relação de emprego**. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000.

CANDEZ, Danielle de Abreu. **Licença-paternidade: ativismo judicial como instrumento para concretização dos princípios constitucionais aplicáveis à família**. Brasília: UnB, 2013. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6854/1/2013_DanielledeAbreuCandez.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2017.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação**. São Paulo: LTr, 2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÔRREA, Mário Dias. **Noções práticas de obstetrícia**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Médica e Científica, 1999.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Relações de gênero no mercado de trabalho: uma abordagem da discriminação positiva e inversa**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, v. 34, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. Proteção contra a discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha, afirmação da igualdade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2397>. Acesso em 15 nov 2016.

D'INCAO, Maria Ângela. Mulher e família burguesa. In: DEL PRIORE, Mary; BASSANEZI, Carla. **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto/Ed. UNESP, 1997.

DO PACOTE social ao impasse. Constituinte: o que mudou para quem trabalha. **Revista Veja**, São Paulo: Editora Abril, 1.017. ed., p. 20-27, 1988.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade. **Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social**, v. 58, n. 10, p. 58-10, out. 1994.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta**. Goiânia: Ed. da UCG, 2016. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/pessoascomdeficienciaeodireitoaoconcursopublico-maria-aparecida-gugel-2016.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2016.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

LAMENZA, Francismar. **Licença Adoção**: um direito da criança e do adolescente. [São Paulo]: 2009. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=664>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LUCCHESI, Mafalda. Filhos: evolução jurídica até a plena igualdade jurídica. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados: 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos**. v. 1. [S.I.]: 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_231.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2017.

MARIANO, Ana Beatriz Paraná. **As mudanças no modelo familiar tradicional e o afeto como pilar de sustentação destas novas entidades familiares**. [S.I.]: 2009. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ana-beatriz-parana-mariano.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

MARQUES, Stanley Souza. Ampliar a licença-paternidade para despatriarcalizar o Estado e a sociedade. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito**, Paraíba, n. 1, p. 241-260, 2015. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ampliar_a_licenca-paternidade_para_despatriarcalizar_o_estado_e_a_sociedade.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NAHAS, Thereza Christina. Comentário ao art. 392-A instituído pela Lei n. 10.421/2002. **LTr: Suplemento Trabalhista**, v. 38, p. 445-447, 2002.

NASCIMENTO, Rafael Monteiro de Castro. **Licença-paternidade no Brasil**: situação atual e possibilidades de mudanças. Brasília: UnB, 2013. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5873/1/2013_RafaelMonteirodeCastroNascimento.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2017.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. **O trabalho da mulher: das proibições para o direito promocional**. São Paulo: LTr, 1996.

NOVAIS, Denise Pasaello Valente. *Discriminação da mulher e direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade*. São Paulo: LTr, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 03, de 29 de outubro de 1919**. Convenção relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade). Disponível em:

<<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-maternidade>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. **Convenção nº 103, de 07 de junho de 1958**. Amparo à Maternidade (Revista). Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. **Convenção nº 111, de 15 de junho de 1960**. Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. **Convenção nº 183, de 07 de fevereiro de 2002**. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_4_A.htm>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. **Notas da OIT: trabalho e família**. Brasília: OIT, 2009. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229658.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. **Recomendação nº 95, de 24 de setembro de 1952**. Proteção do Salário. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312433,en:NO>. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. **Recomendação nº 191, de 15 de junho de 2000**. Recomendación relativa a la revisión de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312529>. Acesso em: 05 jan. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PERES, Célia Mara. **A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

PINHEIRO, Luana; GALIZA, Marcelo; FONTOURA, Natália. Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 17, n. 3, p. 851-859, dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2009000300013&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 22 jan. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Naira. **Uma obstetra grávida: a teoria desafiando a prática**. Barueri: Minha Editora, 2013.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Os limites da igualdade:** um enigma a desvendar (a utilização da discriminação positiva de gênero no direito do trabalho). In: PENIDO, Laís de Oliveira (Coord.). A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

REGULAMENTANDO a Constituição de 1934: a proteção à maternidade e à infância. 2013. Disponível em: <<http://lhs.unb.br/bertha/?p=1512>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa:** o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 33, n. 131, jul./set. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

ROCHA-COUTINHO, Maria Lúcia. **Tecendo por trás dos panos:** a mulher brasileira nas relações familiares. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 4. ed. rev. São Paulo: LTr, 2012.

ROULAND, Norbet. **Nos confins do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALIBA, Graciane Rafisa; RIBEIRO, Márcia Regina Lobato Farneze. **(Re) Pensando a finalidade e efetividade da licença-maternidade e da licença-paternidade diante das relações afetivas contemporâneas.** [S.I.]: 2013. n.p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=62781274c4261985>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

SCHNEIDER, Paulo Henrique. **A Concretização dos Direitos Sociais Frente à Jurisdição Constitucional:** análise centrada na tutela especial da mulher nas relações de emprego. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, Carla da. **A desigualdade imposta pelos papéis de homem e mulher:** uma possibilidade de construção da igualdade de gênero. São Paulo: 2011. n.p. Disponível em: <http://www.unifia.edu.br/projetorevista/artigos/direito/20121/desigualdade_imposta.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2017.

SIMÕES, Fatima Itsue Watanabe; HASHIMOTO, Francisco. Mulher, mercado de trabalho e as configurações do século XX. **Revista Vozes dos Vales**, Minas Gerais, n. 2, ano 1, out. 2012. Disponível em: <http://site.ufvjm.edu.br/revistamultidisciplinar/files/2011/09/Mulher-mercado-de-trabalho-e-as-configura%C3%A7%C3%B5es-familiares-do-s%C3%A9culo-XX_fatima.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2017.

STREY, Marlene Neves; CABEDA, Sonia T. Lisboa; PREHN, Denise Rodrigues. **Gênero e cultura:** questões contemporâneas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. **Mulher:** estudos de gênero. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VAINFAS, Ronaldo. **História e sexualidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986.

WAGNER, Adriana et al . Compartilhar tarefas? Papéis e funções de pai e mãe na família contemporânea. **Psic.: Teor. e Pesq.**, Brasília, v. 21, n. 2, p. 181-186, ago. 2005.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722005000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 jan. 2017.

Sousa, Rebeca Pedrosa de.

Discriminação de gênero nas relações econômicas do trabalho :
análise da licença-maternidade frente ao princípio da igualdade / Rebeca
Pedrosa de Sousa. - 2016.

68 f.

Orientador(a): Anamaria Sousa Silva.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do
Maranhão, São Luís, 2016.

1. Discriminação de gênero. 2. Licença-maternidade.
3. Mulher. 4. Princípio da Igualdade e Não Discriminação.
- I. Silva, Anamaria Sousa. II. Título.