

As múltiplas composições familiares, a licença parental e o reflexo no direito do trabalho

Multiple family compositions, parental leave and the impact on labour law

Mariana Nascimento Santana Lelis¹
Sabrina Xavier da Silva²

489

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar a busca do direito brasileiro em equiparar o tratamento dado a parentalidade, independentemente da forma que ocorreu a maternidade e paternidade, ou seja, visa nivelar maternidade biológica, adotiva, bem como as barrigas de aluguel e as gestações interrompidas, seja no âmbito celetista ou no âmbito do serviço público. Além disso, buscará estudar a licença recebida por pais homoafetivos adotantes, de forma a entender a posição dos tribunais superiores referente ao assunto face ao princípio da igualdade presente entre laços consanguíneos e laços afetivos. A exploração será feita por meio de pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos sobre o tema, além de vasta pesquisa na internet, também serão observadas a Consolidação das Leis Trabalhistas e jurisprudências dos tribunais superiores sobre o tema.

Palavras-Chave: Direito Trabalhista; Maternidade; Adoção. Igualdade.

Abstract: The present study aims to analyze the search for Brazilian law to equate the treatment given to parenting, regardless of the way in which maternity and paternity occurred, that is, it aims to level biological, adoptive maternity, as well as surrogacy and interrupted pregnancies, either in the CLT scope or in the scope of the public service. In addition, it will seek to 'discipline the license received by homoaffective adopting parents, in order to understand the position of the superior courts regarding the matter in view of the principle of equality present between consanguineous ties and affective ties. The exploration will be done through bibliographical research in books and scientific articles on the subject, in addition to extensive research on the internet, the Consolidation of Labor Laws and jurisprudence of the superior courts on the subject will also be observed.

Keywords: Labor Law; Maternity; Adoption. Equality.

¹ Mestranda pela UFU. Pesquisadora, professora e consultora jurídica. Pós graduada pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV RJ (2013). Dedicando-se a carreira acadêmica, atualmente é professora universitária do Curso de Direito nas disciplinas de Direito Civil e Direito Processual Civil. E-mail: mariananascimentosantana@outlook.com

² Acadêmica do 10º Período de curso de Direito da Faculdade FINOM.

Recebido em 11/05/2023

Aprovado em 10/07/2023

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



INTRODUÇÃO

A seção V da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, traz o título “DA PROTEÇÃO AMATERNIDADE”, sendo que os artigos que se seguem tem como finalidade a proteção da mulher e de seu emprego no momento da gestação. Diante disso, há vedação a dispensa ou a restrições ligadas a mulher em razão de seu matrimônio e/ou gravidez, além de impor uma estabilidade, cuja duração se prolonga por 5 (cinco) meses após o parto havendo a possibilidade de antecipação.

Por conseguinte, a licença maternidade assegurada pela CLT se limita ao lapso temporal de 120 dias, que podem ser prolongados por mais duas semanas desde que a gestante possua atestado médico, para antes e depois do parto. Isso porque a licença não necessariamente se inicia com a ocorrência do parto, podendo ser requisitada até 28 dias antes do fim da gestação.

Dentro dessa análise, o direito ao afastamento laboral em razão do nascimento de uma criança, de acordo com a CLT, é de apenas 120 dias (quatro meses), de modo que, se expõe um contraponto com as diretrizes do Conselho de Saúde e Medicina, e até mesmo com a recomendação do Ministério da Saúde do governo brasileiro, o qual recomenda e incentiva o aleitamento materno exclusivo até os 6 primeiros meses de vida do bebê. De antemão, importante ressaltar que essa recomendação se mostra inviável, uma vez que a carga horária trabalhista no Brasil é de 44 horas semanais.

Releva notar que na esfera pública o quadro é um pouco diferente, as servidoras públicas no Brasil, em sua maioria, possuem direito a licença maternidade de 6 (seis) meses, tempo que é condizente com o tempo exigido para o aleitamento materno exclusivo como forma de diminuir as taxas de mortalidade até os cinco anos, além de evitar problemas como diarreia, alergias, colesterol alto, hipertensão, redução das chances de desenvolver obesidade, conforme matéria exposta no site do Ministério da Saúde em janeiro de 2022³. Todavia, somente com o julgamento do Recurso Extraordinário n°. 778889 no ano de 2016 que houve a equiparação entre os direitos à licença maternidade das adotantes e gestantes, conferindo direito à licença maternidade de no mínimo 120 dias à mãe adotante, independentemente da idade da criança, sendo que esse afastamento pode ser requerido desde a decisão ou liberação da guarda provisória do menor.

³ Disponível em <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-brasil/eu-quero-me-alimentar-melhor/noticias/2017/a-importancia-da-amamentacao-ate-os-seis-meses>, acesso em 04 de junho de 2023.

Como forma de incentivo à extensão da licença maternidade pelas empresas privadas surgiu o programa Empresa Cidadã, instituído pela Lei nº 11.770/2008, que foi posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 7.052/2009. O principal objetivo desta lei seria o aumento da licença maternidade para 180 dias, ou seja, seis meses e da licença paternidade para 20 dias, ao invés dos 05 disponibilizados pela CLT. Esse prazo se limita as mães biológicas ou adotantes cujas crianças tenham até um ano de idade, sendo que para crianças mais velhas o prazo torna-se proporcional, ou seja, para crianças adotadas de um ano até quatro anos o prazo prorrogado seria de 30 (trinta) dias, e, crianças entre quatro e oito anos o prazo seria de quinze dias. Outra importante disposição legal é a vedação ao exercício de atividade remunerada neste período. Também como forma de incentivo ao programa, o governo realiza o abatimento de valores proporcionais ao tempo em que a empregada ficou afastada no Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica da empresa que a tem como contratada.

Uma discussão importante é que a busca governamental e social em proteger a maternidade, paternidade e principalmente as crianças, sejam biológicas ou adotadas, não é uma espécie de caridade e sim um direito assegurado pela própria Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XVIII. Ainda é compromisso assumido pelo Estado em razão da agenda 2030 e os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas – ONU, uma vez que, o objetivo de número cinco diz respeito a busca pela igualdade de gênero e para isso deve haver empoderamento feminino e conseqüente respeito às condições que estão aliadas a esse gênero.

De outro lado, até 2016 a licença deferida as adotantes se davam de modo proporcional, ou seja, ensejava uma divergência/separação entre mães biológicas e gestantes, o que, ressalte-se, é vedado pela Constituição Federal. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal – STF, no Julgamento do Recurso Extraordinário de nº 778889, que acabou sendo Tema de Repercussão Geral número 782, decidiu pela inconstitucionalidade existente na discriminação das licenças que diferenciavam as mães biológicas das adotantes, concedendo à ambas o direito a 120 dias de afastamento em razão do parto ou da concessão de guarda provisória para fins de adoção independentemente da idade da criança.

Neste sentido, há aparente influência legislativa de desigualdade de gênero e de classe que abarcam a questão da licença estipulada para aqueles que de forma biológica ou afetiva acabaram por ter filhos, sendo que, os pais têm licença de poucos dias enquanto a maioria das mães, apenas quatro meses e algumas recebem a licença de seis meses. Assim, é evidente a necessidade de que aqueles que se sentem lesados procurem a justiça, uma vez que foi assim

que as adotantes conseguiram chegar em um pé de igualdade e conseguiram enfim a licença maternidade igual das mães biológicas.

LICENÇA PARENTAL COMO FONTES DE SEGREGAÇÃO E DESIGUALDADE

A partir de um olhar superficial, a diferença entre licença maternidade e paternidade já expõe uma discrepância entre as funções de homens e mulheres que superam a linha biológica. Essa diferença tem início na licença maternidade da mulher que é em regra de 120 (cento e vinte dias) enquanto a licença da rede de apoio seria de apenas 5 (cinco) dias, que seria o período da licença paternidade. Contudo, quanto mais nova é a norma, menos ultrapassada é a tese, isso porque no caso dos adotantes, a opção de quem gozará da licença cabe as partes que adotarem, ausentes a limitações por sexo. Esse avanço é necessário até mesmo porque no Brasil se admite a adoção por casais homossexuais.

Por conseguinte, há confirmação do desrespeito ao princípio da isonomia quando observado que tal licença é ampliada no caso das servidoras públicas e seus companheiros, isso é evidenciado na legislação do serviço Público Federal, bem como, em grande parcela do serviço público estadual e parte de municipal. Esse aumento de prazo para pais biológicos e/ou adotantes é de 60 (sessenta) dias, contabilizando 180 (cento e oitenta) dias, ou seis meses para o adotante escolhido ou mãe biológica e para os pais é dado uma licença de 20 (vinte) dias. Tal possibilidade vai de encontro as recomendações feitas pelos estudos atuais do ramo da medicina no Brasil, de forma que há incentivos para que o aleitamento materno seja exclusivo até os seis meses do bebê, coadunando com o prazo de 180 dias que aparenta ser mais justo ao desenvolvimento sadio da criança. Este é o entendimento da matéria veiculada pelo Ministério da Saúde tendo como entrevistada a coordenadora das Ações de Aleitamento Materno do Ministério da Saúde, publicada em 2022, Fernanda Monteiro.

(...) Os benefícios de amamentar até os seis meses são muitos, tantopara a criança quanto para a mãe. E estamos descobrindo ganhos ainda mais duradouros que se refletem ao longo de toda a vida (...) Por meio do leite, a mãe passa ao bebê vários anticorpos que são extremamente importantes para a saúde dele (...) Muitos estudos mostram que o bebê que é amamentado acaba apresentando maior escolaridade, o que impacta diretamente no desenvolvimento do país. O leite materno também garante à criança que ela cresça com menos riscos de hipertensão, diabetes e colesterol alto, por exemplo, trazendo uma evolução para a saúde pública como um todo (...) Quando se fala em aleitamento materno, o foco é sempre a saúde do bebê, mas é preciso dizer que a mãe também recebe diversos benefícios. Amamentar até os seis meses diminui o risco de câncer de mama na mulher e ajuda no pós-parto,

já que o útero se contrai e volta ao tamanho normal mais rapidamente (...).
(MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2022).

Ou seja, enquanto as servidoras públicas possuem esse direito resguardado de zelar por sua saúde e pela saúde de sua prole, as celetistas dependem da boa vontade da empresa de se associar a um programa que é nominado Empresa Cidadã para ter esse direito.

Os autores Bila Sorj e Alexandre Barbosa Fraga publicaram uma obra cujo foco era entender a existência de estratificação entre as pessoas que recebiam licenças em relação a sexo, posição social, ocupação, categoria do trabalho, cor, raça, renda, idade e níveis de instrução. Ao final, houve uma evidência de segregação, e os autores pontuaram o seguinte

Nesse sentido, torna-se evidente, portanto, que o acesso às políticas de licença no Brasil é entrecortado pelas desigualdades de gênero, de idade, de classe e de raça (SORJ, 2022).

A desigualdade de gênero, idade, classe e raça foi explícita após a explanação do estudo, uma vez que, a relação de subordinação entre empregador e empregado vivenciada pelas trabalhadoras celetistas demonstram uma realidade menos abastada do que a vivida pelas servidoras públicas que possuem estabilidade, mais direitos e salários maiores. Neste ínterim, mulheres mais jovens também foram analisadas, uma vez que o maior número de grávidas observado no ano da pesquisa foi de mulheres jovens e elas tinham mais dificuldade em conseguir esse direito, conforme dados da PNAD (Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios) de 2017.

No tocante à primeira, enquanto algumas ocupações e vínculos, com carteira assinada, militar e servidor público, proporcionaram o acesso às licenças maternidade e paternidade a todos os seus integrantes, outras, sem carteira assinada e por conta própria, por exemplo, permitiram um alcance muito mais limitado. No que tange às duas últimas, a diferença na contribuição à previdência em relação à renda e ao nível de instrução mostrou-se imensa entre os estratos mais baixos e os mais altos. **Para completar esse quadro, a desigualdade racial fez-se perceptível na constatação de que os brancos têm percentual significativamente mais elevado do que os negros no recolhimento ao sistema de seguridade** (SORJ; FRAGA, 2022)

Portanto, resta evidenciado que embora a licença maternidade seja um benefício e que a Constituição preze e zele por isonomia, tendo a igualdade inclusive como objetivo a ser protegido pela República, na maioria das vezes a desigualdade é uma realidade dos beneficiários, de modo a aumentar a segregação entre sexos, faixas etárias, e níveis sociais. Logo, mudanças são necessárias para continuidade da proteção as mulheres sejam ela de qual classe for.

LICENÇAS MATERNIDADE, PATERNIDADE E ADOÇÃO

A licença maternidade é uma forma de proteção ao nascituro, bem como a mulher que acabou de passar por um processo biológico e psicológico grandioso que é gerar uma vida. Ele é concedido somente as trabalhadoras e seu principal requisito é a comprovação da carência mínima de 10 (dez) meses de contribuição para o contribuinte individual. Nesse sentido há isenção de carência para o empregado doméstico, a trabalhadora avulsa e no caso dos desempregados se exige a comprovação da manutenção da qualidade de segurado do INSS.

Este benefício também atinge mulheres vítimas de aborto não criminoso, do nascimento de filhos natimortos, ou seja, quando ao nascer não há respiração. Nos termos do artigo 93, parágrafo 5º do Regulamento da Previdência Social e 358 da IN128/2022.

Art.93.O salário-maternidade é devido à segurada da previdência social, durante cento e vinte dias, com início vinte e oito dias antes e término noventa e um dias depois do parto, podendo ser prorrogado na forma prevista no § 3º. §5º Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas.(BRASIL, 1999)

Art. 358. O salário-maternidade é devido durante 120 (cento e vinte) dias, a contar das seguintes ocorrências, consideradas para fixação da data de início do benefício:

I - parto, inclusive natimorto, podendo o início do benefício ser fixado na DATA caso o(a) segurado(a) tenha se afastado até 28 (vinte e oito) dias antes do nascimento da criança, exceto para os(as) segurados (as) em período de manutenção da qualidade de segurado para as quais o benefício será devido a partir do nascimento da criança; (BRA-SIL, 2022).

Nesse sentido, o prazo não é o mesmo para todas as ocasiões sendo que o aborto espontâneo somente dá causa a licença de 14 dias, enquanto caso no caso de nascimento de natimorto tem o direito a licença no mesmo prazo de parto de criança viva, logo, 120 (cento e vinte) dias. Além de meio para recuperação de processos biológicos esse benefício é a forma através da qual as adotantes utilizam para se adequar a nova realidade e criar vínculos com o novo integrante da família. Por isso a Constituição Federal traz nos artigos 226 e 227 termos de proteção a entidade familiar, bem como, sendo vedada a distinção entre filhos consanguíneos e adotados.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
227, §6º “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 1988).

Nesta linha de raciocínio, é por meio da Consolidação das Leis Trabalhistas que é discutido o direito a licença maternidade, paternidade e adoção, mas também questões relativas as condições de trabalho femininas, uma vez que essa diferenciação de funções e condições

não é fato da atualidade e se percebe desde os primórdios, conforme explicado pelos estudiosos Luana Pinheiro, Marcelo Galiza e Natália Fontoura, na obra *Novos Arranjos Familiares, Velhas Convenções Sociais de Gênero*, publicada em 2009. Para eles, os homens eram responsáveis por atividades como a caça e a pesca enquanto a mulher deveria colher frutos e posteriormente cultivar a terra, sendo que com o capitalismo há uma continuidade nesta segregação.

Com a chegada do capitalismo moderno, o trabalho da mulher foi um dos setores mais sacrificados da sociedade. Cresceram as profissões ditas femininas, desvalorizadas e sem prestígio: engomadeira, lava-deira, bordadeira. Trabalhavam como domésticas sem nenhuma lei que regulamentasse esse tipo de trabalho (Matos e Gitahy, 2007).

É possível depreender que há um liame entre proteção e exclusão que torna a mulher alvo, ou seja, com a desculpa de protegê-la e impor sobre ela uma fragilidade exacerbada, a sociedade acaba por manter a mulher à margem de direitos essenciais. Embora essa exclusão atualmente ocorra de forma menos explícita, uma vez que após muita luta as mulheres conseguiram direito ao voto, ao trabalho, a pleitear em juízo de forma autônoma, entre outros, ao analisar a licença maternidade pelo prazo de 4 (quatro) meses, e a paternidade pelo prazo de 5 (cinco) dias, demonstra clara a sobrecarregar da mulher que por meses terá que ser responsável por todos os cuidados inerentes a um ser humano recém-nascido. Essa análise também permite a compreensão de que as funções exercidas pela mulher possuem menos importância que o do homem pois ele somente pode se ausentar do seu posto por um curto período.

Os direitos dos pais são resguardados pela Constituição e CLT no que tange às relações de trabalho, além de reiterar a proteção dada à maternidade, paternidade e a família. O artigo 391 da Consolidação das Leis Trabalhistas que expõe o seguinte:

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 (BRASIL, 1943).

A decisão tomada durante o julgamento do Recurso Extraordinário RE 778889, que se tornou tema da repercussão geral nº. 782, foi responsável por equilibrar a licença maternidade que é concedida a mãe adotante e a biológica, de forma que se tornou ilegal que a licença

maternidade concedida a mães adotantes seja inferior a 120 dias. Percebe-se que essa igualdade tão lógica só foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, antes disso era comum que a licença fosse proporcional a idade da criança adotada. É importante ressaltar que este julgado é um caso de uma servidora pública, uma vez que, a CLT já tem artigo sobre o assunto.

Em contraponto, há o Marco Legal da Primeira Infância, disposto na Lei nº 13.257/2016, segundo o qual a presença paterna e o cuidado parental estão associados com o bom e saudável desenvolvimento emocional e cognitivo da criança. Ou seja, o governo brasileiro optou por seguir a grande maioria dos estados e tentou ampliar de uma forma muito branda, é claro, mas significativa permitindo esse afastamento dos pais para auxiliarem nos cuidados com a criança recém-chegada.

Apesar disso, pouco se sabe sobre estudos dos impactos ocasionados por essa mudança. Neste sentido os autores Sergio Almeida, Paula Pereda e Rafael Ferreira realizaram um estudo aprofundado sobre os impactos financeiros que poderiam ser ocasionados pela ampliação da licença paternidade no Brasil, utilizando dados também do PNAD os resultados foram os seguintes.

Os resultados indicam que a extensão da licença-paternidade para 20 dias tem baixo custo – cerca de R\$ 100 milhões por ano no cenário mais provável, o que representa 0,01% da arrecadação federal em 2014. Conquanto a magnitude dos benefícios seja ainda desconhecida no Brasil, os resultados sugerem que esse tipo de intervenção será provavelmente custo-efetiva (ALMEIDA, 2016).

Ou seja, desde a Constituição Federal regente as pessoas do sexo masculino que buscavam a licença paternidade tinham direito a apenas 5 dias de afastamento, contudo o marco legal da primeira infância cria a possibilidade de passar a ser de 20 dias, e conforme os estudos apresentados o cálculo desses valores não representa nem 0,01% da arrecadação federal, portanto não trazem perdas significativas a previdência social. Além disso, deixa a margem a possibilidade, inclusive de licenças mais longas, que preservem o desenvolvimento sadio do bebê e a presença da rede de apoio materna possibilitando então diminuir a sobrecarga imposta a mulher.

PROJETO DE LEI Nº 1974/21

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1974/2021, de autoria dos deputados Sâmia Bomfim e Glauber Braga, suas disposições preliminares influem sobre a

Parentalidade no Brasil e todos os direitos que dela decorrem. Atualmente ele aguarda a Designação de Relator na Comissão de Saúde, tendo sido aprovado pela Comissão de Trabalho em 14 de dezembro de 2022. Ainda necessita passar pelas comissões de Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), Comissão de Finanças e Tributação (CFT), Comissão de Saúde (CSAUDE).

Com o objetivo de deixar a análise ainda mais clara, foi considerado como parentalidade todo vínculo socioafetivo de características maternas ou paternas, por meio de adoção ou qualquer outro meio que resulte na aceitação do papel de guardião. Ou dito de outro modo, aquele que de fato assume obrigações legais de pai e/ou mãe e por isso está sujeito a responder legalmente por seus atos e dever de proteção.

Por conseguinte, esses Projetos de Lei buscam garantir a licença parental à aqueles que se tornam pais de uma criança, sendo que essa licença consiste em um afastamento obrigatório pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, ou seja, 60 (sessenta) dias a mais do que o prazo conferido na Consolidação da Leis Trabalhistas. É importante ressaltar que o marco inicial nesta hipótese é o nascimento do dependente para um dos beneficiários, mas no caso de parto a gestante terá a faculdade de antecipar o recebimento do benefício.

No Capítulo II do Projeto de Lei 1974/2021 estão dispostas as regulações referentes ao salário parentalidade, cuja duração é a mesma da licença, compreendido então por 180 (cento e oitenta) dias, e arcado pela Previdência Social. Além disso, o Projeto de Lei também sugere a mudança do título de proteção à maternidade para proteção a parentalidade, incluindo a seguinte redação no art. 392 da Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943, com a inclusão dos parágrafos 6º e 7º.

Art. 392. É obrigatória a concessão de licença parental remunerada de 180 (cento e oitenta) dias a partir do nascimento, adoção ou do fato gerador do direito à licença parental para cada pessoa de referência da criança ou do adolescente, limitada ao máximo de duas pessoas, sem prejuízo do emprego ou salário, para o desempenho da atividade parental.

§ 6º No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto e se estenderá por período igual ao de internação hospitalar do prematuro. § 7º Caso a pessoa gestante deseje iniciar o gozo da licença parental antes do parto, a outra pessoa de referência poderá optar por iniciar o gozo de sua licença parental a partir do parto.” (BRASIL, 2021)

Embora a legislação traga diversas mudanças que podem ser vistas como muito protetoras, ou inviáveis, ela traz normas já aplicadas em países como Canadá, Espanha, Suécia, Nova Zelândia, Islândia, Noruega entre outros. Um ponto importante a ser observado é que todos esses países gozam de PIB e qualidade de vida maiores do que o disposto no Brasil. A

Noruega está a frente do Brasil e acima da média nos quesitos “trabalho, equilíbrio vida-trabalho, educação, saúde, qualidade do meio ambiente, conexões sociais, engajamento cívico, segurança e satisfação com a vida”, conforme dados da OECD (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).

Os deputados que apresentaram o Projeto de Lei em análise, utilizam a Recomendação nº. 165, aprovada pela Organização Internacional do Trabalho, nos termos do item I do artigo 22 que impõe a possibilidade de que qualquer pai ou mãe deve poder gozar de um período sem a necessidade de se desfazer de seus empregos. Outrossim, com a extensão da licença para mais uma pessoa, além da titular, possivelmente um cônjuge, mas não se limitando a ele, o PL busca colaborar na implantação da rede de apoio para a mulher, que é normalmente a pessoa que fica responsável por esses cuidados e maior sobrecarga inerente a criação do bebê.

A relatora Fernanda Melchionna expõe que o projeto serve de marco importante para o combate a segregação e desigualdades de gêneros em razão de sua amplitude, uma vez que confere o benefício a duas pessoas responsáveis pelo recém chegado. Em seguimento a ideia da relatora, tem-se a posição da presidenta do IBDFAM-GO (Instituto Brasileiro de Direito de Família) que expõe sua opinião como estudiosa do assunto e acredita que a lei vem em respeito ao princípio da isonomia, ou seja, igualdade legal para todos, além de respeitar um convívio mínimo entre os responsáveis e o recém-chegado, uma vez que pode ser nascido ou adotado.

O projeto também põe a salvo aqueles que porventura vierem substituir os responsáveis ou genitores, pois a eles é assegurado o mesmo período disposto aos adotantes legais, ou seja, em razão da guarda legal já possuem esse benefício independentemente da genitora ter gozado dele.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E O DANO MORAL DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE

O Tribunal Superior do Trabalho possui jurisprudência uníssona quanto a alguns temas relacionados a licença maternidade. Um deles se refere a necessidade da indenização quando a empresa obrigar a empregada a trabalhar durante o período em que ela deveria estar gozando de licença maternidade, conforme julgado abaixo.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXIGÊNCIA DE TRABALHO NO PERÍODO DA LICENÇA-MATERNIDADE. O Tribunal Regional manteve a sentença em que se condenou a reclamada ao pagamento da indenização postulada pela reclamante. Afirmou a Corte a quo, mormente com

base na prova testemunhal, que a reclamada exigiu que a reclamante trabalhasse durante o período de sua licença-maternidade, o que constitui uma manifesta ofensa aos direitos da mulher e também prejudica o recém-nascido, além de contrariar o próprio interesse social na proteção dada a esses personagens no período pós-parto". O dano moral, diferentemente do dano patrimonial, prescinde de prova, pois, salvo outras consequências, não se reflete externamente, motivo pelo qual, presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil da empresa (nexo de causalidade e culpa), é possível a reparação pelo dano moral sofrido. Na hipótese, o dano sofrido pela autora é in re ipsa, ou seja, presume-se, sendo desnecessário qualquer tipo de prova para demonstrar o abalo moral decorrente de sua dor e sofrimento. Ademais, esta Corte, em casos semelhantes, já decidiu que configura dano moral a exigência de labor da empregada enquanto em curso a licença-maternidade. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-64600-13.2009.5.01.0341, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 27/04/2017)

No caso em tela uma empresa de móveis planejados fora condenada por obrigar uma vendedora a trabalhar durante sua licença maternidade. Os acionamentos para trabalho ocorriam via telefone por ligações e aplicativos demensagens, sendo que, normalmente era para que ela resolvesse questões da filial enquanto a empregadora estivesse viajando. Embora a 3ª Vara do Trabalho de Chapecó tenha entendido ser devida a indenização, o Tribunal Regional da 12ª Região de Santa Catarina entendeu pela inviabilidade por ausência de abalo perante a sociedade além de não afetação da sua integridade física e moral. Todavia, o Tribunal entende que por ser um direito constitucionalmente reconhecido somente o fato de a empregada efetivamente ser acionada e pela relação de subordinação acabar ir trabalhando faz jus ao recebimento de indenização por danos morais.

Este tribunal superior também tem jurisprudências no sentido do cabimento de danos morais pela exigência do retorno antecipado daquelas que gozam de licença-maternidade, conforme ARR-2235-33.2011.5.03.0005, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 05/05/2017, no qual o empregador seria um clube que acionou a empregada para retornar ao labor antes do término de sua licença maternidade e neste caso, observada a sua particularidade a indenização foi no montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Outrossim, a redução salarial da empregada que se encontra em estado gravídico também já é caso de jurisprudência uníssona do TST, uma vez que a gestante e a mãe que retorna da licença maternidade goza de certa estabilidade que impede o empregador de demiti-la sem justa causa.

“(…) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXIGÊNCIA DE TRABALHO DURANTE A LICENÇA-MATERNIDADE. REDUÇÃO SALARIAL ILÍCITA. OFENSA À DIGNIDADE DA TRABALHADORA.

(…) bem como "teve a sua carga horária reduzida, de forma ilícita, para apenas 4 horas-aula semanal, em agosto/2009, em pleno estado

gravídico". Consta do acórdão recorrido que "a testemunha Rodrigo França, que substituiu a autora durante a licença maternidade, declarou a este Juízo que durante o afastamento da reclamante, o depoente chegou a ir diversas vezes à sua casa, para receber orientações e resolver pendências do curso". Nesse contexto, diante da exigência de labor no período de afastamento **e da redução salarial injustificada e ilícita, ficou evidenciada a ofensa aos direitos personalíssimos da reclamante, mormente à sua dignidade, motivo pelo qual deve a empregadora responder pelo pagamento da indenização compensatória respectiva.** Agravo de instrumento desprovido. VALOR ARBITRADO À REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE (...) (AIRR-1776-05.2011.5.03.0143, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 01/03/2019).

Portanto, o TST entendeu ser devida a indenização uma vez que a empregadora violou diversos direitos da empregada, chamando-a para retornar ao trabalho antes do fim da licença, bem como, reduzindo sua carga horária e salário durante o estado gravídico, o que desrespeita a estabilidade conferida às gestantes.

CONCLUSÃO

O princípio da isonomia se subdivide entre isonomia de gênero, profissional e tributária. A licença maternidade na forma em que se encontra acaba por feri-lo em suas formas de gênero pois fomenta a desigualdade entre homens e mulheres, além de deixar subentendido que o homem exerce funções de maior importância.

Por este motivo, resta evidenciado que ao analisar a Consolidação das Leis do Trabalho, que a licença maternidade não é isonômica quanto aos seus beneficiários, pois enquanto algumas pessoas auferem 180 (cento e oitenta) dias de licença maternidade, outras pessoas gozam apenas de 120 (cento e vinte) dias. Aliás, esse último prazo vai contra as próprias indicações do Ministério da Saúde brasileiro que estimula a amamentação exclusiva até os 6 meses de vida do bebê.

Outra fonte de segregação quanto a licença parental pode ser observada quando comparada a licença parental do casal, ou seja, um casal heterossexual que passa por uma gestação, quando ocorre o parto ao pai é dado o prazo de 05 (cinco) a 20 dias conforme o marco Legal da Primeira Infância, a CLT e o programa Empresa Cidadã, enquanto para a mulher este prazo será entre 120 a 180 dias. Logo, há dois apontamentos a serem feitos, o primeiro é que a função do homem é mais valorizada para o mercado de trabalho, pois seu afastamento do trabalho deve ser rápido; segundo, reforça que não é sua função auxiliar nos cuidados com recém-nascido. Importante mencionar que esse comportamento fortalece a ideia de que a mulher deverá cuidar

daquela criança de forma exclusiva, pois a suposta rede de apoio, que seria o seu cônjuge, teria o prazo de poucos dias de licença, o que colabora para a sobrecarga psicológica e física da mulher.

Todavia, quanto mais novas são as leis sobre esse assunto, menos sexistas elas se apontam. Um importante exemplo são as normativas referentes a adoção, onde os adotantes podem escolher entre eles qual gozará da licença de 120 dias e qual irá gozar da licença de 5 dias, o que por si só enseja uma ideia menos engessada e reconhece que a função de cuidar não é exclusiva da mulher, podendo consistir em uma deliberação conjunta do núcleo familiar.

Em virtude de leis tão antigas e engessadas que surge o novo Projeto de Lei nº 1974/2021 que trata da licença parental, uma tentativa de conceder ao casal, independentemente do sexo, a licença obrigatória e remunerada de 180 dias, modificando assim o Regulamento da Previdência Social e a Consolidação das Leis Trabalhistas, atingindo também os adotantes e as genitoras de natimortos. Embora, aparente ser uma grande mudança, sem precedentes esse já o modelo de países mais desenvolvidos que o Brasil, que entendem a necessidade da licença e da ponderação da sobrecarga pela qual a mulher está submetida, ainda que quanto pior forem os direitos das mulheres que decidem ter filhos menor é a taxa de natalidade do país. É importante frisar que tal projeto ainda está em fase de tramitação e não passou por todas as comissões na Câmara dos Deputados. Além disso carece de estudos quanto a aos gastos decorrentes dele, em razão de que quando ocorre a ausência de um funcionário por tão longo período os gastos são duplos a empresa possivelmente deve repor um funcionário para aquelas funções e a previdência arcar com o salário parental.

Portanto, ao fazer o contraponto entre uma lei antiga como a Consolidação das Leis Trabalhistas que é do ano de 1943, entre a Constituição Federal vigente datada do ano de 1980, posteriormente do Marco Civil da primeira infância, Lei nº 13.257, do Programa Governamental Empresa Cidadã e por fim do Projeto de Lei 1974/2021, é claro o avanço histórico da proteção à licença parental. Embora de forma mais lenta do que a esperada, este avanço é importante na medida em que diminui a segregação entre homens e mulheres, e, principalmente tenta proteger direitos daqueles que não conseguem se expressar e nem lutar por eles, ou seja, as crianças e dos adolescentes. É evidente que são passos curtos e muito distantes de países de primeiro mundo que zelam por saúde física e mental e pelo desenvolvimento infantil em primeiro lugar, mas já são passos visíveis que futuramente farão toda diferença no desenvolvimento infantil e no restabelecimento das famílias que recebem esses novos integrantes.

REFERÊNCIAS

AIRR-1000740-26.2016.5.02.0251, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 28/06/2019.

AIRR-1776-05.2011.5.03.0143, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 01/03/2019.

AIRR-64600-13.2009.5.01.0341, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 27/04/2017.

Almeida S, Pereda P, Ferreira R. **Custos da ampliação da licença-paternidade no Brasil**. Rev bras estud popul [Internet]. 2016Sep;33(3):495–516. Available from: <https://doi.org/10.20947/S0102-30982016c0003>.

ARR-2235-33.2011.5.03.0005, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 05/05/2017.

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **Projeto de lei cria “licença parental” e concede mesmo benefício para mães e pais; especialista comenta**. IBDFAM, 23 de setembro de 2021. Disponível em: IBDFAM: Projeto de lei cria “licença parental” e concede mesmo benefício para mães e pais; especialista comenta. Acesso em: 23 de maio de 2023.

BRASIL, **Recurso Extraordinário 778889**. Relator Min. Roberto Barroso. Publicado em 1º de agosto de 2016. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782.jus.br>). Acesso em: 03 de junho de 2023.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº. 423 (Nov 12,1935). **Convencção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto**. [acesso em 12/06/2016]. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234869/lang-pt/index.htm. Acesso em 14 Maio 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1974 de 26 de maio de 2021**. Dispõe sobre o instituto da Parentalidade em todo Território Nacional e altera as Leis 5.452, de 1º de Maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), 8112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores), 8212/1991 (Lei Orgânica da Seguridade Social), 8213/1991 (Regime Geral da Previdência Social) e 11770/2008 (Empresa Cidadã). Disponível em: Projeto de Lei do Senado nº 224 de 2013 (camara.leg.br). Acesso em 02 de maio de 2023.

Brasil. Ministério da Saúde. **aleitamento materno e alimentação complementar / Ministério da Saúde**, Secretaria de Atenção à Saúde, Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/saude-da-crianca/publicacoes/saude-da-crianca-aleitamento-materno-e-alimentacao-complementar/viewwww.gov.br>), Acesso em: 03 de junho de 2023.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1943.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008. **Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal**, e altera a Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, 2008.

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

CARVALHO, S. S. D. **Os efeitos da licença maternidade sobre salário e empregada mulher no Brasil**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005.

DA SILVA GONCALVES, Maria Célia. O uso da metodologia qualitativa na construção do conhecimento científico. **Ciênc. cogn.**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 199-203, mar. 2007.

Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-58212007000100018&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 maio 2022

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Saúde 2019: informações sobre domicílios, acesso e utilização dos serviços de saúde. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101748.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2023.

LELIS, Mariana Nascimento Santana; SILVA, Sabrina Xavier da. A multiparentalidade: necessidade e desafios. **Direito em Revista**, [S.l.], v. 7, p. jan./dez. 2022. ISSN 2178-0390. Disponível em: <link>. DOI: 10.5281/zenodo.7497089. Acesso em: 11 jul. 2023.

LELIS, Mariana Nascimento Santana. Os 33 anos da Constituição Federal e a manutenção da (des)igualdade. **Humanidades & Tecnologia (FINOM)**, [S.l.], v. 34, p. abr./jun. 2022. ISSN 1809-1628. Disponível em: <http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/2270/1557>. DOI: 10.5281/zenodo.6419495. Acesso em: 05 maio 2023.

MONTEIRO, Fernanda R. et al. **Influência da licença-maternidade sobre amamentação exclusiva**. *Jornal de Pediatria* [online]. 2017, v. 93, n. 5., pp. 475-481. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jped.2016.11.016>. Acesso em 22 Maio 2023.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 3, de 1919. **Convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto (proteção à maternidade)**. Washington, DC: OIT, 1919.

PINHEIRO, L.; GALIZA, M.; FONTOURA, N. **Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões**. *Revista Estudos Feministas*, v. 17, n. 3, p. 851-859, 2009.

Processo: AIRR - 175-13.2010.5.09.0084 Data de Julgamento: 03/12/2013, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/12/2013.

SORJ, B., & Fraga, A. B.. (2022). **Licenças maternidade e paternidade no Brasil: direitos e desigualdades sociais**. *Revista Brasileira De Estudos De População*, 39,e0193. Disponível em: <https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0193>. Acesso em 22 Maio 2023.

PITORRA, Elienay Ferreira; LELIS, Mariana Nascimento Santana. "Prova ilícita" no Direito de Família: análise, discussões e possibilidades de sua aceitação. **Direito em Revista**, [S.l.], v. 6, p. jan./dez. 2021. ISSN 2178-0390. Disponível em: <http://revistas.icesp.br/index.php/DIR_REV/article/view/2121/1803>. Acesso em: 05 maio

2023.

TRT da 2ª Região; **Processo: 1000973-33.2022.5.02.0018**; Data: 20-04-2023; Órgão
Julgador: 18ª Turma - Cadeira 1 - 18ª Turma; Relator(a): RILMA APARECIDA
HEMETERIO.

TST-RR-749-57.2011.5.08.0010, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DEJT
de 5/4/2013.