

LICENÇA-MATERNIDADE: OS EFEITOS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA À LUZ DAS EMPREGADAS PÚBLICA E PRIVADA

Mikaelly Kaddja da Silva Cardoso Gomes¹

Edinaldo Benício de Sá Júnior²

RESUMO

O presente artigo visa analisar, historicamente, a inserção da licença-maternidade como benefício destinado a mulher, abordando especificamente aquelas que exercem alguma atividade laboral no setor público e privado. Além disso, verificar as consequências do precoce afastamento do recém-nascido do colo de sua genitora, percebendo a desigualdade instaurada na Lei 11.770/2008, que versa sobre a prorrogação da licença, respaldando-se ainda na Lei 8.069/90, que trata sobre o Estatuto da Criança e Adolescente. O artigo utilizou-se do método hipotético-dedutivo de abordagem, métodos de procedimentos histórico e comparativo e o tipo da pesquisa foi o de natureza bibliográfica.

Palavras-chaves: Mulher. Licença-Maternidade. Servidora Pública. Empregada Privada. Recém-Nascido. Criança.

MATERNITY LICENSE: THE EFFECTS ON THE RIGHTS OF THE CHILD IN THE LIGHT OF PUBLIC AND PRIVATE EMPLOYEES

ABSTRACT

This article aims to analyze, historically, the insertion of maternity leave as a benefit for women, specifically addressing those who carry out some work activity in the public and private sector. In addition, to verify the consequences of the early removal of the newborn from the mother's lap, perceiving the inequality established in Law 11.770 / 2008, which deals with the extension of the license, supported by Law 8.069 / 90, which deals with The Statute of the Child and Adolescent. The article used the hypothetical-deductive method of approach, historical and comparative methods of procedures and the type of the research was the one of bibliographic nature.

Keywords: Woman. Maternity leave. Public worker. Private Employee. Newborn. Child.

¹ Acadêmica do curso de Direito na Uni-RN: Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: mikaellycardoso@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Coordenador da Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do RN (UNI-RN). Professor de Direito a Graduação do Centro Universitário do RN (UNI-RN). E-mail: beniciodesa@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

Estar diante de uma sociedade saudável é uma busca permanente no âmbito social. Desse modo, amparar a gravidez e conseqüentemente a maternidade é uma preocupação destinada a toda sociedade que visa alcançar uma população mais saudável. Essa prevenção deve ser iniciada ainda na gravidez, com acesso de qualidade a assistência médica e de enfermagem através do pré-natal. Assim, a saúde da mulher e principalmente da criança são impostas como direitos fundamentais, embora ainda haja grandes desafios para a concretização desses direitos.

Dessa forma, o presente artigo científico de Trabalho de Conclusão de Curso, objetiva constatar que a não aplicabilidade da licença-maternidade de maneira igualitária causará efeitos distintos ao filho de uma empregada pública e privada, mesmo diante de um princípio fundamental de igualdade previsto na Constituição Federal de 1988, e nos moldes das legislações infraconstitucionais.

Para tanto, a metodologia abordada foi o hipotético-dedutivo de abordagem, tendo visto que partiu de uma hipótese formulada inicialmente (distinção entre o filho de uma empregada pública e privada), para uma solução (igualdade aos recém-nascidos), encerrando com a comprovação da hipótese, uma conclusão verídica dos fatos alisados, corroborando com a hipótese.

Os métodos de procedimentos a serem utilizados serão: histórico e comparativo. O método histórico será utilizado em virtude da evolução histórica que será apresentada ao decorrer do artigo, como: a inserção da mulher no mercado de trabalho, e posteriormente a inclusão do benefício da licença-maternidade. Já o método comparativo, será usado devido à comparação que será apresentada a todo o momento entre as empregadas do setor público e privado, e principalmente entre os seus filhos. A técnica de pesquisa será a bibliográfica, já que foi empregado o uso de material já elaborado.

Assim, o segundo capítulo se deterá a analisar historicamente a inserção da mulher no mercado de trabalho no Brasil, bem como da licença-maternidade. Portanto, preservar a maternidade é uma evolução considerada recente nas relações trabalhistas no Brasil, que é fruto da inserção da mulher de maneira maciça e definitiva no mercado. Foi a partir da Revolução Industrial, ocorrida entre os séculos XV e meados do século XVIII, e das I e II Guerras Mundiais, realizada no século XX, que a mulher adquiriu o direito à licença-maternidade.

No decorrer do trabalho pode-se chegar ao conceito de licença-maternidade, direito que consiste em conceder à mulher uma remuneração salarial que terá duração de 120 (cento e vinte) dias, caracterizado como benefício previdenciário, sem prejuízo de emprego e do salário, de acordo com a Constituição Federal de 1988. Lei destinada a qualquer trabalhadora que se encontre gestante no exercício da sua atividade laboral: seja ela urbana ou rural, e possua como objetivo primário à melhoria da sua condição social.

Seguindo uma cronologia legislativa concernente à licença, ainda serão abordadas e discutidas as primeiras legislações. Sob essa ótica, depara-se com a sua primeira abordagem na Organização Internacional de Trabalho (OIT), em 1919, em virtude das reivindicações realizadas pelos trabalhadores, posteriormente, legislada no ano de 1943, pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Consagrando-se pela sua relevância, ao ser contemplado na Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, inciso XVIII, capítulo II, inserido no rol dos Direitos Sociais.

No terceiro capítulo, será analisada a licença-maternidade à luz da servidora pública. Procurou-se delimitar a mulher ora vista como servidora, baseando-se tanto no ordenamento jurídico quanto na doutrina. Por conseguinte, será abordada a aplicação da nova Lei nº 11.770, de 2008, onde o lapso temporal da licença-maternidade foi modificado, sendo o benefício ampliado de 120 (cento e vinte) dias para 180 (cento e oitenta) dias, corroborando para a importância significativa de melhorias para a mulher-gestante e o seu filho.

Ainda de acordo com a legislação vigente, é necessário esclarecer que o empregador só poderá obter incentivos fiscais se aderir ao Programa Empresa-Cidadã, todavia a empresa deverá estar inserida no regime de lucro real, regime pelo qual a apuração do imposto de renda e da contribuição social se concretiza sobre o lucro líquido da pessoa jurídica. Ressalta-se que o programa é direcionado a todas as empresas que queiram beneficiar as suas empregadas com o benefício.

Continuamente, ao promulgar a citada lei, decorre uma tentativa de beneficiar a mulher-gestante e seu filho a extensão de um benefício, além de garantir a saúde do recém-nascido, bem como uma convivência familiar entre eles, trazendo consigo mecanismos direcionados, através de incentivos fiscais apenas como uma tentativa de tornar igualitário o respectivo benefício.

O quarto capítulo propõe abordar o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), regido pela Lei nº 8.069, de 1990, cujo documento determina a proteção integral de diversos direitos, entre eles: a saúde. Para promovê-la, recomenda-se que a criança alimente-se do leite materno até os seus seis meses de vida, exclusivamente, pois é a mais sábia estratégia natural de vínculo,

afeto, proteção e nutrição e constitui a mais sensível, econômica e eficaz intervenção para redução da morbimortalidade infantil.

Diante disso, é imprescindível analisar quais as consequências não contempladas pela lei nº 11.770/2008, acarretará e implicará a esta criança, e as consequências que a retirada precoce do aleitamento materno causará ao recém-nascido, filho da empregada do setor privado, não receptora da extensão do benefício.

2 LICENÇA-MATERNIDADE: ANÁLISE HISTÓRICO-LEGISLATIVO E CONCEITUAL

Impulsionada pelas I e II Guerras Mundiais (1914 – 1918 e 1939 – 1945, respectivamente), a mulher passa a assumir a frente dos negócios da família enquanto o homem dirigia-se para as batalhas. Com o término das guerras, a mulher viu-se obrigada a ingressar de maneira maciça e definitiva no mercado de trabalho devido à ausência do seu marido, causada pelas mutilações ocorridas no conflito ou mesmo pela sua morte.³ Logo, diante dessa nova realidade, melhorias e garantias significativas foram sendo implantadas e destinadas à mulher.

Após essa breve explanação do contexto que fundamenta a inserção da mulher no mercado trabalhista, é necessário fazer uma análise sintetizada das garantias destinadas a essa mulher. Dessa forma, é sabido que popularmente a garantia figura-se como uma ausência de insegurança, ou seja, a garantia é um meio de defesa. Entretanto, no âmbito jurídico a garantia é inserida, por vezes, de maneira sinônima ao direito, conferindo uma linha tênue entre as expressões. Ademais, conceitua-se a garantia de um direito doutrinariamente como “requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil”⁴.

Nesse contexto, em 1913, Bridget Peixotto, professora da Escola Pública 14, Thongs Neck, no Bronx, em Nova Iorque, e que exercia suas atividades laborais há mais de (15) quinze anos, foi suspensa e, posteriormente demitida. O ato foi justificado pelo fato da professora estar grávida, considerando que a sociedade da época não permitia que uma mulher casada, mãe de

³ PROBST, E. R.. **A EVOLUÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO**. Disponível em: <<http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 29ª Ed. São Paulo: Magalheitos, 2014, p. 537 – 540.

filhos, trabalhasse fora de casa. Não obstante, a demissão foi justificada pelas autoridades escolares como “negligência do dever com o propósito de dar à luz”⁵, sendo irreduzíveis.

Todavia, inconformada com a decisão tomada pelas autoridades escolares, à professora deu início a uma grande batalha judicial, recorrendo ao poder judiciário, a fim de que aquela decisão fosse definitivamente modificada. Entretanto, a decisão foi mantida em primeira instância. Dando-se por insatisfeita, recorreu aos tribunais. Com efeito, em 1915, numa decisão histórica, o processo foi julgado pelo Supremo Tribunal sendo favorável a professora, fazendo com que houvesse a sua reabilitação às atividades laborais, dando encetamento a um direito destinado às mulheres e principalmente às crianças: a licença-maternidade.⁶

Frente a grande repercussão, o seu caso passou a incentivar milhares de mulheres a usufruírem do benefício da licença-maternidade para que pudessem dar à luz ao seu filho. Diante de toda essa visibilidade concedida ao caso, o *Jornal New York Times* viu-se diante de uma decisão inovadora e declarou que Bridget Peixotto era “responsável pela institucionalização da licença de parto por todo o país” e pelo mundo. Torna-se notório que essa decisão foi determinante para as alterações realizadas no setor privado, sendo atualmente considerada uma prática normal uma mulher engravidar e continuar prestando a sua atividade laboral.

Ainda em consequência dessa visibilidade, a Organização Internacional de Trabalho (OIT), em 1919, deparou-se com reivindicações do movimento sindical e operário que clamavam pela proteção à mulher e à maternidade e, em virtude disso, as matérias foram abordadas em uma das primeiras convenções, demonstrando a sua importância.⁷ Entre elas, a Convenção Internacional nº 3, tratava sobre o emprego das mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade), realizada em 1919⁸. Todavia, a convenção foi ratificada pela República Federativa do Brasil, em 1934, e promulgada por meio do Decreto nº 423, em 1935.⁹

A Convenção Internacional nº 3 foi revista em 1952, resultando na Convenção nº 103, aprovada por ocasião da 35ª (trigésima quinta) sessão da Conferência Geral da Organização

⁵ SILVA, E. S. da. **LICENÇA MATERNIDADE AO PAI: Uma Abordagem Crítica da Interação entre o Judiciário e a Sociedade Moderna**. Disponível em:

<<http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/EMANOELE%202012.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

⁶ A ORIGEM DO CONCEITO DE “LICENÇA DE PARTO”. Disponível em: <<http://ruadajudiciaria.com/?p=599>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: **História**. Disponível em:

<<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

⁸ CARVALHO, S. S. de; FIRPO, S.; GONZAGA, G. **OS EFEITOS DA LICENÇA MATERNIDADE SOBRE O SALÁRIO E O EMPREGO DA MULHER NO BRASIL**. Disponível em: <<http://www.economia.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/td534.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: **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: 25 ago. 2016.

Internacional do Trabalho. Tratava sobre o amparo a maternidade, entrando em vigor no plano internacional em 1958. No entanto, essa convenção somente veio a ser aprovada pela República Federativa do Brasil através do Decreto Legislativo nº 20, em 1965, por meio do Congresso Nacional e sendo promulgado pelo Decreto Legislativo nº 58.820, de 1966.¹⁰

A Convenção nº 103 da OIT, destinada ao Amparo à Maternidade, além de criar normas de proteção à maternidade, também cuidou de que estas fossem compatíveis com a realidade dos empregadores, de modo a não prejudicar a mulher ao sair em busca de oportunidade de trabalho.¹¹ Pelas normas, a gestante teria direito a licença-maternidade de 12 (doze semanas), no mínimo, e ao retornar as suas atividades laborais poderia amparar o seu filho com o aleitamento materno, amamentando-o durante o horário de trabalho.

Em 1943, com o surgimento da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a mulher alcança uma posição de destaque, sendo a ela inteiramente dedicado o Capítulo III - que versa sobre a proteção do trabalho da mulher, seção V – que trata exclusivamente da proteção à maternidade. Destarte, a mulher é finalmente reconhecida como empregada e, caso queira como gestante, adquirindo mais espaço no mercado de trabalho, respeito e garantias perante a sociedade, ora vista que as normas advindas eram totalmente protetivas ao trabalho da mulher, garantindo-lhe direitos.

Corroborando com o exposto, faz-se necessário citar que, a empregada deverá ser protegida contra qualquer rescisão contratual trabalhista em caso de haver contraído matrimônio ou gravidez, artigo nº 391 citado pela CLT¹², desconstruindo completamente as diretrizes impostas inicialmente a mulher pelo mercado de trabalho. Todavia, mesmo com tantos avanços, a empregada gestante gozava da licença somente no período de 84 dias, 28 dias antes e 56 dias após o parto, redação dada pelo Decreto Lei nº 229, de 1967, e tinha que ser paga diretamente pelo empregador, o que causava uma restrição considerável para as mulheres no mercado, se perpetuando até o ano de 1974.

As décadas seguintes trouxeram um período de grandes conquistas para a mulher em termos de liberdade e espaço profissional. Atualmente, a licença-maternidade ou licença à gestante, como redigido na Constituição Federal de 1988, é considerada um Direito

¹⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: **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: 25 ago. 2016.

¹¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: **Amparo à Maternidade (Revista)**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

¹² Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

Constitucional previsto no artigo 7º, inciso XVIII, incluso no Capítulo II, Título II, no rol dos Direitos Sociais, entretanto, é um instituto tipicamente trabalhista e previdenciário. Ainda corroborando com o artigo nº 71, da Lei nº 8.213, de 1991, a licença é de 28 (vinte e oito) dias antes do parto e 90 (noventa e dois) dias após, totalizando 120 (cento e vinte) dias¹³.

Continuamente, ao expor a licença-maternidade, dar-se uma imediata visibilidade aos direitos sociais. Nesse diapasão, vale salientar que, os direitos fundamentais, termo abrangido por todas as demais espécies de direitos, “são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”¹⁴, vigentes na Constituição Federal de 1988, todavia, observa-se que ao analisar os direitos fundamentais há uma incongruência instaurada, sendo uma tarefa difícil a afirmação de conceito. Ademais, pode-se concluir que os direitos fundamentais compõem-se por três gerações que serão abordadas.

A primeira geração dos direitos fundamentais caracteriza-se por impor frente ao Estado uma autonomia de liberdade, conhecido como liberdade negativa, retraindo o poder estatal, criando uma obrigação de não fazer, ou seja, ausência de intervenção estatal, tendo como consequência, uma maior liberdade dos indivíduos. Estávamos diante do Estado Liberal do Século XIX. A segunda geração é assinalada pela contraposição ao modelo anterior. Marcado pela obrigação do Estado com a sociedade, abrangendo os direitos de igualdade, direitos sociais, coletivos e econômicos. Ou seja, são obrigações para serem prestadas pelo Estado para com a sociedade, equiparando os cidadãos, tornando-os igualitários.¹⁵

Vale salientar que, a segunda geração é chamada de direitos sociais que, são os direitos que partem do Estado direta ou indiretamente, direcionando-se aos indivíduos da sociedade através de normas, a fim de incorporar melhorias para as condições de vida, e com objetivo de tornar iguais os desiguais por meio do exercício e usufruto dos seus direitos. Nada obstante, “tende a ser direitos que se ligam ao direito de igualdade”¹⁶. Assim, são considerados como direitos de segunda dimensão: assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, entre outros¹⁷.

Por fim, a terceira dimensão dos direitos fundamentais que são consagrados pelos princípios da solidariedade ou fraternidade, fazendo menção à coletividade, à autodeterminação

¹³ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. São Paulo: Almeda, 2011, p. 393.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paula Gonet Branco. **Curso de Direito Consititucional**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135 – 138.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 287 – 288.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.701 – 702.

dos povos, ao homem enquanto gênero, ao meio ambiente são os direitos difusos. De modo que, a criação de políticas públicas devem observar o caráter supra ou meta individuais.

A respeito da licença-maternidade, pode-se conceitua-la como um direito que consiste em conceder à mulher um benefício com remuneração salarial que terá duração de 120 (cento e vinte) dias, caracterizado como um benefício previdenciário, sem prejuízo do emprego e do salário. É destinado a qualquer trabalhadora que se encontre gestante no exercício da sua atividade laboral, urbana ou rural, e possua como objetivo primário a melhoria da sua condição social.

Todavia, ressaltase outro conceito abordado pela doutrina do que venha a ser a licença-maternidade, conceituando-se como uma renda mensal igual à remuneração integral da segurada¹⁸, concedida a empregada pelo período de afastamento previdenciário para o parto e subsequente período de aleitamento, ou ainda em face da adoção da criança ou obtenção de guarda judicial para sua adoção, pelo período de 120 (cento e vinte) dias, sendo paga pelo empregador¹⁹.

Entretanto, torna-se evidente que a licença é destinada não somente à mulher gestante, mas também àquela que adquire através da adoção ou obtenção de guarda judicial para a adoção o seu filho²⁰, de acordo com o artigo 392-A. Ainda versando sobre a mulher beneficiária, inclui-se nesse rol não somente a mulher que mantém relação de emprego, mas aquela que mantém relação de segurada (permanecendo filiada ao sistema previdenciário, independente de contribuições), caso esteja desempregada, ou ainda nos casos de demissão antes ou durante a gravidez, nas hipóteses de justa causa ou a pedido²¹, de acordo com Decreto 6.122, de 2007.

3 LICENÇA-MATERNIDADE À LUZ DA SERVIDORA PÚBLICA

A licença-maternidade é um direito facultado a qualquer mulher, seja pertencente às entidades da administração pública ou privada. A administração pública é integrada por dois sentidos, objetivo e subjetivo. No primeiro, a administração pública dispõe do interesse de gerir as atividades executadas pelo Estado, através dos seus órgãos e agentes para atender aos

¹⁸ MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 30ª Ed. P. 308. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁹ DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª Ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 739 – 741.

²⁰ BRASIL. Decreto-lei n.5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**.

²¹ GARCIA, G. F. B. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1040.

interesses públicos; no segundo, a administração apresenta um conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas a fim de executar as atividades administrativas.²²

A atual Lei nº 11.770 de 2008, que versa sobre a licença-maternidade, permitiu a prorrogação do benefício por mais 60 (sessenta) dias, observado, contudo, o incentivo fiscal dado ao empregador, desde que este tenha aderido ao Programa Empresa Cidadã. Entretanto, a Lei também autoriza as entidades da administração pública direta, indireta e fundacional instituir o programa, garantindo a extensão do benefício.

Neste sentido, entidade é uma pessoa jurídica, pública ou privada²³, classificada em entidades estatais, autárquicas, fundacionais, empresárias e paraestatais²⁴, composta por órgãos – unidades despersonalizadas que são responsáveis por realizar as atividades da entidade pertencente, por meio dos seus agentes públicos - pessoas físicas que pertencem aos seus quadros.

Portanto, agentes públicos é a nomenclatura mais genérica usada para designar todos aqueles que se relacionam com o Estado e desempenham as atividades propostas por ele. O termo “agentes públicos” é considerado como gênero, possuindo como espécies: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.²⁵

Nesse sentido, os agentes administrativos são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou as suas entidades autárquicas e fundacionais em virtude de atividade profissional, sujeitos ao regime jurídico determinado pela entidade estatal, sendo unicamente servidores públicos. Esta espécie de agente é constituída por uma imensa massa de prestadores de serviços da administração direta e indireta do Estado.

De acordo com o Decreto-Lei nº 200, é tida como administração direta aquela “que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”, e a indireta “é a que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedade de Economia Mista; d) Fundações Públicas”.²⁶

Faz mister citar que foi reservada à administração pública o artigo 37, Capítulo VII - Da Administração Pública, seção I - Disposições Gerais, da CRFB/1988, no qual a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do

²² FILHO, J. dos S. C. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

²³ Segundo a Lei 9.784/99, entidade é “a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica”; órgão, “a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta da indireta”.

²⁴ MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

²⁵ MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

²⁶ MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e, além disto, demonstra as modalidades admitidas pelos agentes públicos: a) servidores públicos concursados, b) servidores públicos exercentes de cargos ou empregos em comissão titulares de cargo ou emprego público, c) servidores temporários, contratados “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”²⁷.

Assim, a Lei nº 8.112, de Dezembro de 1990, veio dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos civil da União, autarquias e fundações públicas federais. No Título VI - aborda a Seguridade Social do Servidor, Capítulo II – direciona-se aos benefícios, e na Seção V - trata da licença a gestante, à adotante e da licença-paternidade. O artigo nº 207 da mencionada lei, concede a licença-maternidade à servidora gestante durante o período de 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo de remuneração. Por fim, o Capítulo VII - versa sobre o tempo de serviço, e prevê ausência ao serviço quando: a) licença à gestante, no seu artigo 102.²⁸

Continuadamente, a Lei nº 8.212, de 1991, veio dispor sobre a organização da Seguridade Social, instituindo o Plano de Custeio e dá outras providências. Assim, o salário-maternidade é pago diretamente pelo INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social).²⁹

Em Dezembro de 2008, o Decreto nº 6.690/2008 do Executivo Federal instituiu o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelecendo critérios de adesão ao Programa.³⁰ O benefício foi concedido às servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrais, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. De acordo com o artigo nº 2º, § 3º, o benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no caput, será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, de maneira diferenciada.³¹

²⁷ Art. 37.

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

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

²⁸ BRASIL. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

²⁹ BRASIL. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

³⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 6.690/2008, de 11 de dezembro de 2008. Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

²⁵ Art. 2º. §3:

I — para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991:

Posteriormente, com o advento da Lei nº 11.770/2008, de 2009, cria-se o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal através do qual será abatido no imposto de renda da empresa, alterando a Lei nº 8.212, de 1991, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a licença, totalizando 180 (cento e oitenta) dias.³² Vale-se dizer que, ao ser sancionada, inicialmente essa lei aderiu apenas servidoras públicas do âmbito federal, na teoria, pois via-se da sua aplicabilidade em outros estados e até municípios, os quais utilizavam-se da analogia jurídica, diante da ausência de previsão específica na lei.

A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica e da administração pública, direta, indireta e fundacional que aderir ao programa, cabendo à empregada requerer até o final do primeiro mês pós-parto a prorrogação do benefício. Essa mesma prorrogação será garantida à empregada e ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. A parcela excedente de 60 (sessenta) dias poderá ser deduzida do imposto devido das empresas, com base no lucro real.

Diante de todo o exposto, percebe-se que a prorrogação da licença é destinada às servidoras públicas federais, sendo compostas pela administração pública federal direta, indireta e fundacional, pertencentes ao núcleo de agentes públicos. Esse núcleo depara-se com uma grande facilidade de adesão ao programa, tendo em vista a aplicabilidade da lei de maneira simplificada, recebendo o benefício automaticamente; diferentemente da empregada de empresa privada, que depende da adesão ao programa por parte do empregador.

Para que ocorra essa prorrogação, devem-se cumprir os seguintes requisitos cumulativos: trabalhar para pessoa jurídica que tenha aderido ao Programa Empresa Cidadã; a empregada deve fazer o requerimento, até o final do primeiro mês após o parto, e a empresa deve aderir ao sistema de lucro real. Dessa forma, as mulheres que forem funcionárias públicas ou que trabalhem para empresa que aderir ao Programa Empresa Cidadã, fará jus ao direito à prorrogação de 60 (sessenta) dias.

É notório que o período da licença-maternidade, que é destinado às servidoras públicas e às empregadas das empresas privadas, possui distinções. Uma delas é o fato de que a funcionária pública adere automaticamente aos seis meses da licença, enquanto que à

a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade;

b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e

c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade.

II — para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990:

a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade;

b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.

³² BRASIL. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

empregada é destinado somente o período de quatro meses, ficando ela e seu bebe a mercê da empresa aderir ou não aos 60 (sessenta) dias a mais do benefício, através do Programa de Empresa Cidadã.³³ Assim, adentramos mais detalhadamente nessa percepção do benefício da licença-maternidade direcionada à empregada de uma empresa privada.

4 LICENÇA-MATERNIDADE SOB A ÓTICA DA EMPREGADA PRIVADA

O Decreto-Lei nº 5.452/43, aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que estatui sobre as normas regulamentares destinadas às relações individuais e coletivas de trabalho, dedicando inteiramente o capítulo III – Da Proteção do Trabalho da Mulher, seção V – Da Proteção à Maternidade, à mulher trabalhadora.

Consequente, os artigos 392 e 392-A, inseridos no capítulo anteriormente mencionado expressam que além da empregada gestante, a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança também irá adquirir o direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, não havendo impedimento algum para nenhuma mulher e nenhum prejuízo dos seus empregos e salários; todavia, para as mulheres que adotarem ou forem guardiãs, só será concedida a licença mediante apresentação do termo judicial de guarda, passando a constituir igualmente o mesmo prazo de 120 dias, não havendo diferenciação alguma.³⁴

Entretanto, percebe-se que a empregada deverá comunicar ao seu empregador a data do início do afastamento de suas atividades laborais, apresentando um atestado médico e o respectivo afastamento deverá ocorrer entre o 28º dia antes do parto e ocorrência deste. E nos casos em que possa existir a antecipação do parto, a mulher gestante contará com o mesmo prazo de licença previsto para as outras empregadas.

Posteriormente, foi dado início a uma melhoria significativa para as mulheres gestantes. E assim com o advento da Lei nº 11.770/08, que alterou a Lei nº 8.212/91, e instituiu-se o programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por mais 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade, prevista no inciso XVIII, do caput do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, mediante a concessão de incentivo fiscal, sendo garantida essa extensão à empregada

³³ BACHUR. Manso. **Licença Maternidade e Salário Maternidade na Teoria e na Prática**. 1º Ed. Lemos e Cruz, 2011.

³⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 10 nov. 1943. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

da pessoa jurídica de direito privado³⁵. Porém, excluindo-se as micro e pequenas empresas, tendo em vista que a lei que autoriza a criação destas não admite mais benefício fiscal, pois as empresas já são beneficiadas outros incentivos.

Destaca-se que a prorrogação só ocorrerá para as empresas que aderirem ao programa, somente estas poderão oferecer o benefício de dois meses adicionais de licença a sua empregada. Ademais, a empregada privada que aderir ao programa, inclusive a mãe adotiva que contará com uma forma proporcional de aplicação, terá o direito de requerer a ampliação do benefício, somente até o final do primeiro mês após o parto, e a extensão será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade.

No período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada que seja e a criança não poderá, em hipótese alguma, ser mantida em creche ou organização similar, uma vez que tais situações estariam afrontando diretamente o objetivo do programa, havendo assim, o descumprimento e a concretização da perda do benefício.

Além disso, a lei também contempla que a empregada que for beneficiada pela prorrogação da licença-maternidade receberá integralmente a remuneração, durante os seis meses que estiver ausente de suas atividades, tendo em vista que os 60 dias acrescentados pela lei serão pagos pelo empregador, imediatamente ao término do período de 120 (cento e vinte) dias, sendo o empregador recompensado posteriormente.

Contudo, faz mister citar que a lei impõe uma faculdade de agir, ou seja, é facultado ao setor privado a adesão ou não ao programa Empresa Cidadã, dessa forma, a concessão do benefício à licença-maternidade não é obrigatório pela empresa. Porém, se o empregador aderir voluntariamente ao programa, através de um requerimento que é dirigido à Secretaria da Receita Federal do Brasil, este benefício será estendido automaticamente a todas as empregadas da empresa, desconsiderando a necessidade da mulher realizar o requerimento³⁶, sendo extensivo.

Logo, caso a empresa venha a aderir ao programa através do pedido da empregada que claramente obtenha interesse na extensão ou por iniciativa própria, ela passará a receber em troca incentivo fiscais, como: deduzir integralmente no imposto de renda da pessoa jurídica a remuneração da funcionária, durante os 60 dias de prorrogação da sua licença-maternidade. No

³⁵ BRASIL. Lei n. 11.770 de 09 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa cidadã, destinado à prorrogação de licença - maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de julho de 1991. **Diário Oficial da União**. Brasília, 09 set. 2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

³⁶ PANTALEÃO, S. F. **LICENÇA MATERNIDADE - SETOR PRIVADO (REGIME CLT)**. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/lic_matern_180dias.htm>. Acesso em: 27 set. 2016

mais, só poderá ser contemplada pelos incentivos fiscais, a empresa que constitui a declaração do imposto de renda de pessoa jurídica tributadas pelo lucro real, apenas essas.

Nesse contexto, a Lei nº 5.172, de 1966, que dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios³⁷, esclarece por intermédio do artigo 43, que o imposto de renda é de competência da União e incide sobre renda decorrente do capital, do trabalho ou do seu conjunto; acréscimos patrimoniais; que a incidência não depende da localização, nacionalidade, condição jurídica e origem, ou seja, qualquer pessoa física ou jurídica privada ou pública deve pagar o imposto conforme sua renda. Ademais, apresenta como base de cálculo de imposto, o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis, apontado pelo artigo 44 da lei citada.³⁸

Nada obstante, como se refere à Lei nº 11.770/08, somente poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, a pessoa jurídica tributada com base no lucro real.³⁹ Assim, o lucro real é definido como o lucro líquido dado através do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária. O imposto será determinado com base no lucro real, nos períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário. À opção do contribuinte, o lucro real também pode ser apurado por período anual.⁴⁰

Ora visto, a lei que estende a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias para 180 (cento e oitenta) dias é claramente seletiva, porquanto sua extensão é concebida minoritariamente a uma parcela das empregadas gestantes regidas pela CLT. A extensão deveria ter eficácia para todas as empregadas privadas regidas pela CLT, no entanto, isso não se aplica na prática. Vê-se que a adesão ao programa que permite a propagação da licença-maternidade é insignificante.

Essa insignificância justifica-se pelo citado nos parágrafos anteriores, isto é, há uma total restrição para as empresas tributadas sob outros regimes, como o regime simples nacional ou com base no lucro presumido, que em geral, são as pequenas e médias empresas, sendo

³⁷ BRASIL. Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

³⁸ **TRIBUTAÇÃO DA RENDA IMOBILIÁRIA**. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-03092009-121252/pt-br.php>>. Acesso em: 28 set. 2016.

³⁹ BRASIL. Lei n. 11.770 de 09 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa cidadã, destinado à prorrogação de licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de julho de 1991. **Diário Oficial da União**. Brasília, 09 set. 2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11770.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

⁴⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.598 de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1598.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

totalmente taxativo o regime do lucro real para que haja a concessão de benefícios fiscais. Ainda que possa se aderir aos outros regimes mencionados, concedendo a prorrogação da licença, não haverá o benefício fiscal de abater o valor pago no período de extensão dos impostos devidos. Vale-se dizer que apenas 150 mil empresas no país⁴¹ - a maioria de grande porte - usufruem dessa sistemática.

Desse modo, vê-se que o programa Empresa Cidadã encaminha-se para um descontentamento da sociedade, para uma priorização de classes trabalhadoras. Trata-se de uma concreta desigualdade, pois não atinge os seus interesses primordiais, que ultrapassa a barreira da prorrogação de 60 dias a mais, ou mesmo um incentivo fiscal para as empresas participantes. Afronta inteiramente o direito fundamental de uma criança, que tem seus direitos garantidos constitucionalmente, quando no artigo 227, do Capítulo VI - Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, da Constituição Federal de 1988⁴², suplica que o Estado assegure com absoluta prioridade, sem nenhuma intervenção ou objeção, o direito a saúde desta criança que está em formação física e psíquica.

5 A REAL IMPORTÂNCIA DA LICENÇA-MATERNIDADE: PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Ao ponderar sobre a licença-maternidade, direciona-se o pensamento imediatamente para a mulher-gestante. Ela é vista automaticamente em primeiro plano como beneficiária da licença, todavia esse pensamento transmite uma falsa interpretação, tendo em vista que o maior beneficiário é a criança que está assegurada constitucionalmente pelo direito de proteção.

A criança exerce uma primazia sobre os outros indivíduos da sociedade, é colocada em total superioridade, e essa valoração é tão evidente que a ela se destinou a constituição da Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e ainda possibilita outras providências. Assim, o referido estatuto vem impor a qualquer criança e adolescente uma proteção integral⁴³, abrangendo todas as crianças e adolescentes menores de 18 anos.

⁴¹ LICENÇA-MATERNIDADE: ADESÃO DE 6 MESES COMEÇA NESTA 2ª FEIRA. Disponível em: <<http://coad.jusbrasil.com.br/noticias/2064752/licenca-maternidade-adesao-de-6-meses-comeca-nesta-2-feira>>. Acesso em: 24 set. 2016

⁴² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁴³ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Além disso, o estatuto determina alguns direitos ora tipificados como de absoluta prioridade, isto é, prioriza-se em qualquer cenário a criança, e entre os direitos estão: a vida, saúde, educação, conveniência familiar e comunitária, possuindo caráter declaratório, sendo dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurá-los⁴⁴. Ademais, entende-se como criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos⁴⁵.

O estatuto versa sobre os direitos fundamentais da criança e adolescente, no Título II, Capítulo I – Do Direito à Vida e à Saúde, e o artigo nº 7 aborda que toda criança e adolescente têm direito de proteção à vida e à saúde, e esses direitos ocorrerão por meio de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso.

A essa criança são destinados todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, haja vista tão grande ser a sua importância na sociedade.⁴⁶ E diante destes direitos não pode haver nenhuma discriminação.

Nesse aspecto, conceituam-se direitos fundamentais como direitos que se correlacionam como os direitos dos cidadãos, assegurando e promovendo a dignidade da pessoa humana.⁴⁷ Tais direitos estão previstos na Constituição Federal de 1988, devendo cada indivíduo, especialmente a criança e o adolescente, terem respeitados seus direitos pelos membros da sociedade e pelo Poder Público. Ora já citado, os direitos fundamentais indispensáveis à formação do indivíduo estão expressos no artigo 227 da CF/88⁴⁸.

Ao analisar a mencionada lei, é visto que toda e qualquer criança tem direito de absoluta prioridade a saúde e a uma convivência familiar. No entanto, na aplicação prática, o que se estabelece é uma retirada precoce desse recém-nascido do seio de sua mãe, separando-os cruelmente quando der por encerrado o benefício da licença, a depender da mãe,

⁴⁴ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

⁴⁵ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

⁴⁷ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Bahia: Jus Podium, 2016. P. 189.

⁴⁸ 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.

evidentemente. Sendo ela empregada privada: a extensão encerrará em 120 (cento e vinte) dias; seja ela servidora pública: em 180 (cento e oitenta) dias.

Entretanto, a Organização Mundial de Saúde (OMS) orienta que a amamentação deve ser exclusiva, até os seis meses de idade da criança, e facultada, podendo ser apenas uma complementação até a criança completar um ano de idade. Essa simples amamentação irá reduzir os riscos de mortalidade infantil por doenças comuns na infância, como: diarreia e pneumonia. Também ajudará na prevenção de doenças como: hipertensão, diabetes tipo 2 e leucemia⁴⁹. Portanto, demonstra-se que a retirada irá refletir no desenvolvimento da criança, reduzindo consequentemente a sua convivência familiar, prejudicando veemente o filho da empregada privada.

Haja vista, a saúde é intitulada como um dos direitos mais importantes dedicados à criança, entretanto, há uma incompatibilidade na aplicação prática deste. Há uma distorção no âmbito do ser e do dever ser, aplicado pela teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, como as coisas são e como as coisas devem ser, havendo um desempenho de papéis distintos na aplicação. Ora, a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social.⁵⁰

O bem maior protegido pela legislação deverá ser a criança, é a ela que se visa alcançar. Verifica-se que o período e amamentação regulamentado pela lei deveria estender-se a todas as crianças, sem distinção do filho da empregada pública ou privada, propiciando com isso uma maior vinculação entre mãe e filho e provocando maior convivência familiar, como também um fortalecimento da saúde do bebê.

Registra-se, também, que o aleitamento materno tanto é um direito da criança como também da mãe, portanto, protegido e garantido pela legislação brasileira, previsto no artigo 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe claramente que deverá haver condições adequadas para assegurar o aleitamento materno, ficando a cargo do poder público, das instituições e dos empregadores⁵¹.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Semana Mundial do Aleitamento Materno**. Disponível em: <http://www.paho.org/bireme/index.php?option=com_content&view=article&id=300:semana-mundial-do-aleitamento-materno-2015&Itemid=73&lang=pt> Acesso em: 06. Out. 2016.

⁵⁰ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAdede/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 05.Out. 2016.

⁵¹ Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade.

§ 1º Os profissionais das unidades primárias de saúde desenvolverão ações sistemáticas, individuais ou coletivas, visando ao planejamento, à implementação e à avaliação de ações de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à alimentação complementar saudável, de forma contínua.

A amamentação oportuniza as crianças o melhor desenvolvimento de sua vida, uma vez que o leite materno fornece proteções imunológicas e nutrientes essenciais para o desenvolvimento cerebral. E estes benefícios são dados sem que haja nenhuma discriminação, estendendo-se a todas as crianças, sejam elas nascidas em países de alta ou de baixa renda ou de famílias ricas ou pobres⁵².

O aleitamento materno é o único alimento que deve ser destinado à criança nos primeiros meses de vida, e a Organização Mundial de Saúde (OMS) define esta prática como aleitamento exclusivo, ou seja, quando a criança recebe somente leite materno, direto da mama ou ordenhado, ou leite humano de outra fonte, sem outros líquidos ou sólidos⁵³.

Far-se-á tão evidente a importância para a saúde da criança que além da consolidação da Lei nº 8.099/90, houve a inserção pelo Ministério da Saúde da Portaria nº 1.920/13, instituindo uma estratégia nacional para a promoção do aleitamento materno e alimentação complementar saudável no Sistema Único de Saúde (SUS) – Estratégia Amamenta e Alimenta Brasil⁵⁴, objetivando as ações de promoção do aleitamento materno para as crianças de até dois anos e capacitando as competências e habilidade dos profissionais de saúde para essa atividade nas unidades básicas de saúde⁵⁵.

Mesmo diante de toda realidade brasileira, com a prática exaustiva de incentivos e campanhas publicitárias desenvolvidas pelos órgãos da saúde pública, é nítida a desigualdade na legislação, pois favorece uma criança, mas tolhe o direito da outra, contrapondo o imposto por alguns direitos constitucionais ora citados anteriormente.

6 CONCLUSÃO

⁵² ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Semana do Aleitamento Materno 2016: Crianças amamentadas têm futuro saudável**. Disponível em: <http://www.paho.org/bireme/index.php?option=com_content&view=article&id=336%3Asemana-do-aleitamento-materno-2016&lang=pt>. Acesso em: 06 Out. 2016

⁵³ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **SAÚDE DA CRIANÇA. Aleitamento Materno e Alimentação Complementar**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_aleitamento_materno_cab23.pdf>. Acesso em: 06 Out. 2016

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **SAÚDE DA CRIANÇA. Aleitamento Materno e Alimentação Complementar**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1920_05_09_2013.html>. Acesso em 15 Out. 2016.

⁵⁵ Art. 2º A Estratégia Amamenta e Alimenta Brasil objetiva:

I - qualificar as ações de promoção do aleitamento materno e da alimentação complementar saudável para crianças menores de 2 (dois) anos de idade; e

II - aprimorar as competências e habilidades dos profissionais de saúde para a promoção do aleitamento materno e da alimentação complementar como atividade de rotina das Unidades Básicas de Saúde (UBS).

Conforme verificado no desenvolvimento do presente artigo, torna-se fato incontestável a nítida desigualdade da Lei nº 11.770/2008. Inicialmente, conclui-se que a mencionada Lei versa pela prorrogação da licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias para 180 (cento e oitenta) dias, concedendo o benefício à gestante e à adotante e, principalmente, ao bebê.

Entretanto, para que haja a efetiva aplicabilidade da lei, faz-se necessário que a entidade pública ou privada tenha aderido ao Programa Empresa Cidadã de maneira espontânea ou a pedido de suas empregadas, requerendo-o até o primeiro mês posterior ao parto. Ademais, mesmo ultrapassada a primeira fase, ora citada, há outro pré-requisito: a empresa tem que tributar pelo lucro real, ou seja, todas as outras empresas que mantêm um quadro de funcionários compostos por mulheres, e tributam pelo lucro presumido ou simples, estas não serão beneficiadas.

Além disso, percebe-se que possibilitar a adesão pela empresa privada ao programa Empresa Cidadã, através de uma mera faculdade, é encaminhá-la para a “não aceitação”, tendo em vista o desinteresse financeiramente imposto pelo incentivo fiscal e pelo prejuízo que poderá obter em virtude da ausência prolongada de uma empregada. Ainda neste contexto, todavia, por outra vertente, a empregada sente-se intimidada sabendo que deverá requisitar o seu benefício.

Observa-se que a mencionada lei aplica-se ao setor público: Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. No funcionalismo público, a concessão da prorrogação do benefício da licença-maternidade é perceptivelmente facilitada, se comparada ao funcionalismo privado, inclusive no pressuposto da aplicabilidade, quando gozam de práticas análogas para aplicação da legislação vigente em estados e/ou municípios, beneficiando a mulher, servidora pública, e seu filho. Ausente ainda a faculdade de aderência ou não ao programa, a lei vigora.

O estudo da licença-maternidade direciona-se, nesse momento, para outra perspectiva, adentrando ao enfoque principal do supracitado estudo: a criança, constituída por alguém menor de 12 (doze) anos, e necessariamente, neste contexto, um bebê. Assim, toma-se por referência o que foi mencionado no discorrer do artigo: a criança necessita de uma alimentação adequada durante os seus 6 (seis) primeiros meses de vida, como determinado pela Organização Mundial de Saúde e propagado pelas campanhas do Ministério da Saúde, evidenciando a importância da extensão do benefício da licença para a criança.

Ressalta-se que ao tratar da alimentação da criança, defende-se a exclusividade da amamentação até, pelo menos, os seus 6 (seis) primeiros meses de vida. O leite materno é um alimento que fornece proteções imunológicas e nutrientes essenciais para o desenvolvimento

físico e psíquico desta criança, possibilitando-a um melhor começo de vida. Diante da ausência da amamentação natural, a prorrogação é extremamente necessária, favorecendo uma relação afetiva maior entre mãe e filho.

Portanto, consagra-se o aleitamento materno como o melhor caminho para garantir a qualidade da saúde da criança. Logo, a saúde é declarada como um dos primeiros direitos da criança, mantida como uma medida protetiva, garantida pela Constituição Federal de 1988. Ainda no âmbito da saúde, a prorrogação do benefício ainda trará, futuramente, uma população mais forte e sadia para a sociedade, possibilitando uma economia aos cofres públicos do país no âmbito da saúde.

Em virtude dos fatos mencionados, conclui-se que a Lei nº 11.770/2008 atinge amplamente o princípio da igualdade, refletindo desigualdade entre os beneficiários da licença-maternidade. Em primeiro grau, uma notável facilidade direcionada para a mãe do funcionalismo público, quando comparado ao setor privado. Em segundo grau, se verifica uma desigualdade também no âmbito privado, quando a empresa pelo simples de não declarar imposto de renda de pessoa jurídica pela modalidade lucro real, não atende ao requisitos estabelecidos em lei, sendo negado absolutamente a extensão do benefício, e o direito destes beneficiários.

Por fim, verificou-se que a precoce retirada da criança do leite materno de sua mãe trará danos a ela, tanto a saúde física como psíquica, tendo em vista que esses primeiros meses são essenciais para a formação de um laço afetivo. Portanto, resta à sociedade, detentora de uma democracia, clamar por essa igualdade para todas as crianças, garantida pela nossa Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

A ORIGEM DO CONCEITO DE “LICENÇA DE PARTO”. Disponível em:
<<http://ruadajudiciaria.com/?p=599>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BACHUR, Manso. **Licença Maternidade e Salário Maternidade na Teoria e na Prática**. 1º Ed. Lemos e Cruz, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**: promulgada em outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**: promulgada em outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 10 nov. 1943. Disponível em:
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 6.690, de 11 de dezembro de 2008. Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências.

BRASIL. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Lei nº. 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 out. 1966. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

BRASIL. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

BRASIL. Lei nº. 11.770 de 09 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa cidadã, destinado à prorrogação de licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de julho de 1991. **Diário Oficial da União**. Brasília, 09 set. 2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11770.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 29ª Ed. São Paulo: Magalheitos, 2014.

CARVALHO, Sandro S. de; FIRPO, Sergio; GONZAGA, Gustavo. **OS EFEITOS DA LICENÇA MATERNIDADE SOBRE O SALÁRIO E O EMPREGO DA MULHER NO BRASIL**. Disponível em: <<http://www.econ.puc-rio.br/pdf/td534.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**. 7ª Ed. São Paulo: Almeda, 2011, p. 393.

DELGADO, Maurício Goldinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª Ed. P. São Paulo: LTr, 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Página 1040.

LICENÇA-MATERNIDADE: ADESÃO DE 6 MESES COMEÇA NESTA 2ª FEIRA. Disponível em: <<http://coad.jusbrasil.com.br/noticias/2064752/licenca-maternidade-adesao-de-6-meses-comeca-nesta-2-feira>>. Acesso em: 24 set. 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30ª Ed. P. 308. São Paulo: Atlas, 2014.

MASSON, Nathalia. **Manuel de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Bahia: Jus Podium, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paula Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: **Amparo à Maternidade (Revista)**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAdede/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 05 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: **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 25 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: **História**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 25 ago. 2016.
ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Semana Mundial do Aleitamento Materno 2015**. Disponível em: <http://www.paho.org/bireme/index.php?option=com_content&view=article&id=300:semana-mundial-do-aleitamento-materno-2015&Itemid=73&lang=pt>. Acesso em: 06 Out. 2016.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Semana do Aleitamento Materno 2016: Crianças amamentadas têm futuro saudável**. Disponível em: <http://www.paho.org/bireme/index.php?option=com_content&view=article&id=336%3Asemana-do-aleitamento-materno-2016&lang=pt>. Acesso em: 06 Out. 2016.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **SAÚDE DA CRIANÇA. Aleitamento Materno e Alimentação Complementar**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_aleitamento_materno_cab23.pdf>. Acesso em: 06 Out. 2016.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **SAÚDE DA CRIANÇA. Aleitamento Materno e Alimentação Complementar**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1920_05_09_2013.htm>. Acesso em 15 Out. 2016.

PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. **LICENÇA MATERNIDADE - SETOR PRIVADO (REGIME CLT)**. Disponível em:

<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/lic_matern_180dias.htm>. Acesso em: 27 set. 2016

PROBST, Elisiana Renata. **A EVOLUÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO**. Disponível em: <<http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

RIBEIRO, Érika Cristiane dos Santos (org.). **Manual de orientação a trabalhos acadêmicos – UNI-RN**. [et al.]. 2. ed. – Natal: UNI-RN, 2015.

SILVA, Emanuelle Soares da. **LICENÇA MATERNIDADE AO PAI: Uma Abordagem Crítica da Interação entre o Judiciário e a Sociedade Moderna**. Disponível em: <<http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/EMANOELE%202012.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRIBUTAÇÃO DA RENDA IMOBILIÁRIA. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-03092009-121252/pt-br.php>>. Acesso em: 28 set. 2016.