

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE DIREITO**

LUCIANA CORREIA BARBOSA SARINHO

LICENÇA PATERNIDADE: NECESSIDADE DE SUA AMPLIAÇÃO

NATAL

2013

LUCIANA CORREIA BARBOSA SARINHO

LICENÇA PATERNIDADE: NECESSIDADE DE SUA AMPLIAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro universitário do Rio Grande do Norte, como requisito final para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

ORIENTADOR: Profº Esp. Erivan Júnior Oliveira de Macêdo

**NATAL
2013**

LUCIANA CORREIA BARBOSA SARINHO

LICENÇA PATERNIDADE: NECESSIDADE DE SUA AMPLIAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro universitário do Rio Grande do Norte, como requisito final para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profº ERIVAN JÚNIOR OLIVEIRA DE MACÊDO
Orientador

Professor Examinador
Membro

Professor Examinador
Membro

Dedico este trabalho à minha família pela oportunidade e incentivos diuturnos, em especial aos meus pais Clóvis e Luzia que sempre me incentivaram financeira e emocionalmente para a realização desse sonho; e ao meu marido, Thiago, que é a luz do meu viver.

AGRADECIMENTO

Aos meus pais Clovis e Luzia, que em esforço conjunto, dedicaram maior parte do tempo à formação acadêmica e humana da única filha, abdicando dos prazeres da vida, pelo labor cotidiano.

Ao meu marido Thiago, pelo incentivo, paciência e, principalmente, por estar sempre por perto me apoiando; sem ele, eu não teria concluído este trabalho.

Ao professor Erivan Júnior, brilhante mestre e palestrante, indispensável na escolha do tema adotado.

A Deus e aos meus avós Clovis e Dagmar, Raimundo e Autília, os quais me guiam e iluminam por caminhos menos tortuosos.

A todos os que colaboraram para completar a primeira etapa de um sonho, e que por motivos óbvios, não podem ser citados todos neste curto espaço.

As vitórias fáceis e os sucessos imerecidos não deverão impressionar o vosso espírito, mas, sim, o mérito pela grandiosidade da missão que deveis cumprir em paz com a vossa consciência.

(Clóvis Travassos Sarinho - médico)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo abordar os institutos da licença paternidade, levando em consideração a grande necessidade de sua ampliação. Adotando a pesquisa bibliográfica como metodologia, analisa-se como é feita concessão de tal benefício, quem tem o direito de receber, quais as situações em que a licença paternidade é legal, além de uma análise crítica quanto ao número e dias que a lei concede o benefício. Procura-se demonstrar casos de pessoas que tiveram amparo jurídico e conseguiram uma ampliação para a licença. O estudo tem por base o método dedutivo, haja vista que se principiou a partir de conceitos jurídicos e pesquisa bibliográfica. A pesquisa utiliza o método dissertativo e exploratório, uma vez que houve o estudo de determinados escritos, como também o de tipo ideal, visto que foi feito um levantamento das características do assunto em comento. Pesquisa bibliográfica em que se procederá a leituras e discussões envolvendo a Licença Paternidade. Pesquisa doutrinária para demonstrar que existem projetos tramitando no Congresso e no Senado que visam à ampliação do benefício da Licença Paternidade. Além da pesquisa virtual em sites da área, por meio de artigos eletrônicos e revistas de tribunais. Enfim, vai-se tentar dissolver o assunto e esclarecer algumas dúvidas existentes sobre o mesmo.

Palavras-chave: Licença Paternidade; Ampliação; Benefício; Licença Maternidade; Parto; Gravidez; Adoção; Criança; Adolescente.

ABSTRACT

The present study aims to assess the institutes of paternity leave, taking into account the great need for its expansion. Adopting the literature as a methodology, is shown as granting such benefit is made, who is entitled to receive, including situations where parental leave is legal, and a critical analysis of the number and days that the law grants the benefit. It seeks to demonstrate cases of people who had legal support and got an extension to the license. The study is based on the deductive method, given that it began from legal concepts and literature. The research uses the dissertative and exploratório method, since there was the study of certain writings, as well as the ideal type, since a survey was made of the characteristics of the subject under discussion. Bibliographical research which will seek to readings and discussions involving Paternity Leave. Doctrinal research to show that there are moving in Congress and the Senate projects aimed at expanding the benefits of paternity leave. In addition to local search sites in the area, through electronic articles and journals courts. Anyway, will try to dissolve it and clarify some doubts about it.

Key Word: Paternity Leave; Magnification; Benefit; Maternity leave; Delivery; Pregnancy; Adoption; Child; Teenager.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CF – Constituição Federal
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CONFEA – Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia
CTASP – Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana
IBDFAM – Instituto Brasileiro de Família
INSS – Instituto Nacional de Seguro Social
OIT – Organização Internacional do Trabalho
OMS – Organização Mundial de Saúde
PEC – Proposta a Emenda Constitucional
PL – Projeto de Lei
PLS – Projeto de Lei do Senado
STF – Supremo Tribunal Federal
TST – Tribunal Superior do Trabalho

LISTA DE SÍMBOLOS

°C - Grau centígrado

Nº - Número

§ - Parágrafo

% - Porcentagem

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 GRAVIDEZ	13
3 PARTO	14
3.1 PARTO NORMAL.....	14
3.2 CESARIANA.....	15
3.3 PARTO NORMAL X CESARIANA.....	15
3.4 PARTO DE CÓCORAS	16
3.5 PARTO NA ÁGUA	16
4 LICENÇA MATERNIDADE	18
4.1 LEGISLAÇÃO E DIREITOS	18
4.1.1 Auxílio-maternidade	19
4.1.2 Aborto não criminoso	20
4.1.3 Alteração ou extinção do contrato de trabalho por iniciativa da gestante	20
5 LICENÇA PATERNIDADE	21
5.1 LEGISLAÇÃO SOBRE A LICENÇA PATERNIDADE	21
5.2 O QUE É LICENÇA PATERNIDADE?.....	21
5.3 AMPLIAÇÃO E EXTENSÃO DA LICENÇA MATERNIDADE E DA LICENÇA PATERNIDADE.....	24
5.4 ANÁLISE DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES EM ALGUNS DIREITOS TRABALHISTAS.....	26
6 LICENÇA MATERNIDADE E LICENÇA PATERNIDADE PARA PAIS ADOTIVOS	29
6.1 120 DIAS PARA O PAI ADOTANTE ÚNICO	34
7 PROJETOS DE AMPLIAÇÃO NO BRASIL	40
8 NOTÍCIAS DE PAIS QUE CONSEGUIRAM A AMPLIAÇÃO DA LICENÇA PATERNIDADE	41
8.1 PAI GANHA 30 DIAS DE LICENÇA-PATERNIDADE PARA CONVIVER COM O FILHO ADOTIVO	41
8.2 PROFESSOR OBTÉM NA JUSTIÇA LICENÇA PATERNIDADE PARA CUIDAR DE FILHO	41
8.3 O DIREITO DO PAI VIÚVO À LICENÇA MATERNIDADE.....	42

8.4 SENADO APROVA MAIOR LICENÇA-PATERNIDADE EM CASOS ESPECIAIS.....	44
9 CONCLUSÃO	46
NOTAS.....	48
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

A licença maternidade, ao contrário do que muitos pensam, não é apenas um período de descanso concedido à mãe, após o parto. É um período concedido para que mãe e filho possam estreitar seus laços de afeto, conhecer um ao outro, nesses primeiros contatos.

A estrutura familiar, ao longo das últimas décadas, sofreu uma forte mudança, onde a mulher saiu para o mercado de trabalho e o homem começou a participar mais dos assuntos domésticos, dentre eles, a criação e educação dos filhos. Seguindo essa nova estrutura, a Constituição Federal de 1988 concedeu ao pai a chamada licença paternidade, para que pudesse cuidar do registro do filho e dedicar um tempo especial ao mais novo membro da família.

As relações familiares estão se modificando dentro da sociedade. Uma das espécies de entidade familiar que vem crescendo bastante na sociedade moderna é a família monoparental. Regulamentada no artigo 226, § 4º da CF, tal núcleo é formado por apenas um dos pais e seus descendentes.

Algumas dúvidas surgem acerca de direitos que foram concebidos tendo apenas como modelo a família criada por um homem ao lado da mulher e os seus filhos. Licença paternidade é um exemplo disso. Sem qualquer diferenciação em relação à realidade vivida pelo pai, tal direito foi relegado ao esquecimento por parte do Estado. Tal tratamento deve acabar. Caso clássico de desrespeito acontece quando um homem solteiro adota uma criança.

A CF garante o direito à licença maternidade e licença paternidade em seu artigo 7º, XVIII e XIX, mas a Carta Magna não estabelece o período de gozo da licença deferida ao pai. Apenas no artigo 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias fica, provisoriamente, estabelecido o prazo de 05 (cinco) dias da aludida licença.

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

(...)

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

Essa é a única normatização acerca do prazo da licença paternidade, no entanto, não se relaciona com o caso em tela, pois o objetivo não é tratar da licença

paternidade comum, mas sim de licença paternidade destinado a pai solteiro. Para que se chegue ao deslinde da questão e à confirmação de que se trata de modalidade distinta de licença paternidade será necessária uma averiguação acerca da natureza jurídica de tal benefício.

A licença paternidade é um direito que sempre fora colocado em patamar secundário de importância. Dentro da cultura machista que domina nossa sociedade, o papel de educar os filhos sempre coube à mulher. O papel destinado ao homem dentro de uma sociedade fundada num modelo patriarcal sempre fora o de mantenedor da casa. Essa manutenção estaria ligada apenas aos aspectos financeiros. O homem poderia ficar alheio às exigências do cotidiano de afetividade e educação dos filhos. Tais tarefas pertenciam apenas à mulher.

Mas, até essa proteção com o estabelecimento da licença maternidade, iniciado pela conveniência na delegação de exclusividade das tarefas domésticas, não foi dado de bandeja ao público feminino. O momento da maternidade nem sempre fora respeitado, com diversos relatos históricos de mulheres trabalhando em condições que agrediam a sua gestação. Seria absurdo destinarmos a conquista da licença maternidade como uma doação ao público feminino. Não. Não foi. Foi mais uma conquista das reivindicações trabalhadoras após uma história de exploração feminina.

2 GRAVIDEZ

Nos seres humanos, a gravidez se refere ao estado resultante da fecundação de um óvulo pelo espermatozoide, envolvendo o subsequente desenvolvimento do feto gerado no útero, que dura cerca de 09 (nove) meses, até seu nascimento.

A idade embriológica da gestação é contada a partir da fecundação do óvulo. No entanto, é praticamente impossível a identificação do momento em que ocorreu a fecundação ou a data correta do coito ou da ovulação. Por isso, convencionou-se contar a idade da gravidez a partir de um marco mais fácil de identificar: o primeiro dia do último período menstrual da mulher. Trata-se da idade obstétrica da gravidez. Quando o clínico ou o ultrassonografista se refere a qualquer idade gestacional, está usando como marco esta data. É evidente que no período entre o início do ciclo menstrual e a fecundação (supostamente ocorrida 14 dias depois do início do ciclo menstrual) ou a nidação (considerando-se o início fisiológico da gravidez na mulher) não há ainda a gravidez. Trata-se de marcador impreciso, mas é o único disponível.

A idade gestacional é definida como o tempo transcorrido entre o primeiro dia da última menstruação e a data atual, medido em semanas e dias. A duração da gravidez tendo-se como base o dia da última menstruação é, em média, de 280 (duzentos e oitenta) dias ou 40 (quarenta) semanas, 10 (dez) meses lunares (de 04 semanas). Deve ser lembrado que a duração da gestação varia segundo as características da mãe e do conceito. Também pode haver imprecisão na caracterização do último período menstrual.

Em aproximadamente 20% (vinte) dos casos, observa-se discordância entre a idade gestacional calculada pelo dia da última menstruação e aquela estimada pela ultrassonografia. O exame ultrassonográfico é mais preciso para a avaliação da idade gestacional quando efetuado precocemente. Quanto mais precoce o exame, mais precisa esta avaliação. Nesses casos, se a idade calculada pelo dia da última menstruação se situar dentro da margem de erro da estimativa ultrassonográfica, ela é aceita como correta. Caso contrário, utiliza-se a idade calculada pela ultrassonografia como datação para a gestação.

3 PARTO

Um parto humano típico começa com contrações do útero, inicialmente com frequência de 02 (duas) a 03 (três) contrações em cada 10 (dez) minutos. Ocasionalmente, o parto é precedido da ruptura do saco amniótico, também chamado de "ruptura das águas" ou "amniorrexe" (quando o amnion e o córion se rompem). As contrações aceleram até que ocorram com frequência de 05 (cinco) a cada 10 (dez) minutos e duração clínica de 70 (setenta) segundos, quando se aproxima a expulsão do feto. Na expulsão, somam-se as contrações uterinas aos esforços expulsivos voluntários da mãe (puxos). Cada contração dilata o cervix (colo uterino). A duração do trabalho de parto varia, mas em média dura cerca de 13 (treze) horas (para mulheres que estão passando pelo trabalho de parto pela primeira vez) ou em torno de 08 (oito) horas em mulheres que já tiveram filho.

A segunda fase do parto inicia com a cervix completamente dilatada e termina com a expulsão fetal. Para que isso ocorra, uma nova força da parturiente começa a atuar, contraindo a musculatura do diafragma e da parede abdominal que associados às contrações comprimem o útero de cima para baixo e da frente para trás e assim o bebê é expelido. O bebê usualmente nasce (apresentação fetal) de cabeça, a chamada apresentação cefálica. Em alguns casos ocorre a apresentação dos pés ou nádegas primeiro (apresentação pélvica), que com pessoal devidamente treinado podem nascer através da vagina.

Após a expulsão do bebê ocorre a descida e expulsão da placenta e membranas, acontecendo entre 05 (cinco) a 10 (dez) minutos após o término do período expulsivo. As contrações uterinas que diminuem o volume do útero e consequentemente aumentam a espessura da parede muscular, provocam essa expulsão. Assim ocorre a infiltração de sangue entre a placenta e a decídua basal remanescente originando hematoma retroplacentário. As membranas fetais permanecem no local até que a placenta se desprenda por completo.

3.1 PARTO NORMAL

Fisiologicamente e anatomicamente todas as mulheres estão preparadas para o parto normal. Neste tipo de parto o feto é expulso através de contrações uterinas. Dessa forma a cabeça do bebê chega ao canal vaginal e pressiona o períneo.

Porém, quando necessário, o médico faz uma episiotomia (corte na passagem vaginal), para facilitar a saída do bebê.

Tem a vantagem da parturiente ter uma recuperação rápida com menor chance de contrair hematomas ou infecções e um menor risco de complicações pós-parto. Tem ainda a grande vantagem da ligação mãe e bebê ser forte pois o recém-nascido tem maior probabilidade de ficar em contato com a mãe, já na sala de parto.

3.2 CESARIANA

A cesariana é uma técnica cirúrgica para partos. É feita através de um corte na pele acima da linha dos pêlos púbicos, onde abre-se a parede abdominal e, depois, a parede uterina. O corte pode ser transversal ou longitudinal, sendo o transversal mais utilizado ultimamente. Dessa forma, o procedimento cirúrgico procede pela incisão da pele e sucessivamente do tecido subcutâneo, da aponeurose dos músculos reto abdominais, com posterior abertura do peritônio parietal, peritônio visceral e a parede uterina. O próximo tempo é a extração do feto, seguida da retirada da placenta e revisão da cavidade uterina. São então suturados os planos anteriormente incisados.

Não é uma prática recomendada por profissionais da área da saúde. Por isso a indicação é feita quando o trabalho de parto está progredindo lentamente, quando há um sofrimento fetal agudo, quando há desproporções entre o tamanho do feto e da bacia óssea materna, quando ocorre gestação de alto risco, entre outros.

3.3 PARTO NORMAL X CESARIANA

Segundo dados do Ministério da Saúde, o Brasil registra mais cesarianas do que os 15% (quinze) recomendados pela Organização Mundial da Saúde. A taxa nacional é de 39% (trinta e nove) e em todos os Estados das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste esse índice é superior a 40% (quarenta) [1].

São grandes os benefícios do parto normal, tanto para a mãe como para o bebê. Vão desde uma melhor recuperação da mulher e redução dos riscos de infecção hospitalar até uma incidência menor de desconforto respiratório do bebê. O Programa Nacional de Saúde da Mulher alerta que a cesariana também pode

interferir no vínculo estabelecido entre a mãe e o filho durante o parto. Pois se logo após o parto, o bebê é acolhido nos braços da mãe, o vínculo é melhor estabelecido. Caso que não ocorre com frequência na cesariana, já que isso causa dor à parturiente.

Na cesariana é mais frequente a ocorrência de infecção e hemorragias, além da possibilidade de laceração acidental de algum órgão, como bexiga, uretra e artérias, ou até mesmo do bebê, durante o corte do útero. A gestante pode, ainda, ter problemas de cicatrização capazes de afetar a próxima gravidez. A frequência dessa cirurgia também limita a possibilidade de opção pelo número de filhos. A incidência de morte materna associada à cesariana é 3,5 (três e meia) vezes maior do que no método natural, sendo os riscos inerentes à própria cirurgia.

Porém há casos em que a cesariana é indicada, como por exemplo em caso de gestantes portadoras do vírus HIV. A cesariana passou a ser feita nessas situações pois se descobriu que a hora do parto é o momento de maior troca sanguínea entre a mãe e o bebê. Dessa forma, a cirurgia programada reduz os riscos de transmissão do vírus.

3.4 PARTO DE CÓCORAS

A posição de cócoras é vantajosa durante o período expulsivo, que dura de alguns minutos a 01 (uma) hora, na maioria dos casos.

Vários artigos já foram publicados enumerando as vantagens do parto verticalizado em relação à posição de litotomia (deitada de costas).

Entre as vantagens podem-se citar algumas: O parto é mais rápido, pois é auxiliado pela gravidade; A oxigenação do bebê é melhor, pois não ocorre a compressão da veia cava pelo peso do útero; A necessidade de episiotomia é menor; A mulher se sente mais no controle da situação; O companheiro tem uma participação mais ativa ao prover o suporte da posição da mulher.

A desvantagem é que a maioria dos médicos não consegue controlar o parto da forma como aprenderam. Por esse motivo existem cadeiras para parto de cócoras, onde a mulher fica em uma altura suficiente para que o obstetra fique com um bom campo visual. Porém, não é um método muito utilizado.

3.5 PARTO NA ÁGUA

O parto na água é uma modalidade de nascimento onde a mulher fica dentro da água durante o período expulsivo de modo que o bebê chega ao mundo no meio aquático, exatamente como estava no útero. A água é aquecida a 36°C (trinta e seis), o ambiente geralmente fica à meia luz e o pai ou acompanhante pode entrar na banheira com a parturiente.

Esses nascimentos costumam ser muito suaves e calmos e muitos bebês sequer choram quando são levados ao colo da mãe. Tem ainda a vantagem da mãe sentir menos dores abdominais nesse tipo de parto.

Alguns médicos alegam que esse parto não é seguro, porque o bebê pode aspirar água. Na verdade os registros de incidentes nos partos aquáticos são muito raros e comparado com partos na mesa ginecológica o parto na água não perde em segurança, mas ganha em qualidade do nascimento.

Outros profissionais alegam que na água não dá para fazer a episiotomia. Contudo, na água morna o períneo fica bastante relaxado em relação ao parto tradicional, e as rupturas são raras e geralmente muito superficiais. A episiotomia nesse tipo de parto embora seja possível, é desnecessária em quase todos os casos.

O uso da banheira também pode ser iniciado antes do período expulsivo, para relaxamento e para a suavização das sensações do trabalho de parto. As contrações ficam menos fortes e o bebê pesa menos sobre o colo do útero. Muitas mulheres saem instintivamente da água na hora do bebê nascer, preferindo ficar sobre um colchão, de cócoras, deitada em posição semi-reclinada, ou até de lado (posição de Sims).

4 LICENÇA MATERNIDADE

Face à situação econômica brasileira, tornou-se necessária a participação da mulher no sustento da família ou ainda, o trabalho da mulher em benefício de seu próprio sustento. Há também o aumento de mulheres trabalhadoras cujos objetivos se findam na independência e na realização profissional. Dessa forma, tem-se uma gama de trabalhadoras que dependem de amparo legal nas diversas situações que poderão envolvê-las, como jornada de trabalho, aposentadoria, repouso obrigatório e maternidade, esta última objeto dessa exposição.

No que concerne à proteção à maternidade, as medidas legais tem um objetivo de caráter social, uma vez que, ao proteger a maternidade está-se preservando a mãe e mulher trabalhadora, estimulando e mantendo a mulher empregada. Assim, conserva-se as forças vitais da mulher (necessárias ao perfeito exercício profissional) e permite que ela cumpra normalmente com as funções maternas. Cabe ressaltar que a legislação protege tanto as mães casadas quanto as solteiras, objetivando o bem-estar das futuras gerações.

A convenção nº 03 de 1919 da Organização Internacional do Trabalho estabelece quais aspectos devem ser protegidos pela lei: licença antes e depois do parto, mediante atestado médico que comprove a gravidez, a garantia do emprego consubstanciada na impossibilidade de demissão concomitantemente com o afastamento para dar à luz e na ineficácia de aviso prévio durante esse período, assistência à maternidade, consistente no auxílio econômico destinado a cobrir o acréscimo de despesas supervenientes, pago pelo Estado ou pelas instituições previdenciárias, além de assistência gratuita de médico e, ainda, facilidades durante a amamentação do filho, com direito a dois repousos específicos diários, de meia hora cada um, concessões essas melhor detalhadas no curso da explanação.

4.1 LEGISLAÇÃO E DIREITOS

A Consolidação das Leis do Trabalho contém uma seção com 10 (dez) artigos, no capítulo III do Título III, “Das normas especiais de tutela do trabalho”. Em seu artigo 391, casar ou engravidar não configuram motivo para rescisão contratual ou restrições ao direito da mulher ao emprego. Se isso acontecer, são aplicadas multas pela autoridade do Ministério do Trabalho.

Conforme o título informa, são normas específicas encontradas na CLT, no entanto, a CF de 1988 em seu artigo 7º, inciso XVIII protege a gestante contra demissão arbitrária ou sem justa causa e dá a ela o direito essencial à mulher grávida que trabalha: o direito à licença maternidade, com duração de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo de emprego ou de salário.

É importante ressaltar que a lei constitucional mencionada não cria estabilidade no emprego. Assim, faz-se necessária a utilização do artigo 10 do ADCT que estabelece alguns preceitos protegendo a relação de emprego contra demissões arbitrárias e injustas, abrangendo a hipótese da empregada gestante, determinando a seu favor a *estabilidade provisória* que faltava no artigo 7º da CF.

A estabilidade provisória prolonga-se da confirmação da gravidez (que compete à empregada junto ao empregador) até 05 (cinco) meses após o parto, o que permite a proteção do emprego e dos salários até mesmo no prazo de 12 (doze) a 13 (treze) meses, uma vez provada a gravidez de imediato. Se ocorrer demissão sem justa causa ou arbitrária durante esse período, a gestante terá direito à reintegração ou ao pagamento dos salários relativos ao prazo legal que lhe é garantido.

Os direitos garantidos à empregada gestante encontram-se previamente determinados na CLT.

4.1.1 Auxílio-maternidade

Esse benefício encontra-se no artigo 7º, inciso XVIII da CF e é assegurado à gestante pelo INSS no Brasil. O auxílio maternidade é a licença de 120 (cento e vinte) dias concedido à empregada gestante, ou seja, a mulher não trabalha e não perde o emprego e ainda, recebe os salários devidos durante esse período (se ela for demitida durante esse período, o empregador sofrerá sanção pecuniária e a mulher receberá tudo o que lhe for devido). Cabe à gestante comprovar a gravidez mediante atestado médico oficial ou particular e, se o médico considerar necessário aumentar o período de descanso, este poderá ser acrescido em mais de 02 (duas) semanas (artigo 392, § 2º CLT). Ainda sobre essa questão do auxílio maternidade, no § 3º do mesmo artigo da CLT, encontra-se até mesmo o parto prematuro recebe proteção legal, uma vez que a mulher não perde o direito à licença maternidade, o que permite constatar mais uma vez, o caráter social dessa proteção.

4.1.2 Aborto não criminoso

Diante da perda da criança, o artigo 395 da CLT determina que a mulher terá direito a repouso remunerado durante 02 (duas) semanas e também assegura o direito à reintegração, findo esse prazo. É necessária prova do aborto natural através de atestado médico.

4.1.3 Alteração ou extinção do contrato de trabalho por iniciativa da gestante

O artigo 394 da CLT faculta à mulher a rescisão contratual. Se constatar que o exercício profissional prejudica a gestação, ela poderá pedir demissão. Nesse caso, a gestante não precisa conceder aviso prévio ou pagar indenização, quando o contrato tiver prazo determinado, mas não terá o direito de indenização por antiguidade, ressalvados os direitos decorrentes do FGTS (sem o acréscimo de 40 %), nem o auxílio maternidade, se a rescisão ocorrer antes do início do prazo de descanso.

Em casos excepcionais, a mulher grávida pode exigir do empregador a alteração de suas funções, se for necessário. O § 4º do artigo 392 da CLT dá os seguintes direitos: transferência de função, sem prejuízo salarial, assegurando-lhe o retorno ao mesmo cargo e a dispensa do trabalho para realização de, no mínimo, 06 (seis) consultas médicas e exames complementares, também sem prejuízo salarial.

5 LICENÇA PATERNIDADE

Assim como as mulheres têm direito à licença-maternidade e ao salário maternidade, os homens trabalhadores também podem fazer o pedido ou requerimento quando seu filho nascer. Conforme decreta a CF de 1988, o homem tem direito a 05 (cinco) dias de licença-paternidade para estar mais próximo do bebê recém-nascido e ajudar a mãe nos processos pós-operatórios.

5.1 LEGISLAÇÃO SOBRE A LICENÇA PATERNIDADE

A licença-paternidade de 05 (cinco) dias foi concedida pela CF/88 em seu artigo 7º, XIX e art. 10, § 1º, do ADCT, o que até então era de 01 (um) dia conforme estabelecia o artigo 473, III da CLT.

O direito à licença-paternidade foi incluso nos rol de direitos trabalhistas (art.473, III da CLT) com o intuito de, considerando o estado de necessidade de repouso da mãe que recém deu à luz, possibilitar que o pai pudesse faltar ao trabalho (01 dia útil) a fim de fazer o registro civil do filho recém-nascido.

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em seus arts. 102, inciso VIII, alínea “a” e arts. 185 e 208 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, nos artigos descritos elucida sobre o tempo de afastamento, benefícios do Plano de Seguridade Social e da licença paternidade dos Servidores Públicos.

5.2 O QUE É LICENÇA PATERNIDADE?

Na inércia do Poder Legislativo, o mandado de injunção é um mecanismo que pode ser acionado pelo cidadão para tornar possível e viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ainda não regulamentados, mesmo após mais de 20 (vinte) anos da promulgação da CF que os consagrou.

Embora sua decisão não tenha o mesmo alcance de uma lei que a todos se destina, vale ressaltar que uma nova função lhe é concedida pela sociedade quando o cidadão passa a dele se utilizar: a discussão sobre um direito que se calava ao longo dos anos e que, em matéria trabalhista, a negociação coletiva pode atender, analisando concretamente o impacto que o pleito pode provocar considerando os

benefícios sociais e trabalhistas que a sua concessão poderá proporcionar ao processo produtivo.

O primeiro olhar, quando se refere às licenças maternidade e paternidade é sobre o seu beneficiário. Se a licença é vista como a possibilidade de a criança ficar com aqueles que mantêm os mais estreitos laços afetivos ao seu lado, não se amplia a discussão. É de toda evidência que ninguém negará algum direito a um menor, sob pena de ser rejeitado. Contudo, tão somente se discute e nada se conclui. Para tanto a quantidade de projetos de lei sobre a matéria até hoje está sem conclusão.

Porém, conceder mais dias às jornadas já plenas de folgas, na concepção de alguns, será gerar um impacto econômico adicional nas folhas das empresas e na da Previdência Social, esta, que, efetivamente, deverá arcar com o seu custo.

Sair da zona de conforto e perceber que a sociedade gerou uma nova forma de constituição familiar em que pais e mães devem estar presentes nos primeiros dias e meses do nascimento de seus filhos, é mais um avanço da legislação em prol da qualidade do ser humano. Não se pode falar em qualidade de vida de uma pessoa sem que esta preocupação se volte também aos seus beneficiários.

Estar ao lado de seus filhos não é proteger também o processo produtivo, quando os atores sociais demonstram o devido respeito à dignidade humana?

Estas são questões levadas ao debate para que possam acompanhar com a devida atenção a regulamentação do benefício previsto na CF em seu art. 7º inciso XIX, que teve fixado o prazo de 05 (cinco) dias em suas Disposições Transitórias e assim permanece até hoje.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, apresentou mandado de injunção ao Supremo Tribunal Federal, objetivando que seja declarada a omissão legislativa e que a licença paternidade tenha ampliação de 50% (cinquenta por cento) do período de licença concedido às mulheres, nos termos da Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008, passando o pai a ter direito de até 08 (oito) dias de licença-paternidade.

A referida entidade sindical é mais ousada em suas preocupações. Ela pleiteia que o pai tenha o mesmo período de licença-maternidade que seria concedido à mãe na hipótese de sua morte em face do parto ou do período remanescente da licença-maternidade. Em caso de morte da mãe durante o período

de gozo da licença, assegura-se ao pai o pagamento do salário-maternidade e mais, que seja deferido o período de licença-maternidade ao pai também.

Ao referido processo abre também a possibilidade de licença e de pagamento do salário-maternidade, agora chamado de paternidade, também em caso de adoção, nos moldes do previsto no art. 392-A da CLT e na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, em seu art. 18 inciso I alínea “g” e em caso de guarda provisória de menor até 180 (cento e oitenta) dias, benefícios estes a serem concedidos tanto no âmbito público como privado.

Ora, diversos olhares podem e devem ser lançados sobre a regulamentação deste direito. O olhar jurídico e o olhar econômico, mas também e, sobretudo, o olhar direcionado para o menor, aquele que o Estado e a sociedade têm o dever de garantir o equilíbrio, não só na estrutura familiar convencional, que já sofre algumas mudanças desde o implemento do direito na CF de 1988, mas nas relações monoparentais e nas adoções homoafetivas.

Para reflexão de todos: os direitos à educação e de proteção à infância são sociais e o Brasil, ao ratificar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, instituída pela Assembleia Geral das Nações Unidas, se comprometeu a adotar a doutrina da proteção integral, novo paradigma no qual as crianças e adolescentes são titulares de direitos fundamentais, ou seja, são vistos agora como qualquer outro ser humano.

Portanto, à toda evidência, o Estado, a sociedade e a família têm deveres prioritários para com crianças assegurando-lhes, com absoluta prioridade, como preconiza o art. 227 da CF, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à consciência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Espera-se que a notícia do ajuizamento da demanda provoque discussão ampla para que as empresas, representadas por seus sindicatos, passem a negociar a ampliação do benefício com os sindicatos de seus trabalhadores. Esta atitude teria como objetivo o dar efetividade ao direito constitucional sem que isto represente, necessariamente, um maior custo. Mesmo porque, analisando o direito comparado, constatamos que em muitos países esta licença não é remunerada, o que pode ensejar vários mecanismos que demandarão a efetiva adequação do processo negocial ao objetivo principal de permitir maior período de convivência com a criança

até que o processo legislativo se instaure e determine que estes dias possam ser cobertos pela Previdência Social, a exemplo do que já ocorre com as mulheres.

5.3 AMPLIAÇÃO E EXTENSÃO DA LICENÇA MATERNIDADE E DA LICENÇA PATERNIDADE

A Licença maternidade ou licença-gestante é um benefício de caráter previdenciário garantido pelo artigo 7º, inciso XVIII da CF, que consiste em conceder à mulher que deu à luz licença remunerada de 120 (cento e vinte) dias. Nada mais é do que um meio de proteção à mulher trabalhadora que, por motivos biológicos, necessita de descanso, com o objetivo de se recuperar do desgaste físico e mental provocados pela gravidez e parto, além do convívio integral com o filho durante os primeiros meses de vida.

Importante ressaltar que, na licença-maternidade, a lei ampara não só a mãe como também o recém-vindo, inclusive o adotado. Aqui, o tempo da licença varia de acordo com a idade da criança. Mães que adotarem crianças com até 01 (um) ano têm direito a 120 (cento e vinte) dias de licença. Se a criança tiver entre 01 (um) e 04 (quatro) anos, o benefício será de 60 (sessenta) dias, e para filhos adotados com idade entre 04 (quatro) e 08 (oito) anos a licença maternidade será de 30 (trinta) dias.

Desde setembro de 2003, com o advento da Lei nº 10.710, de 05 de agosto de 2003, o pagamento do salário-maternidade das gestantes empregadas é feito diretamente pelas empresas, efetivando-se a compensação, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, devendo a empresa conservar durante 10 (dez) anos os comprovantes dos pagamentos e os atestados correspondentes para exame pela fiscalização da Previdência Social.

Em 10 de setembro de 2008, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei nº 11.770, que prorrogou a licença-maternidade por 60 (sessenta) dias, além dos 120 (cento e vinte) já previstos em lei, mediante a concessão de incentivos fiscais para as empresas. No caso da iniciativa privada, apesar de algumas empresas já adotarem até então a licença de 06 (seis) meses, a medida só começou a valer efetivamente a partir de janeiro de 2010.

A prorrogação é facultativa, ou seja, a empresa poderá aderir voluntariamente ao programa e, em troca poderá deduzir integralmente no Imposto de Renda da Pessoa Jurídica a remuneração da empregada nos 60 (sessenta) dias de prorrogação da licença. Para tanto, basta requerimento dirigido à Secretaria da Receita Federal do Brasil. Além disso, para fazer jus à prorrogação, a empregada deve requerer até o final do primeiro mês após o parto, sendo requisito que a criança não frequente creche, escola ou organização similar, no período da licença bem como que a empregada não exerça qualquer atividade remunerada, sob pena de perder o direito à prorrogação.

A prorrogação também é garantida, na mesma proporção, à mãe que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção, variando o período do benefício de acordo com a idade da criança: até 01 (um) ano de idade, a prorrogação será de 60 (sessenta) dias; de 01 (um) a 04 (quatro) anos, 30 (trinta) dias, e de 04 (quatro) a 08 (oito) anos, 15 (quinze) dias.

De igual forma, o artigo 7º, inciso XIX da CF e artigo 10, § 1º, do ADCT, estabeleceu a licença-paternidade de 05 (cinco) dias, possibilitando ao trabalhador ausentar-se do serviço, por ocasião do nascimento do filho, possuindo tal natureza salarial e estando seu pagamento condicionado à apresentação da certidão de registro do filho.

A nova ministra-chefe da Secretaria de Políticas para as Mulheres, Eleonora Menicucci, defendeu no último dia 21 de fevereiro de 2012 que o novo período de licença-maternidade, que passou de 120 (cento e vinte) para 180 (cento e oitenta) dias, se torne obrigatório em todo o setor público e privado no país. No entanto, apesar de a intenção da ministra-chefe ser a de beneficiar as futuras mães, entendemos que referida medida pode comprometer o mercado de trabalho para as mulheres, uma vez que possivelmente as empresas passarão a contratar mais empregados homens, o que vai dificultar o ingresso ou reingresso de mulheres no mercado de trabalho.

Além disso, defende também a ministra a ampliação do período de licença-paternidade, mediante argumento de que é fundamental a participação masculina também no pós-parto. Nessa esteira, há propostas que aumentam o direito para até 30 (trinta) dias, mas o projeto mais avançado e com maior consenso prevê licença remunerada de 15 (quinze) dias após o nascimento do filho. Isto porque

diferentemente do que ocorre com a licença-maternidade, que é custeada pela Previdência Social, a licença paternidade sai diretamente dos cofres do empregador.

Ainda, de acordo com a PEC nº. 110/11 apresentada pela senadora Marta Suplicy, a licença maternidade poderá ser concedida a qualquer um dos pais durante o período de 180 (cento e oitenta) dias. A licença natalidade, como passaria a ser chamada, daria o direito de o casal escolher quem iria cuidar da criança durante os 06 (seis) meses de licença. A extensão da licença beneficiaria o pai da criança que fica órfã de mãe por complicações no parto, por exemplo, e casais homossexuais que poderiam optar por qual dos pais utilizaria a licença.

Recentemente, um servidor da Polícia Federal em Brasília conquistou na Justiça o direito de gozar da licença paternidade nos moldes da licença maternidade, depois que sua mulher morreu por complicações durante o parto do filho. Não obstante, embora se saiba de casos análogos, ainda são desconhecidos os precedentes de uma decisão como esta que autorizou o benefício a um pai viúvo.

“Embora não exista previsão legal e constitucional de licença paternidade nos moldes de licença maternidade, esta não deve ser negada ao genitor, ora impetrante”, escreveu a juíza Ivani Silva da Luz, da 6ª Vara Federal do Distrito Federal, no texto que ampara a decisão. “Isto porque o fundamento deste direito é proporcionar à mãe o período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais, a sua sobrevivência e o seu desenvolvimento”, afirmou.

A juíza também avaliou que *“nestas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre a legalidade estrita, que concede tão somente às mulheres o direito de gozo da licença maternidade”.*

“Por essas razões é que a Constituição Federal estabeleceu no artigo 226 que ‘a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado’ e elencou no rol de direitos sociais do artigo 7º o direito à ‘licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias e a licença paternidade, nos termos fixados em lei’”, complementou a juíza. (Processo nº 6965-912012.4.01.3400 – sentença proferida em 08.02.2012).

5.4 ANÁLISE DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES EM ALGUNS DIREITOS TRABALHISTAS

Nossa Constituição Federal é mencionada por muitos como a Carta Cidadã, na qual todos os pilares de uma sociedade mais justa e igualitária são expostos sob um prisma ideológico superior. Em seu próprio preâmbulo traz seus objetivos explicados e sistematicamente se propõe a cumprir o que está naqueles 247 artigos.

Eis o preâmbulo da CF88:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (BRASIL, 1988, p.01)

Em seu artigo 5º, I ela traz um dos maiores princípios basilares, o qual deveria servir como norteador para os demais preceitos nela contidos. Faço questão de lembrar e coloca-lo para que nossa análise se torne mais completa: *“Homens e Mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta constituição.”*

Uma questão intrigante é como toda a sociedade de aproximadamente de 160.000.000 (cento e sessenta milhões) de pessoas, irá em seus atos seguir uma constituição, que no seu início preceitua a igualdade sobre todas as coisas, e logo mais adiante no mesmo texto, já comete atos que caracterizam desigualdades .

Vê-se no artigo 7º, quando menciona os direitos dos trabalhadores, nos incisos XVIII e XIX, a licença maternidade e a licença paternidade, delineados. Eis o paradoxo! Homens e mulheres são iguais perante a lei. Período de licença maternidade – 120 (cento e vinte) dias; período de licença paternidade – nossa constituição não determina o período, mas autoriza uma lei posterior regular. Encontra-se na CLT o período de licença paternidade – 05 (cinco) dias.

O legislador constituinte deixou, um certo questionamento. Teria a Constituição cometido uma contradição? Muitos estudiosos do Direito, não compartilham desta mesma visão. Mas mesmo assim vale questionar. Não deveria a CF, colocado nos incisos XVII e XIX do artigo 7º, outra maneira que possibilitasse uma interpretação isonômica entre homens e mulheres? O que poderia talvez, se fundir em apenas um artigo.

Deveria então ter colocado a Licença após o nascimento do filho do casal, de uma forma mais justa, possibilitando que o próprio casal fizesse a escolha de qual deles permaneceria o período de licença, de acordo com a possibilidade de cada um. Pois nestes novos tempos, a mulher pode estar em uma função que dificulte sua saída por um longo período, se tornando assim o afastamento do homem de sua função mais fácil. Considerando é claro particularidade de cada casal.

Seria outra possibilidade menos desigual, uma flexibilização do período de licença, podendo ser dividido entre o casal. Quando a mulher não pudesse se ausentar todo o período, ela ficaria a parte inicial, até mesmo devido à sua condição fisiológica, e o homem ficaria o restante do período. Em épocas onde a própria mulher busca se igualar ao homem, nada mais justo.

Não haverá uma alternância de papéis, como muitos argumentam, o pai assumiria seu papel de fato na criação do filho. Levando em consideração que ambos papéis, pai e mãe, são indispensáveis na vida da criança, cada qual com sua parcela de responsabilidade e benefícios sobre a criança.

Partindo do princípio que, o direito influencia o aparecimento de novas ações sociais, com esta flexibilização na norma possivelmente surgirão casos concretos de casais que necessitem desta possibilidade que a norma lhes garantirá.

Vislumbram-se na atual Constituição Brasileira outros artigos em que o preceito do artigo 5º, I, é desrespeitado como por exemplo, podem-se citar os artigos 40 § 1º, art. 143 §§ 1º e 2º, art. 201 § 7º.

6 LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE PARA PAIS ADOTIVOS

O que muito se discutiu, ao longo dos anos, era se a licença paternidade e a licença maternidade, prevista na constituição, seria ou não estendidos aos pais adotivos. Nossa Constituição, ao tratar sobre o assunto, dispôs em seu art. 7º:

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

“XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias.”

“XIX – licença paternidade, nos termos fixados em lei.”

Art. 10 do ADCT:

II- fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

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

Fazendo-se uma interpretação literal desses artigos e incisos, a licença maternidade e paternidade só poderiam ser concedidas aos pais biológicos. Isso causou grande discussão doutrinária e diferentes decisões de nossos tribunais, ora concedendo-se a licença para mães adotivas, ora negando-lhes esse direito.

Pode-se observar como se encontra atualmente esse assunto, com relação aos pais adotivos que sejam regidos pelo regime da CLT.

A empregada gestante [2] tem direito a:

1. licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias;
2. salário-maternidade;
3. estabilidade.

A licença maternidade para mães adotivas, regidas pela CLT, foi concedida após a entrada em vigor da lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002, que acrescentou o art. 392 – A na CLT e o art. 71 – A, na lei que trata da Previdência Social (Lei nº 8.212/90).

Como já foi dito, muito se discutiu se a mãe adotiva teria ou não direito a licença maternidade. Fazendo-se análise do art. 6º da Constituição Federal: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e à infância...”; e do art. 227 § 6º da

mesma Constituição: “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”, não havia motivo para a discriminação entre mãe biológica e mãe adotiva, concedendo-se direitos apenas a primeira. Por essa razão, criou-se a lei nº 10.421/02, pondo fim as divergências.

Hoje, a mãe adotiva tem o direito a licença maternidade proporcional de 120 (cento e vinte) dias no caso de adoção de criança de até 01 (um) ano de idade; 60 (sessenta) dias no caso de adoção de criança a partir de 01 (um) ano até 04 (quatro) anos de idade e 30 (trinta) dias no caso de adoção de criança a partir de 04 (quatro) anos até 08 (oito) anos. Também tem direito a salário-maternidade, garantido pelo art. 71 – A, da Lei nº 8.212/90, acrescentado pela já citada Lei nº 10.421/02. Com relação a estabilidade de emprego, que é concedida à gestante, não se aplica no caso de mãe adotiva. Dr. Fábio Bertachini Talhari [3], esclarece que:

“Ainda que o bem tutelado seja a maternidade, o TST tem entendimento de que não há igualdade de condições da mãe adotiva com a mãe biológica para o deferimento da licença-maternidade. Dessa forma, não assiste à mãe adotante o direito à estabilidade.”

Sendo assim, o único direito que não se concede a mãe adotiva, porém é concedido a mãe biológica, é a estabilidade de emprego.

A proporcionalidade da licença maternidade, relacionado a idade do adotado, tem levantado algumas discussões. Segundo suscitado no livro de Amauri Mascaro Nascimento [4]:

“A proporcionalidade cria uma duração desigual entre o direito da mãe natural e da mãe adotante ou guardiã. A desigualdade tem levado alguns doutrinadores a concluir pela inconstitucionalidade da lei nos casos de desproporção, que consideram atritar-se com o art. 5º, caput, da Constituição, ao declarar que todos são iguais perante a lei (v. Yone Frediani, Licença maternidade à mãe adotante, tese de mestrado, PUC/SP, 2003).”

Perguntado sobre a concessão proporcional da licença maternidade as mães adotivas, o Dr. Fábio Talhari é da seguinte opinião:

“O Texto Constitucional confere a licença-maternidade de 120 dias apenas à gestante (inc. XVIII do art. 7º), e obrigar o empregador a conceder tal benefício importa em violação ao art. 5º, II, da CF/88. Assim, da forma como está, considero, sim, que a licença maternidade (de 120 dias, em qualquer

caso) para a adotante é inconstitucional, ainda que haja igualdade de tratamento em outros campos do direito, notavelmente no Civil.”

O direito a licença e salário maternidade a mãe adotiva regida pela CLT só foi legalmente possível a partir de 2002, quando entrou em vigor a Lei nº 10.421/02, porém vale ressaltar que desde o início de 1991, o art. 210 da Lei nº 8.112/90 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais) já concedia a mãe (servidora) adotiva, o direito a 90 (noventa) dias de licença remunerada, se a criança adotada tivesse até 01 (um) ano de idade, ou 30 (trinta) dias, se a criança tivesse mais de 01 (um) ano de idade.

Sendo assim, hoje a mãe adotiva tem direito a:

1. Licença maternidade, proporcional a idade do adotado.
2. Salário-maternidade.

Hoje em dia o pai tem se mostrado mais presente no âmbito familiar, não dando apenas apoio econômico, como se fazia há algumas décadas atrás, mas participando mais intensamente da vida de seus filhos, criando, educando, estreitando os laços afetivos.

Para assegurar uma presença paterna mais efetiva, principalmente nos primeiros dias de vida de seu filho, nossa CF garantiu a licença paternidade.

O inciso XIX do art. 7º da CF dispõe sobre a licença paternidade, nos termos fixados em lei. Enquanto esta referida lei não é criada, vale o disposto no §1º do art. 10 da ADCT, que concede o prazo de 05 (cinco) dias. Porém, o dispositivo constitucional não faz nenhuma referência expressa a pais adotivos, se teriam direito ou não ao gozo da licença paternidade, sem prejuízo de seu salário.

Está tramitando na câmara, desde 1999, um projeto de lei de autoria do Deputado Hélio de Oliveira Santos (PDT-SP), a PL nº 2.198/99, que regulamenta a licença-paternidade, prevista no inciso XIX do art. 7º da CF. Esse projeto garante tanto aos pais biológicos, quanto aos pais adotivos, a licença paternidade de 05 (cinco) dias. Sobre este assunto, veja os comentários tecidos no voto de um dos relatores do referido projeto, o Deputado Fernando Gonçalves [5]:

“Mister se faz ressalvar, conforme consta da justificação da proposta, que a licença-paternidade não é, na sua essência, um direito assegurado ao pai trabalhador, mas, sim, à criança, nos mesmos moldes da licença-maternidade. Visa o benefício assegurar amparo pleno ao recém-nascido no momento mais delicado de sua existência.”
(...)

“O projeto deve ser louvado, ainda, pelo fato de estender o benefício aos pais adotivos, tendência que já é recebida quase de forma unânime por especialistas das mais diversas áreas, no sentido de não mais se criar distinções entre os filhos naturais e os adotados. Por esse motivo é que a licença-paternidade já foi estendida para os pais adotivos no serviço público, conforme citado no parecer da CSSF, na forma do art. 208 da Lei nº 8.112/90, que instituiu o Regime Jurídico Único dos servidores públicos.”

Como bem lembrou o deputado em seu voto, o servidor público civil da União, que adotar um filho, tem direito a licença-paternidade de 05 (cinco) dias, conforme dispõe o art. 208 da Lei 8.212/90: *“Art.208. Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 05 (cinco) dias consecutivos.”*

Mas afinal, o pai adotivo, que seja regido pela CLT, possui o direito a licença paternidade?

Como já foi dito, não há nenhuma disposição expressa que garanta a licença paternidade a pais adotivos regidos pela CLT, seja na CF ou nas demais leis, o que para muitos não seria necessário, pois a própria constituição garante que não haja nenhum tipo de distinção entre filhos adotivos e biológicos (art. 227 § 6º da CF), não devendo, portanto, haver distinção entre pais biológicos e adotivos. Porém, como no dia-a-dia surgiu a discussão: se os pais e mães adotivos teriam os mesmos direitos dos pais biológicos, foi apresentado em nossa casa legislativa, para por um ponto final nesse assunto, de forma definitiva, a PEC nº 494/06, que será tema do próximo tópico.

A senadora Maria do Carmo Alves (PFL-SE) apresentou ao Senado Federal, no dia 20 de janeiro de 2006, a PEC nº 494/06 que visa alterar os incisos XVIII e XIX do art. 7º da CF, para conceder licença-maternidade e licença-paternidade em caso de adoção.

Por esse projeto, os incisos constitucionais teriam a seguinte redação:

“XVIII – licença à gestante, com duração de cento e vinte dias e, nos termos da lei, licença-maternidade, com duração mínima de trinta e máxima de cento e vinte dias, à mulher que for concedida adoção de criança, sem prejuízo do emprego e do salário das beneficiárias de qualquer das licenças.

XIX – licença-paternidade, inclusive em caso de adoção, nos termos fixados em lei.”

Caso esse projeto de emenda constitucional seja aprovado pelo congresso nacional, sem alterações, a mãe e o pai adotivo terão os mesmos direitos dos pais biológicos, garantindo, inclusive, a mãe adotiva, o direito a estabilidade, que até

então é um direito concedido apenas as gestantes, uma vez que a lei que garantiu a licença e salário-maternidade em caso de adoção não fez nenhuma referência a estabilidade da mãe adotiva.

Um ponto levantado por nosso entrevistado, Dr. Fábio Talhari, com relação a PEC nº 494/06, se refere a redação empregada:

“Quando se menciona “licença à gestante”, poderia ser substituída a expressão “por licença maternidade”. Considero que a expressão utilizada criaria um novo tipo de benefício, exclusivo da mãe adotiva, o que pode gerar necessidade de nova regulamentação legal, e impedir sua pronta aplicação.”

Outro assunto que poderá gerar discussão ainda, mesmo após a aprovação dessa PEC, é com relação à proporcionalidade da licença maternidade, que leva em consideração a idade da criança adotada que, como levantado no tópico Licença maternidade, há uma minoria de autores considerando essa proporcionalidade uma afronta ao princípio constitucional de igualdade.

Este projeto já foi discutido e aprovado no plenário do Senado Federal, devendo ser discutido e aprovado agora na Câmara dos Deputados.

Tanto a licença paternidade quanto a maternidade são encaradas atualmente mais como um benefício estendido aos filhos do que aos pais.

Está comprovado pelos psicólogos que os primeiros contatos entre pais e filhos, sejam eles recém-nascido ou adotado, é muito importante para formação psicológica da criança e, para isso, nada mais justo do que conceder aos pais um tempo maior de convívio nesse primeiro momento, quando o mais novo membro da família chega ao lar, até então estranho para ele, e sente que está protegido pela presença de seus pais.

Injustamente, após a promulgação da CF de 1988, foi feito uma certa “discriminação” com relação aos pais adotivos, havendo aqueles que faziam uma interpretação literal da constituição, não permitindo aos empregados que adotassem uma criança, os mesmos direitos dos empregados que fossem os pais biológicos.

Para acabar com essa injustiça novas leis, e projetos de leis, foram sendo criados, como a Lei nº 10.421/02, o PL nº 2.198/99 e a PEC nº 494/06, sendo que, muitos outros projetos referentes a este assunto tramitam em nossas casas legislativas, aguardando a boa vontade de nossos queridos deputados e senadores.

6.1 120 DIAS PARA O PAI ADOTANTE ÚNICO

Embora tenha sido um direito conquistado pelas mulheres, a Licença maternidade não é um direito destinado apenas às mulheres. O lapso temporal indicado enquanto afastamento das atividades profissionais é também um direito da criança. Aliás, está plenamente correto afirmar que a licença maternidade tem como escopo principal a proteção da criança. Ao contrário do que se imagina, o período de licença maternidade não é apenas destinado à recuperação da mãe.

Tal definição tem origem na doutrina da proteção integral definida pela CF em seu artigo 227:

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.

O que se deve deixar bem frisado é que se trata de um dever do Estado proporcionar todas as garantias fundamentais ao desenvolvimento humanitário da criança, à formação plena de um ser humano hígido. Esse aparato principiológico de direitos encontra amparo imperativo no capítulo dos Direitos Sociais insertos na Constituição Federal.

Assim reza o art. 6º, CF/88: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

E nessa toada, levando-se em consideração o consagrado princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), não se deve jamais restringir a proteção somente à "maternidade".

Constituindo-se, hodiernamente, na concepção mais progressista e humanística da matéria, tanto maternidade quanto paternidade na adoção, inserindo-se também a família monoparental. Todas essas hipóteses enquadram-se no instituto da entidade familiar, o núcleo social e afetivo onde se exerce o poder familiar.

E é exatamente na não distinção dos iguais, no tratamento paritário dos desiguais que se debruça tal pleito administrativo e sua razão meritória jurídica. O princípio da isonomia ínsito no art. 5º, *caput*, e inciso I, da CF, no patamar de cláusula pétrea e direito fundamental, assim delimitado:

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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

O direito em destaque é mais uma das hipóteses de consolidação da norma constitucional. O período destinado à mulher trabalhadora é o momento de interação física e psicológica da mãe com o seu filho. É instante destinado ao acompanhamento da saúde da criança, do seu desenvolvimento e de sua personalidade iniciante. É durante esse convívio mais próximo e integral que uma mãe saberá os hábitos do infante, a exemplo do que gosta de comer, a hora que dorme, como reage a determinados remédios ou até mesmo se possui algum tipo de alergia. Os primeiros contatos serão definidores para toda uma vida em família.

As razões de uma proximidade maior, em regra, do filho ou filha com a sua mãe, em detrimento do papel masculino, não é advinda apenas por aspectos biológicos, mas também culturais. A cultura ocidental reforça uma suposta superioridade materna no cuidar da criança. Essa distinção irracional, como dito anteriormente, é feita em benefício do homem e em detrimento da mulher, uma vez que delega o papel dos cuidados para com os infantes apenas à mulher. Essa não é a vontade da Constituição ao garantir que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

O § 5º do artigo 226 da CF ainda explicita no mesmo sentido: *"Art. 226: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher"*.

Um único aspecto biológico que justifica a diferença de tratamento dado ao homem em prol do direito concedido às mulheres é a amamentação. Ainda sob o prisma da proteção integral destinada às crianças, existe justificativa para se diferenciar a Licença Maternidade da Licença Paternidade em relação ao infante que necessita do leite materno. O que não é o caso da criança adotada.

Primeiramente, é importante trazer ao presente escrito que o pai solteiro e sua criança são reconhecidos enquanto entidade familiar, nos termos do § 4º do artigo 226 da CF e gozam de toda a proteção do Estado. Uma entidade familiar, portanto, com a ausência de uma mãe.

O Estatuto da Criança e do Adolescente afirma em seu artigo 42 que poderá ser adotante "os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil". A adoção em tela está amplamente consolidada na legislação e na realidade brasileira, no entanto, as consequências pragmáticas da aplicação de tal direito ainda necessitam de ampla regulamentação.

A licença paternidade de pai solteiro não pode ser interpretada como a licença paternidade comum, concedida em paralelo com a licença maternidade. As diferenças evidentes fazem com que a sua aplicação legalista signifique tratamento inconstitucional, posto que trata-se de direito da criança e esta não poderá sofrer discriminação e perder esse momento de interação com a pessoa encarregada do Poder Familiar, seja um homem, seja uma mulher.

No caso da adoção, assim trata a CLT sobre a concessão de licença maternidade às adotantes:

Art. 392 - A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

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

Na redação anterior, a CLT definia prazos diferentes para a licença maternidade a depender da idade da criança adotada. Tal diferenciação fora explicitamente revogada. Vejamos a legislação retirada do ordenamento jurídico:

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias. (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias. (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias. (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009).

A Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, que estabeleceu todo o sistema atual da adoção, revogou a diferenciação de períodos de licença maternidade

distinguidos pela idade da criança. Tal norma ainda estabelecia o teto de oito anos para a concessão do benefício, o que contrariava o Estatuto da Criança e do Adolescente e a própria CF que não definiu tipos diferentes de crianças ou jovens.

De acordo com o ECA, "Considera-se criança (...) a pessoa até doze anos de idade incompletos" e qualquer tratamento discriminatório por idade é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro no artigo 3º, IV, da CF.

A jurista Maria Helena Diniz conceitua (1995, p. 282):

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha.

A criança a adotada, em via de regra, não conhece anteriormente o adotante. A relação familiar vem ao mundo a partir de regras de Direito, mas impera o total desconhecimento das regras da vida, das regras do amor. Apenas a convivência poderá delinear qual a verdadeira relação surgirá a partir daí. Esse momento de interação além do período comum, tal qual se define enquanto licença maternidade é crucial para a criança.

Ao contrário da gestante, no caso da licença maternidade deferida à adotante, não se justifica qualquer diferencial em relação ao homem e sua licença paternidade. Aqui não entra o aspecto biológico da amamentação enquanto fator consubstanciador de diferenciação lícita.

Sem sombra de dúvida, torna-se medida constitucionalmente imperativa a concessão de licença paternidade ao pai solteiro, adotante único, nos mesmos prazos e condições da licença maternidade, nos termos dos artigos 392 e 392-A da CLT. O instituto da adoção não se restringe somente às mulheres. Sendo assim, deve também ser assegurado ao pai adotante solteiro esse período de licença sem prejuízo do seu salário.

Tal interpretação não traz matéria inédita em sua caracterização da licença paternidade. Nesse mesmo sentido foi aprovado pelo Senado Federal o PLS nº 165/2006 que modifica a CLT para introduzir o princípio da isonomia à licença paternidade em relação à maternidade. De acordo com a proposta aprovada no Senado assim ficaria a redação do artigo celetista:

Art. 393-A. Ao empregado é assegurada a licença-paternidade por todo o período da licença-maternidade ou pela parte restante que dela caberia à mãe, em caso de morte, de grave enfermidade, ou do abandono da criança, bem como nos casos de guarda exclusiva do filho pelo pai.

Art. 393-B. O empregado faz jus à licença-paternidade, nos termos do art. 392-A, no caso de adoção de criança, desde que a licença- maternidade não tenha sido requerida.

Tal projeto está em tramitação, no entanto, a sua base é a CF e o ECA, normas em pleno vigor e que vedam tratamento discriminatório da criança adotada para o filho biológico e da mulher em relação ao homem.

Visando sempre o melhor interesse da criança, consagrado pelo ECA e o direito à convivência familiar, garantido pela Constituição, é de extrema importância esse convívio inicial integral, tanto para a criança como para o adotante e nos exatos termos do que diz a legislação.

Ademais, aplicando-se o Princípio da Isonomia e o da Igualdade entre os sexos, ambos presentes no artigo 5º da Lei Maior, não há que se fazer distinção para a concessão da licença ora pretendida, visto que o adotante é sozinho para cuidar da criança.

Além de tudo o que fora exposto, leva-se em consideração a idade da criança adotada. Aos 09 (nove) anos de idade as chances de uma criança ser adotada são bastante remotas. É público e notório que a cultura ocidental estabelece uma predileção pela adoção de crianças com menos de 01 (um) ano de idade, onde aquele ser humano guardará menos traços e laços com o mundo de sofrimento vivido pelo abandono e estará mais facilmente adaptado ao novo lar. O pai que adota uma criança com idade avançada decide também enfrentar esta difícil circunstância.

A atitude da adoção tardia não deve ser apenas respeitada com a igualdade de tratamento. Ela deve ser encarada não como uma adoção comum, mas sim como uma atitude trilhada sobre o caminho do interesse público. O adotante nas condições apresentadas no processo administrativo em apreço escolheu o caminho incerto e nebuloso de iniciar uma convivência com alguém que já tem uma pequena história de vida, ou melhor, uma história de sofrimento pela ausência de uma família. Tal convivência não será fácil. A adaptação irá requerer muita dedicação e muito amor. O mínimo que o Estado pode fazer numa situação de tamanha grandeza pessoal e abdicação particular é deferir tratamento igualitário ao da mulher.

O ECA afirma que "toda criança tem direito a ser criada e educado no seio da sua família". Toda criança tem, além disso, o direito de tentar ser feliz. A relação mantida nessas circunstâncias representa isso, a busca pela felicidade.

7 PROJETOS DE AMPLIAÇÃO NO BRASIL

Na tentativa de ampliar os direitos dos homens, cerca de vinte projetos sobre licença-paternidade estão em análise na Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei nº. 3.935, de 27 de agosto de 2008, está pronto para pauta na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, mas teve o voto do relator pela rejeição.

O projeto aumenta a licença-paternidade para 15 (quinze) dias e agrega outros 02 (dois) Projetos de Lei de teor semelhante, que tratam, também, da licença em caso de adoção. Já o Projeto de Lei nº. 6.753, de 05 de fevereiro de 2010, que tem 15 (quinze) projetos apensados, trata da licença parental, muito comum em outros países. O tempo de licença é dividido entre pai e mãe, segundo suas demandas e necessidades.

A Câmara analisa o Projeto de Lei nº 901, de 05 de abril de 2011, da Deputada Erika Kokay (DF) onde altera o Programa Empresa Cidadã (Lei nº 11.770/2008) para facultar ao pai; desde que trabalhe numa empresa participante desse programa, requerer a prorrogação da licença por 30 (trinta) dias, assim o pai poderá contribuir diretamente na criação e no desenvolvimento de seu filho.

Segundo o texto do Projeto de Lei nº 901/11 a aplicação poderá ser concedida no prazo de até 06 (seis) meses, a contar do nascimento do bebê, desde que o empregado a requeira até o final do primeiro mês após o parto, se passarem os 180 (cento e oitenta) dias, o pai perde esse direito.

8 NOTÍCIAS DE PAIS QUE CONSEGUIRAM A AMPLIAÇÃO DA LICENÇA

Seguem algumas notícias retiradas da internet que falam sobre pessoas que conseguiram o direito a ampliação da Licença Paternidade.

8.1 PAI GANHA 30 DIAS DE LICENÇA-PATERNIDADE PARA CONVIVER COM O FILHO ADOTIVO [6]

Uma recente decisão do CONFEA abriu precedente para a mudança da licença-paternidade, hoje fixada em 05 (cinco) dias úteis. O geógrafo Otaviano Eugênio Batista, 52, conseguiu o benefício por 30 (trinta) dias para conviver com João Carlos, 9, adotado por ele no ano passado. Os dois vivem em um apartamento na Asa Norte do Distrito Federal.

A história começou um ano atrás, quando Batista visitou um abrigo e logo simpatizou com João Carlos, embora o funcionário público tivesse ido ao local na expectativa de adotar uma criança de até 02 (dois) anos de idade. Tornaram-se amigos e agora desfrutam da benesse. “Eu passei as minhas férias de janeiro com ele e vi quanto eu não o conhecia. Esse tempo é importante demais para a paternidade”, disse Otaviano.

Funcionário do CONFEA há 33 anos, o geógrafo pleiteou a licença-paternidade e a conseguiu por conta do princípio da isonomia: mães adotivas solteiras também contam com o benefício, mas por 04 (quatro) meses de afastamento. “Eu vou recorrer porque quero essa possibilidade de conhecer melhor o meu filho”, disse.

A demanda de Otaviano foi apoiada pelo procurador jurídico do órgão, Rodrigo Machado. “Eu defendo a concessão não só por causa do pai, mas principalmente por causa da criança”, afirmou. “A adoção do João Carlos foi tardia. Isso torna o tempo do pai ainda mais forte com o seu filho. O Otaviano precisa saber como o garoto funciona e isso não se faz em apenas um mês.”

8.2 PROFESSOR OBTÉM NA JUSTIÇA LICENÇA PATERNIDADE PARA CUIDAR DE FILHO [7]

Um professor de enfermagem de Campinas (SP) conseguiu na Justiça o direito de se afastar do trabalho por 120 (cento e vinte) dias por meio de licença paternidade remunerada para cuidar do filho nascido em julho. O pedido foi aceito pelo juiz federal Rafael Andrade Margalho. Marcos Melo, de 36 anos, alega na ação que, após o término de um breve relacionamento com a mãe da criança, foi surpreendido com a gravidez da parceira, que se recusou a cuidar do bebê porque isso prejudicaria a sua carreira profissional. O professor ofereceu abrigo e acompanhamento médico à gestante na casa dos pais dele, em Presidente Venceslau (SP), até o nascimento da criança, que recebeu o nome de Nicholas.

De acordo com a ação elaborada pela Defensoria Pública da União, após o parto, no dia 9 de julho deste ano, a mãe não quis ver o bebê nem amamentá-lo. O professor conseguiu, então, a guarda do criança no dia 16 do mesmo mês. Para poder assumir os cuidados com o recém-nascido, o pai entrou com pedido no Juizado Especial Federal alegando que precisava de tempo livre para atender às necessidades do filho. Ele solicitou uma licença paternidade nos moldes da licença maternidade concedida usualmente pelos empregadores às profissionais gestantes.

O pai da criança alegou ainda não ter parentes em Campinas que pudessem ajudá-lo a cuidar do bebê e que também não poderia colocá-lo em um berçário, por conta da exigência das primeiras vacinas, por questão de saúde pública.

Antes de procurar a Justiça, o professor solicitou a concessão do benefício da licença paternidade no Instituto Nacional de Seguro Social. Segundo ele, a resposta foi que o pedido só poderia ser atendido por meio de ação judicial. "Eu não esperava que fosse conseguir, fiquei muito feliz. Agora vou poder ser pai e mãe de verdade, me dedicar exclusivamente a ele", comemora. Ele trabalha no Senac Campinas e dá aulas no curso técnico de enfermagem na instituição. "Enquanto trabalhava, ficava pensando nele, como ele estava. Agora vai ser diferente", conclui.

A mãe do professor, Angelita Magalhães, contou ao G1 que o filho ficou muito feliz com a notícia da decisão. "Ele me ligou logo quando recebeu a informação do fórum. Está tudo bem agora", conta.

8.3 O DIREITO DO PAI VIÚVO À LICENÇA MATERNIDADE [8]

Recentemente, ganharam destaque duas decisões que, de maneira inédita, concederam a pais viúvos o direito de gozar de licença nos mesmos moldes da licença maternidade.

Na primeira, noticiada em fevereiro, juíza da 6ª Vara Federal do Distrito Federal concedeu em liminar a um servidor da Polícia Federal, cuja mulher faleceu por complicações durante o parto, o direito à licença maternidade. Na segunda, publicada em 17 de março, a 2ª Turma Recursal do Paraná concedeu o direito ao “salário maternidade” pago pelo INSS a trabalhador, por conta da morte da esposa grávida de 07 (sete) meses, fazendo-se necessária uma cirurgia de emergência e o nascimento prematuro da criança.

A licença à gestante de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, está inserida no rol de direitos sociais do artigo 7º da Constituição Federal, em seu inciso XVIII. No inciso XIX do mesmo dispositivo há a previsão da licença paternidade, fixada hoje em 05 (cinco) dias (artigo 10, §1ª do ADCT).

Apesar de referirem-se expressamente à gestante e ao pai, é preciso que estes dispositivos sejam interpretados em conjunto com os artigos 226 e 227 da Carta Magna, que estabelecem que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” e que a responsabilidade pela vida da criança, do adolescente e do jovem é “da família, da sociedade e do Estado”.

Sob essa óptica, o direito constitucional à licença maternidade, apesar de se referir expressamente à mulher mãe, objetiva a proteção da criança, pois é o bebê que ao nascer precisa de, pelo menos, 120 (cento e vinte) dias para adequar-se à vida fora do útero, necessitando, para isso, do genitor ou responsável que possa dedicar-lhe tempo e cuidado.

Esse entendimento de que o benefício da licença à gestante visa à proteção da criança pode ser estendido, em casos excepcionais, ao artigo 71 da Lei nº 8.213/1991, que prevê o salário maternidade devido à segurada da Previdência Social. Oras, se o benefício foi criado no sentido de possibilitar que a mãe se dedique de forma exclusiva ao filho em seus primeiros dias de vida, nos casos em que a mãe não pode assumir essa responsabilidade (morte pós-parto, invalidez, etc.), é mais do que cabível que o pai cumpra esse papel, devendo a ele ser estendido o salário maternidade, já que, na verdade, seu real destinatário é a própria criança.

Vale ressaltar a atual tendência mundial de equiparação entre as licenças maternidade e paternidade, evitando a distinção entre os sexos. Paradigma dessa tendência, a Corte Europeia de Direitos Humanos anunciou neste mês de 22 de março seu entendimento firmado de que restringir a licença para cuidar dos filhos apenas à mulher é discriminatório, o que viola a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de maneira que homens devem ter direito ao mesmo tempo de licença que as mulheres para cuidar dos filhos.

Nessa esteira, e influenciado pelas atuais decisões dos tribunais brasileiros referentes ao direito de pais viúvos e de casais homossexuais criarem seus filhos, já tramitam alguns projetos de Lei visando à equiparação de direitos. É o caso, por exemplo, do Projeto de Lei apresentado ao Congresso Nacional em 14 de fevereiro de 2012, da deputada federal Andrea Zito (PSDB-RJ), que propõe a concessão de licença paternidade nos moldes da licença maternidade aos pais de recém nascidos em face do óbito da mãe da criança ou em face de sua invalidez temporária ou permanente.

Concluimos que o ideal, de fato, seria a equiparação de direitos, para que os cônjuges pudessem compartilhar as responsabilidades com a criança, ou mesmo para que pais viúvos ou homossexuais não necessitassem procurar a Justiça para ter seu direito de cuidar do filho, seja recém-nascido, seja adotado.

8.4 SENADO APROVA MAIOR LICENÇA-PATERNIDADE EM CASOS ESPECIAIS [9]

Brasília - A ampliação da licença-paternidade em algumas situações foi aprovada ontem pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado, em decisão terminativa. Se o projeto virar lei, o empregado poderá assumir os 04 (quatro) meses de licença-maternidade devidos à mãe que morre no parto ou no pós-parto, fica gravemente doente, abandona a criança ou perde sua guarda. Se a mãe já tiver usado parte dela, o pai terá direito ao restante.

O texto também dá ao pai adotivo a possibilidade de tirar os 04 (quatro) meses de licença-paternidade, desde que a licença-maternidade não tenha sido requerida. O projeto não especifica quais seriam essas situações. É um “texto aberto”, diz o autor da proposta, senador Antonio Carlos Valadares (PSB-SE).

Isto seria possível, segundo Valadares e especialistas consultados, nas situações em que pais solteiros adotam criança (há decisões favoráveis na Justiça, além de empresas e administrações públicas concedendo a licença nesses casos), quando o pedido é feito por empregado casado com mulher que não contribui para a Previdência ou por opção do casal – que poderá decidir que o homem cuidará do filho adotivo nos 04 (quatro) meses.

A proposta é positiva por dividir a responsabilidade da criança entre pai e mãe, além de dessacralizar a figura da mãe “que padece no paraíso”, defende a desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, vice-presidente do IBDFAM. Essa renúncia da mãe adotante à licença deverá, porém, ser muito bem fundamentada. Mesmo assim, deve gerar debate no Judiciário, afirma André de Melo Ribeiro, especialista em direito do trabalho.

“A licença-maternidade envolve muito mais que uma opção da mãe de aceitar tirá-la. A jurisprudência é bastante clara em dizer que não é uma opção tirar ou não essa licença. Essa alteração poderia trazer essa discussão novamente.”

Procurado, o Ministério da Previdência não respondeu. A reportagem apurou que o Ministério do Trabalho se mostrou contra a proposta em pareceres enviados ao Senado. Se não houver recurso ao plenário, a matéria segue para análise da Câmara.

9 CONCLUSÃO

A proteção à maternidade é de extrema relevância não só para a gestante, mas também para toda a sociedade, pois esta depende do trabalho da mulher para seu crescimento. Assim, quando a lei constitucional e a CLT estabelecem direitos às mães trabalhadoras, está-se salvaguardando toda a população, as futuras gerações e, ainda, impede a exploração do empregador e o aviltamento do mercado de trabalho diante da diferença salarial. Cabe ao empregador respeitar as normas legais e cabe à empregada lançar mão de seus direitos, pois só assim atingir-se-ão os objetivos buscados pela lei, como a igualdade, o crescimento e a justiça.

Contudo, apesar de grande avanços inseridos na carta de 1988, encontram-se grandes falhas, como esta que foi analisada. Possibilidade há, de alterações, deve existir é a vontade de quem possui a legitimidade para tal. Que os brasileiros, tenta-se diminuir o distanciamento material, existente entre homens e mulheres. Causa esta de grandes disparidades existentes.

Tanto a licença paternidade quanto a maternidade são encaradas atualmente mais como um benefício estendido aos filhos do que aos pais.

Está comprovado pelos psicólogos que os primeiros contatos entre pais e filhos, sejam eles recém-nascido ou adotado, é muito importante para formação psicológica da criança e, para isso, nada mais justo do que conceder aos pais um tempo maior de convívio nesse primeiro momento, quando o mais novo membro da família chega ao lar, até então estranho para ele, e sente que está protegido pela presença de seus pais.

Injustamente, após a promulgação da CF, foi feita uma certa “discriminação” com relação aos pais adotivos, havendo aqueles que faziam uma interpretação literal da constituição, não permitindo aos empregados que adotassem uma criança, os mesmos direitos dos empregados que fossem os pais biológicos.

Para acabar com essa injustiça algumas leis e projetos de leis, foram sendo criados, como a Lei nº 10.421/02, o PL nº 2.198/99 e a PEC nº 494/06, sendo que, muitos outros projetos referentes a este assunto tramitam em nossas casas legislativas, aguardando a boa vontade de nossos queridos deputados e senadores.

Com as pesquisas feitas para diversificar o tema, foram descobertos avanços da legislação que, a cada dia, reconhece a necessidade do convívio entre pai e filho recém-nascido, além da ajuda que o homem pode desempenhar nas atividades

domésticas durante o período puerpério e no ato de registrar o filho.

Foram analisados os Projetos de Lei nº 3.935/08 e nº 901/11 que como função ampliar o tempo da licença paternidade, assim como estudados artigos da CF de 1988, do ADCT, da CLT e das Leis nº 8.112/90 e nº 11.770/08.

Ressalte-se que deve ser dada especial atenção, neste momento, não só à implementação da ampliação do número de dias previsto no ADCT via política de Recursos Humanos, como à eventual análise em pauta de reivindicações excepcionando-se o que poderá ser fixado em lei sobre a matéria.

Por todo arcabouço jurídico exposto resta a pertinência lógica de que a concessão integral da Licença Paternidade ao pai nos mesmos moldes da Licença Maternidade destinada à mulher adotante, ou seja, durante o período de 120 (cento e vinte) dias de acordo com o artigo 392 da CLT é um dever estatal. É um compromisso com o Direito e a justiça. É compromisso com a sociedade.

NOTAS

- [1] Dados 2002 do Sistema de Informações de Nascidos Vivos, SINASC
- [2] Benefícios previstos expressamente no art. 7º, XVIII da CF; art. 10, II, b da ADCT e art. 392 da CLT.
- [3] Advogado militante no Estado de São Paulo, em áreas do Direito do Trabalho e Direito Empresarial, formado pela Universidade de São Paulo em 1992, com especialização acadêmica em Direito de Empresas pela mesma instituição, professor de Direito do Trabalho, Filosofia do Direito, Lógica, Ética e Redação Jurídica, desde 2001.
- [4] Nascimento, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. Editora Saraiva. 20ª edição – 2005. Pág. 954.
- [5] Comissão de trabalho, de administração e de serviço público. PL nº 2.198/99. Parecer do relator: Deputado Fernando Antonio F. Golçalves (PTB-RJ), parecer de 2002.
- [6] UOL Notícias - <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/09/12/pai-ganha-30-dias-de-licenca-paternidade-para-conviver-com-o-filho-adotivo.htm>
- [7] Portal G1 - <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2012/08/professor-obtem-na-justica-licenca-paternidade-para-cuidar-de-filho.html>
- [8] Site de Amauri Mascaro Nascimento - http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=433:o-direito-do-pai-viuvo-a-licenca-maternidade&catid=93:doutrina&Itemid=248
- [9] Jornal Gazeta do Povo - <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=953290&tit=Senado-aprova-maior-licenca-paternidade-em-casos-especiais>

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. [online]. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 ago.2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. [online]. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct>. Acesso em: 15 ago.2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. [online]. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 8112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. [online]. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 11770, de 09 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 8212, de 24 de julho de 1991. [online]. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. [online]. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 8213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá suas providências. [online]. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 10710, de 05 de agosto de 2003. Altera a Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, para restabelecer o pagamento pela empresa do salário-maternidade devido à segurada empregada gestante. [online] Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L.10.710.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 10421, 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. [online] Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10421.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 12010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as leis nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga os dispositivos da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. [online] Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas, Orientações Jurisprudenciais: Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC; Precedentes Normativos. **Lex**: Súmulas da Jurisprudência Uniforme do tribunal Superior do Trabalho, Brasília, pp. 526, março 2013.

Cesariana. Wikipédia: A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cesariana>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Comissão da Câmara aprova licença-paternidade de 15 dias. Site O rio Branco. Disponível em: <www.oriobranco.net/mundo/1530-comissao-da-camara-aprova-licenca-paternidade-de-15-dias.html>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Equilíbrio entre trabalho e família. OIT - Escritório no Brasil. Disponível em: <www.oit.org.br/content/equilibrio-entre-trabalho-e-familia>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Licença Paternidade. GPPortal dos Gestores e de Pessoas. Disponível em: <www.gpportal.com.br/2010/08/licenca-paternidade.html>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Licença Paternidade. Blog Engravidar. Disponível em: <www.engravidar.blog.br/licenca-paternidade>. Acesso em 15 ago. 2013.

Licença Paternidade. Portal São Francisco. Disponível em: <www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/gestantes/licenca-paternidade.php>. Acesso em 15 ago. 2013.

Nova licença-paternidade: contagem dos dias, férias, casamento, servidor

público e CLT. Portal Lei Trabalhista e Direito do Trabalho. Disponível em: <leitrabalhista.com.br/nova-licenca-paternidade-contagem-dos-dias-ferias-casamento-servidor-publico-e-clt>. Acesso em: 15 ago 2013.

Parto. Wikipédia: A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Parto>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Parto Normal: mais segurança para a mãe e o bebê. Portal da Saúde: SUS. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=20911>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Professor obtém na Justiça licença paternidade para cuidar de filho. Globo.com: G1 – Campinas e Região. Disponível em: <g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2012/08/professor-obtem-na-justica-licenca-paternidade-para-cuidar-de-filho.html>. Acesso em: 15 ago. 2013.

DUARTE, Ana Cris. **Parto na água.** Site Amigas do Parto. Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/partonagua.html>>. Acesso em: 15 ago. 2013

_____. **Parto de Cócoras.** Site Amigas do Parto. Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/cocoras.html>>. Acesso em: 15 ago. 2013

HAWK, Alex. **Licença Paternidade - CLT, quantos dias, lei.** PONTOPX – Um novo conceito em informação. Disponível em: <www.pontopx.com/licenca-paternidade-clt-quantos-dias-lei/>. Acesso em: 15 ago. 2013.

PARRONDO, Jaime R. **El parto en el agua.** Site Natación. Disponível em: <<http://www.i-natacion.com/articulos/matronatacion/parto.html>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

BIM, Eduardo Araújo. **Direito e Processo do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2011

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Vol. 5: Direito de Família. São Paulo: Saraiva. 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho:** história e teoria

geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Eteniger Marcela Fernandes de; BRITO, Rosineide Santana de. **Ações de cuidado desempenhadas pelo pai no puerpério**. *Esc. Anna Nery* [online]. 2009. Vol. 13, n.3. ISSN 1414-8145.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

SORJ, Bila; FONTES, Adriana; MACHADO, Danielle Carusi. **Políticas e práticas de conciliação entre família e trabalho no Brasil**. *Cadernos de Pesquisa*. 2007, vol. 37, n.132, pp. 573-594.

SOUSA, Otávio Augusto Reis de; CARNEIRO, José Ricardo das Mercês. **Exame de Ordem: Direito Processual do Trabalho**. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2008.

STAUDT, Ana Cristina Pontello; WAGNER, Adriana. **Paternidade em tempos de mudança**. *psicol. teor. prat.* [online]. 2008, vol. 10, n.1, pp. 174-185. ISSN 1516-3687

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.