

## A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA QUANTO À CONCESSÃO DO PERÍODO DE LICENÇA MATERNIDADE/PATERNIDADE

FrancyanneLoubet Costa <sup>25</sup>

Héverton da Silva Emiliano Schorro <sup>26</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca primordialmente evidenciar a discrepância apresentada entre os benefícios concedidos a título de licença maternidade e licença paternidade em consonância com o presente cenário social em que vivemos. Inicialmente, irá expor as garantias já existentes no atual ordenamento jurídico. Após, fará análise dos preceitos constitucionais que visam à proteção familiar, bem como da igualdade de gêneros. Da mesma maneira, buscará demonstrar a necessidade da equiparação de tais garantias visando o protecionismo à maternidade, à paternidade e ao desenvolvimento do infante.

**PALAVRAS CHAVE:** Licença maternidade; Licença paternidade; Licença homoafetiva; Igualdade de gêneros; Equiparação de direitos.

### INTRODUÇÃO

A licença maternidade e a licença paternidade são direitos garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, a todos os trabalhadores.

Tais garantias estão ligadas ao protecionismo familiar, sendo o prazo estabelecido em 120 (cento e vinte) dias e 05 (cinco) dias respectivamente. Contudo, o lapso temporal citado não é taxativo, vez que encontramos diversas regulamentações inerentes às situações específicas.

De antemão, verifica-se uma disparidade enorme inerente a tais benefícios com relação aos gêneros, assim vemos a norma citada em confronto com o princípio basilar constitucional qual seja, o da isonomia.

Além disto, a Constituição Federal dispõe no Art. 229 o dever de ambos os pais assistirem, criarem e educarem seus filhos, assim o prazo de afastamento do genitor pode ser considerado irrisório, vez que não permite o convívio propício para cumprir os devidos preceitos.

<sup>25</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Anhaguera UNIDERP. Email: [fran.loubetc@gmail.com](mailto:fran.loubetc@gmail.com).

<sup>26</sup> Bacharel em direito, Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil, Pós Graduado em Direito Tributário, Mestrando em Direitos Humanos, Advogado e Professor Universitário. Email: [heverton@dbsassociados.com.br](mailto:heverton@dbsassociados.com.br)

Logo, o presente artigo buscará enfatizar as principais diferenças desmedidas encontradas, tal como evidenciará as mudanças que se fazem necessárias ante o atual cenário social que vivemos.

#### LICENÇA MATERNIDADE

O trabalho da mulher começou a ser regulamentado no ano de 1.932, através do Decreto Lei nº 21.417, sendo que tal dispositivo trouxe em seu artigo 7º a proibição expressa do trabalho da mulher grávida durante o período de 04 semanas antes e 04 semanas após o parto, tanto em estabelecimentos comerciais quanto industriais, públicos ou privados.

Similarmente, garantia o direito às mulheres de romper o compromisso de qualquer contrato de trabalho, desde que comprovado que sua atividade seria prejudicial à gestação, bem como assegurava auxílio correspondente a média de seus últimos 06 salários durante o período em que necessitasse se manter afastada.

Contudo, o período de afastamento da mulher trabalhadora gestante a título de “licença maternidade” somente foi criado pela Constituição Federal de 1934, a qual estabelecia o período de oitenta e quatro dias de afastamento para mulheres antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego. Tal período foi estendido com advento da Constituição Federal de 1988, a qual passou a dispor em seu artigo 7º, inciso XVIII: “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 cento e vinte dias” (BRASIL, 1988).”

Atualmente, a Consolidação das Leis Trabalhistas disciplina todas as relações ligadas à proteção do trabalho da mulher. O referido diploma normativo trouxe em seu corpo uma seção específica ligada a proteção à maternidade, ampliando e estabelecendo diversos direitos e deveres inerentes a trabalhadora grávida.

À luz da redação do Art. 395 da Consolidação das Leis Trabalhistas verificamos que o legislador concedeu a mulher repouso remunerado de duas semanas, sem prejuízo da remuneração e função que ocupava em caso de aborto não criminoso comprovado por atestado médico.

Cumprido salientar, que se entende por aborto não criminoso aquele decorrente de situações patológicas da mãe ou do feto, ou aquele provocado nos casos previstos e defesos em lei.

Já nos casos de natimorto, ser humano que nasce sem vida ou falece em decorrência do parto, é garantido à mãe gozo da licença maternidade pelo prazo de 120 dias estabelecido no Artigo 392 da CLT, haja vista que tal direito não está condicionado ao nascimento com vida do bebê.

O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. (BARROS, 2016, p.715)

Isto posto, o referido direito está intimamente ligado à proteção da maternidade aliada ao resguardo familiar. Tal benefício proporciona não somente à mãe biológica o lapso necessário para recuperação física e psíquica após o parto, mas de igual modo, confere a ela a oportunidade da construção de laços afetivos com sua prole.

Em tal contexto, a gestante conta com outra garantia expressa em lei, qual seja, a estabilidade provisória concedida à genitora desde o período de descoberta da gravidez até cinco meses após o parto. Tal estabilidade está descrita no artigo 10, inciso II, alínea “b” dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

O aludido artigo veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, novamente com intuito de protecionismo maternal, assim passa a certificar que a mulher consiga se reestabelecer no estado puerperal, do mesmo modo que, visa garantir que a criança recentemente nascida tenha a oportunidade de receber os cuidados devidos e necessários.

Importa ressaltar que, conforme disposto na Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho a insciência do empregador ao estado gravídico da empregada não afasta os efeitos da estabilidade. Assim como, aquelas contratada por tempo determinado, como nos contratos de experiência, gozam igualmente de tais direitos.

#### LICENÇA PATERNIDADE

A licença paternidade foi inserida em nosso ordenamento jurídico com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1.943, a qual trouxe em seu Art. 473, inciso III que o empregado poderá, sem prejuízo do salário, deixar de comparecer ao serviço em caso de nascimento de filho, um dia durante a primeira semana de vida do recém-nascido.

O escopo de tal benefício se dava para garantir que o pai realizasse o registro civil da criança, vez que a mãe estaria impossibilitada de exercê-lo em decorrência da necessidade de se manter em repouso ante o ato de dar à luz.

Posteriormente a Constituição Federal de 1988 ratificou em seu Art. 7, inciso XIX o direito a todos os trabalhadores urbanos e rurais a concessão da licença paternidade e trouxe no Art. 10 parágrafo primeiro do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) a ampliação do prazo estabelecido para cinco dias, até que lei subsequente venha disciplinar o artigo antecedente citado.

Assim, verificamos que o prazo exíguo garantido em lei não permite que o pai participe de forma ativa da vida da criança em seus primeiros meses, presença que em suma é essencial para o desenvolvimento da unidade familiar.

Entretanto o legislador trouxe no Art.392-B a possibilidade de o pai gozar do benefício concedido a título de licença maternidade, pelo período de cento e vinte dias ou pelo lapso temporal restante, nos casos em que a genitora vem a falecer durante ou após o parto. Contudo, tal prerrogativa não permanece nos casos de abandono ou falecimento do filho. O intuito de tal concessão fora à necessidade de amparo que a criança recém-nascida necessita na ausência da figura materna.

Por analogia ao supracitado, acerca de 05 anos atrás foi noticiado à concessão de licença paternidade ao pai solteiro. No contexto analisado, o casal foi surpreendido com a descoberta de uma gestação indesejada posteriormente ao término do relacionamento. Após o nascimento da criança, a genitora não desejou amamentar ou ver o recém-nascido, ficando tais cuidados a encargo do genitor. Assim, o mesmo se viu na necessidade de requerer afastamento do emprego pelo tempo que seria ofertado à mãe, sendo concedido pelo magistrado a licença paternidade pelo período de 120 dias, prorrogáveis por 180 dias, em atenção a isonomia e primordialmente a proteção da criança.<sup>27</sup>

Ao contrário do que se verifica quando falamos de proteção à maternidade, a Consolidação das Leis Trabalhistas não trouxe artigos ou capítulos próprios garantindo a proteção à paternidade.

<sup>27</sup> JUSTIÇA FEDERAL TRF 3ª REGIÃO. **Juizado Especial de Campinas concede salário paternidade.** Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/277089>. Acesso em 07 de setembro de 2017.

Em que pese à garantia de estabilidade cedida à genitora, ao analisarmos tal prerrogativa em relação do cônjuge ou companheiro da mesma, encontramos uma discrepância desmedida, vez que tal direito não se estende aos supraditos.

Na atualidade a figura paterna conta com a ausência de tal proteção, sendo assim pode a qualquer momento ser desligado de suas atividades.

Hoje, possuímos o Projeto de Lei nº 5.936/2009 a ser aprovado, que visa alterar a redação da Consolidação das Leis Trabalhistas para impedir a dispensa arbitrária ou sem justa causa do genitor, nos casos em que gestante não goze de tal benefício.

Igualmente foi apresentado pelo senador Telmário Mota a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 49/2016) para que o trabalhador adotante possua igual direito à estabilidade provisória garantida a mulher.

Atualmente a omissão do poder legislativo em relação a tal assunto possibilita que a família fique desamparada, vez que a principal característica da atividade laboral é a subsistência familiar.

#### PROGRAMA EMPRESA CIDADÃ

A Lei nº 11.770/08 constituiu o Programa Empresa Cidadã que foi regulamentado pelo Decreto Lei nº 7.052/09, inicialmente foi destinado à prorrogação da licença maternidade prevista na Constituição Federal, mediante incentivo fiscal.

A princípio, a lei foi atribuída somente às empregadas mulheres trabalhadoras de pessoas jurídicas que aderissem ao programa. Como requisitos, deveriam requerer a prorrogação do prazo de 60 (sessenta) dias, até o final do primeiro mês após o parto.

Para as empregadas de pessoa jurídica que adotarem ou obtiverem guarda judicial, fora concedido prazo dispar, sendo possível o afastamento por 60 (sessenta) dias de prorrogação quando se tratar de criança até um ano de idade, 30 (trinta dias) para crianças de um a quatro anos completos e por 15 (quinze) dias quando se tratar de crianças de quatro anos até completar oito anos de idade.

Entretanto, em março de 2016 foi promulgada a Lei 13.257/16 estabelecendo princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância, a referida lei alterou importantes dispositivos do nosso ordenamento jurídico, entre eles o Art. 1º da Lei 11.770/08 que passou a destinar também a prorrogação de 15 (quinze) dias a duração da licença paternidade.

Assim, atualmente, o programa empresa cidadã possibilita tanto a proteção da licença maternidade nos moldes supracitados, quanto à prorrogação da licença paternidade somando a 20 (vinte) dias, desde que o empregado faça requerimento no prazo de 02 dias após o parto e comprove a participação em programa ou atividade de orientações sobre a paternidade responsável.

#### LICENÇA CONCEDIDA EM UNIÃO HOMOAFETIVA

A união homoafetiva constitui-se com a relação entre casais que possuem sexo em comum. A Resolução nº 175 de 14 de Maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça resolveu que é vedado às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Atualmente as relações vêm se tornando cada vez mais dinâmicas, tomando uma nova roupagem, na qual os referidos casais ao se relacionarem desejam constituir família e terem filhos, assim se socorrem aos mais variados recursos, tais como a adoção ou inseminação.

Ocorre que, atualmente inexiste em nosso ordenamento jurídico norma específica para a concessão de licença maternidade ou paternidade aos casais homoafetivos.

Em sede de decisões, eventualmente é utilizado por analogia o benefício concedido à mulher, bem como casualmente é empregada às jurisprudências que possuímos acerca do assunto, as quais são baseadas nos usos e costumes. Contudo, como é inerente ao magistrado a livre convicção, ante a ausência de legislação não possuímos uma parametrização para resolução de tais conflitos.

#### DA ADOÇÃO

A adoção é ato jurídico por meio do qual uma pessoa alheia à família se torna filho equiparado em direitos e deveres, independentemente de questões sanguíneas.

Outrora o ato de adotar, possuía tão somente o objetivo de fornecer aos pais, que possuísem impedimentos biológicos de gerar vida, a oportunidade de constituir família. Atualmente, tal prática ultrapassa os liames da necessidade, se tornou um ato de amor, zelo e afeto o qual visa primordialmente atender as necessidades da criança ou adolescente candidato a adoção.

No tocante a concessão de licença maternidade concedida a mulheres adotantes, em 2002 a Lei nº 10.421 estendeu à mãe adotiva o direito a licença maternidade e ao salário

maternidade, incluindo o Art. 392-A a CLT o qual a princípio dispunha prazos diferenciados de acordo com a idade da criança adotada, vejamos:

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.

§ 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.

§ 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.

§ 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.

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. (BRASIL, 1943)

Todavia, a distinção de período concedido de acordo com a idade da criança adotada desencadeou diversas críticas e ensejou numerosos processos, que em sua grande maioria encontraram fundamento no artigo 277 §6 da Constituição Federal o qual determina que os filhos, havidos da relação matrimonial ou por meio da adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer discriminações relativas à filiação. Assim, a Lei 12.010/2009 revogou o referido artigo, estabelecendo o mesmo prazo do Art. 392 à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial.

Tal revogação fez-se necessária, vez que a diferenciação de prazos para afastamento da mãe mediante a idade do adotado afronta diretamente dispositivo constituído em nossa carta magna que proíbe expressamente diferenciação de qualquer natureza, bem como vale salientar que a criança adotada carece de cautelas relacionadas principalmente à adaptação em um novo lar.

No tocante ao genitor novamente a desigualdade perdura, pois ainda hoje não temos na legislação dispositivo garantindo que o pai adotante empregado privado tenha direito à licença paternidade, seja para cumprir com as obrigações cívicas ou que permita a proximidade do pai quando o adotado necessita ser inserido no novo seio familiar.

Apenas encontramos tal disposição no que tange aos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, vez que a Lei 8.112/90 que rege seus regimes jurídicos, traz na redação do Art. 208 a garantia ao servidor à licença paternidade pelo nascimento ou adoção de filhos.

O instituto da adoção é regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que em seu Art. 41 assegura ao adotado os mesmos direitos e deveres do filho natural, similarmente encontramos na Constituição Federal dispositivo que proíbe expressamente distinção entre filhos perfilhados e biológicos.

Por tanto, como entendemos que direito a licença paternidade também se estende ao direito da criança ante a garantia de subsistência, em analogia a regulamentação dos servidores públicos, vemos a necessidade de tal benefício se estender ao pai adotante empregado no setor privado.

Ademais, devemos considerar que o conceito de família vem sofrendo alterações consideráveis, assim, temos diversos casos em que fora reconhecido a união entre pessoas do mesmo sexo, as quais, como já citado anteriormente, possuem da mesma maneira o desejo de ter filhos.

Vale ressaltar novamente, que a respeito de tal assunto, encontramos apenas no parágrafo 5º do Art. 392-A a concessão de licença maternidade exclusivamente a um dos adotantes ou guardiões.

Então, quando falamos de casais formados por duas mulheres, temos a licença maternidade pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias prorrogáveis até 180 (cento e oitenta) dias, concedida somente à gestante ou adotante, mas não às duas. Diante de casais formados por dois homens, utiliza-se a concessão da licença paternidade a um dos adotantes pelo prazo de 05 (cinco) dias prorrogáveis até 20 (vinte) dias, o que resulta em uma disparidade.

Nessas circunstâncias, encontramos a principal complicação, vez que o prazo de afastamento concedido ao adotante do sexo masculino é irrisório para adaptação, inserção e convívio com a criança ou adolescente.

No momento atual, vemos singulares acontecimentos onde é concedido ao homem o período de até 120 (cento e vinte) dias de licença maternidade, porém, tais decisões ficam vinculadas ao convencimento do julgador, não advindo diretamente da norma.



Assim, o lapso temporal concedido ao homem heterossexual ou homossexual fere diretamente os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como afronta o dispositivo constitucional que visa tratamento isonômico a todos os gêneros.

#### EQUIPARAÇÃO DE DIREITOS

A Constituição Federal da República promulgada no ano de 1.988 é a lei máxima no ordenamento jurídico brasileiro, instituindo direitos e deveres inerentes aos cidadãos. Em seu art. 5º, temos que todos os indivíduos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e expressamente no inciso I iguala os homens e as mulheres em direitos e obrigações em todos os termos da referida constituição.

O Brasil atualmente é intitulado como um país democrático de direito, tendo como princípio basilar o da isonomia. Tal princípio atualmente representa a democracia, garante a todos os indivíduos tratamento igualitário, assim é vedado aos legisladores criar ou editar leis que promova a distinção entre quaisquer pessoas.

Semelhantemente, a Declaração Universal de Direitos Humanos adotada em 1948 pela Organização das Nações Unidas delinea todos os direitos básicos humanos, e logo em seus primeiros artigos precisa que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza.

Assim, após pormenorizarmos os institutos da licença maternidade e licença paternidade nos deparamos com uma cultura arcaica, na qual a figura do pai deve laborar para suportar o sustento da família, enquanto a mãe promove o cuidado das crianças.

A desproporção descomunal em relação aos gêneros afronta diretamente todos os estatutos supracitados, bem como acarreta uma série de prejuízos para a inserção da mulher ao mercado de trabalho, vez que o ônus suportado pelo empregador difere de maneira considerável.

Também não permite que o pai se faça presente da maneira adequada nos primeiros desenvolvimentos de seus filhos. Sendo assim, não pairam dúvidas quanto à necessidade de equiparação entre os benefícios sobreditos.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme fora exposto, é cediço que a concessão da licença maternidade se dá em decorrência da necessidade biológica de recuperação física da mulher após o parto, contudo o

período de afastamento principalmente faz-se necessário em decorrência da necessidade do nascituro ou do adotado de cuidados essenciais.

Entretanto, o dever de prestar os cuidados necessários à criança deve de igual forma ser responsabilidade do pai. A disparidade entre os prazos de 120 (cento e vinte) a 180 (cento e oitenta dias) e 05 (cinco) a 20 (vinte) dias de afastamento concedido para a mulher e o homem respectivamente, pautado no conceito retrógrado de que o homem deve ser o provedor do sustento da família, fere o direito à igualdade garantido constitucionalmente.

Ademais a Constituição Federal garante proteção especial à família, logo a ausência de regulamentação para conceder o benefício da licença ao pai adotante empregado privado não cumpre o objetivo da adoção, qual seja proteger o menor desamparado inserindo-o em uma família substituta, bem com a ausência de estabilidade ao genitor ou adotante permite que o instituto da família fique a deriva.

De igual forma, constata-se que a família atual vem sofrendo mutações constantes, assim diante do cenário em que vivemos faz-se necessário que o poder legislativo edite normas a fim de regulamentar e parametrizar o direito concernente aos casais homoafetivos.

A ampliação do benefício da licença paternidade a fim de equiparar ao da licença maternidade permitirá a repartição de direito e deveres inerentes aos genitores para com o infante, bem como incentivará e desenvolverá as políticas públicas voltadas ao protecionismo da criança.

Em suma, a legislação colocada em ênfase no presente artigo, no tocante aos benefícios concedidos não cumpre com o dever social idealizado. Assim, nosso ordenamento jurídico deve ser levado à reestruturação para que atenda os anseios atuais, decorrentes da nova roupagem da família brasileira.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10ª Edição. São Paulo. LTr, 2016.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Aprovada pelo Decreto Lei nº 5.452 de 1 de maio de 1943. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10421.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10421.htm#art1). Acesso em: 24 de agosto de 2017.
- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 26 de agosto de 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5936/2009. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=685964&filenome=PL+5936/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=685964&filenome=PL+5936/2009). Acesso em: 26 de agosto de 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição – PEC -49. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127101>. Acesso em: 27 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei 11.770, de 09 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm). Acesso em: 28 de agosto de 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 31ª Edição. São Paulo. Atlas, 2015.