

CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO CAMILO – ES
Curso de Bacharelado em Direito

Rejane Porcino Silva

**DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LICENÇA-
MATERNIDADE AO PAI NOS CASOS DE FALECIMENTO OU
IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO PELA MÃE.**

Cachoeiro de Itapemirim
2013

Rejane Porcino Silva

**DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LICENÇA-
MATERNIDADE AO PAI NOS CASOS DE FALECIMENTO OU
IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO PELA MÃE.**

Trabalho de Conclusão de Curso (monografia), apresentado perante banca examinadora do Curso de Direito, do Centro Universitário São Camilo, como exigência parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Nilton Costa Filho

**Cachoeiro de Itapemirim
2013**

Rejane Porcino Silva

**DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LICENÇA-
MATERNIDADE AO PAI NOS CASOS DE FALECIMENTO OU
IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO PELA MÃE.**

Cachoeiro de Itapemirim, 08 de Novembro de 2013

Professor Orientador: Nilton Costa Filho

Professor Examinador:

Professor Examinador:

Dedico este trabalho a Deus que me iluminou e renovou minhas forças nesta jornada de cinco anos, pois sem a fé que tenho n'Ele nada seria possível, e a minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus por me permitir alcançar mais esta vitória, por me sustentar, auxiliar e principalmente nas horas difíceis me fazer acreditar que todo sacrifício valeria a pena; ao meu pai JONAS, pelo exemplo de caráter, dignidade, humildade e por sempre acreditar que se pode mais; a minha mãe, ROSANGELA, pelas orações, pela torcida, pelo exemplo de dedicação aos estudos e valiosos conselhos; aos meus irmãos REGGES e RENATA, pelo companheirismo e pela torcida; ao tio ÉZIO, pelo exemplo profissional e de sabedoria; à tia LUIZA por acreditar que este projeto se tornaria real; aos primos, tios, avós, pelas orações e torcida; aos meus amigos de longa data: ALINE, JACQUELINE, JÉSSICA e JOÃO VITOR, por serem pessoas tão especiais na minha vida; às queridas amigas desses cinco anos que levarei para o resto da vida: CARLA, CAROL, BRUINHARA, NAYANE e RHÚBRIA, obrigada por tornarem essa caminhada mais leve; ao meu grande amigo LUCAS, por estar ao meu lado nestes cinco longos anos, em todos os momentos, multiplicando conhecimento; aos amigos da SEMFA, em especial, a minha segunda mãe LUZIA MARGARETE, por toda a torcida; aos amigos da JUCEES, pelo aprendizado de vida; aos amigos do MPE, em especial, ao Dr. FLÁVIO GUIMARÃES TANNURI, por me proporcionar a certeza de que escolhi a profissão certa, cada dia me apaixonando pelo Direito e por ter sido além de um chefe, um grande exemplo; aos amigos do MPT, em especial, à LUANA MANTUAN, por agüentar as constantes dúvidas, compartilhando seu vasto conhecimento jurídico; às amigas KAMILLA SARTI e LAYANE MOULIN, pelo exemplo de superação e força de vontade; à amiga LORENA, por mesmo a distância, torcer pela concretização deste sonho; aos amigos FELIPE SANT'ANNA e WILLIAN VIEIRA, por compartilharem seu conhecimento jurídico; a todos aqueles que mesmo a distância expressaram seu apoio; aos mestres, em especial, à professora ELISSANDRA MENDONÇA, por compartilhar seus conhecimentos e pelo exemplo de amor a profissão nos revelar que tudo o que se faz por amor vale a pena; ao meu querido orientador e professor NILTON COSTA FILHO, por proporcionar e auxiliar a conclusão desta etapa. A todos meus sinceros agradecimentos!

“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em procurar novas paisagens, mas em ter novos olhos”.

(Marcel Proust)

SILVA, Rejane Porcino. **Da possibilidade de concessão de licença-maternidade ao pai nos casos de falecimento ou impossibilidade de fruição pela mãe.** 74 fls. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário São Camilo, Espírito Santo, 2013.

RESUMO

O Estado deve proteger o mercado de trabalho feminino assegurando meios que evitem a discriminação de tal mão de obra. Dentre as peculiaridades femininas que merecem destaque é a maternidade, em virtude de ser este um período de fragilidade da mulher. Com essa visão, o legislador determina que sejam assegurados às mulheres direitos como o afastamento da atividade laborativa, estabilidade de emprego e ausência de prejuízos no que tange ao salário. Sendo assim, verifica-se que há a preocupação estatal tanto com a gestante quanto com o recém-nascido. Muito embora o contato com a mãe seja importantíssimo, a tutela do direito paterno de estar presente com a sua prole é mitigada, em virtude da ausência de regulamentação do direito a licença-paternidade. Logo, a ausência de legislação específica, no que tange a impossibilidade de fruição pela mãe, retira do pai o direito a paternidade responsável esculpida no texto constitucional, e implica no menor contato do pai com seu filho. O tempo concedido a título de licença-paternidade é curto (apenas 5 dias), sendo insuficiente para o fortalecimento de laços afetivos bem como a realização dos cuidados iniciais com essa nova vida. A novíssima lei nº 12.873/2013 regulamentou a possibilidade da fruição da licença-maternidade pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, contudo é omissa nos casos em que, embora com vida, a mãe não possa realizar os cuidados com o recém-nascido.

Palavras-chave: maternidade, paternidade responsável, família, salário-maternidade, licença-maternidade, falecimento ou impossibilidade da mãe, fruição de licença-maternidade por homem, bem-estar do recém-nascido.

SILVA, Rejane Porcino. **The possibility of granting maternity leave to the father in cases of death or inability to fruition by the mother.** 74 fls. Monograph (Bachelor of Law) – Centro Universitário São Camilo, Espírito Santo, 2013.

ABSTRACT

The State shall protect the female labor market means ensuring that prevent discrimination in such work. Among the peculiarities of female worth mentioning is motherhood, due to this being a period of weakness of women. With this view, the legislature determines that the rights of women are respected as the remoteness of the work activity, job stability and the absence of losses in relation to earnings. Thus, it appears that there is concern about the state as much as pregnant with the newborn. Although the contact with the mother is important, the paternal protection of the right to be present with their children is attenuated due to the lack of regulation of the right to paternity leave. Therefore, the absence of specific legislation, about the impossibility of enjoyment by the mother, the father removes the right to responsible parenthood carved in the constitutional text, and includes the lower contact of the father with his son. The time granted for paternity leave is short (only 5 days), being insufficient to strengthen the emotional ties as well as the completion of initial treatment with this new life. Brand-new Law N°. 12.873/2013 regulated the possibility of taking maternity leave for the spouse or survivor, but is silent in cases where, although alive, the mother can not perform newborn care.

Keywords: maternity, responsible parenthood, family, maternity pay, maternity, death or incapacity of the mother, the joy of maternity leave for men, well-being of the newborn.

SUMÁRIO

RESUMO	
ABSTRACT	
1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVE HISTÓRICO DO TRABALHO DA MULHER E DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE	12
3 DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL	17
4 DO DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE.....	21
4.1 Definição	21
4.2 Destinatárias da tutela legal	21
4.3 Duração da licença.....	22
4.4 Finalidade da concessão	28
4.5 Estabilidade provisória, dispensa e reintegração	29
4.6 Suspensão ou interrupção do contrato de trabalho?	31
5 DA LICENÇA-PATERNIDADE: DEFINIÇÃO E DURAÇÃO	34
6 SALÁRIO-MATERNIDADE.....	36
6.1 Previsão Constitucional e Infraconstitucional	37
6.1.1 Carência – período prévio necessário à concessão da condição de beneficiária	38
6.1.2 Beneficiárias.....	41
6.1.3 Duração do benefício	41
6.1.4 Do pagamento	42
6.1.5 Da prescrição	44
6.1.6 Extensão do benefício – Lei nº 11.770/2008 (Empresa Cidadã)	46
7 DA CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI EM VIRTUDE DO FALECIMENTO DA MÃE OU IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO	48
8 DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.....	56
9 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	62
ANEXOS	68

1 INTRODUÇÃO

Socialmente, desde a formação das sociedades, a mulher é vista como referência familiar, sendo a esta incumbida o dever de cuidar da prole e do núcleo familiar.

Com a inserção da mão de obra feminina no mercado de trabalho esta, por questões sociais, foi tida como inferior à mão de obra masculina, discriminação esta que é presente em nossa sociedade até os dias atuais.

Visando a promoção de medidas que assegurem a isonomia preconizada no texto constitucional, e atentando-se, o legislador, as peculiaridades do trabalho feminino, fora promulgadas normas que protegem e incentivam o labor feminino.

O Capítulo II da Constituição Brasileira de 1988 elenca o rol de direitos sociais assegurados a todos os brasileiros. Dentre esses diversos direitos abordar-se neste trabalho a proteção à maternidade dada pelo Constituinte e pelo legislador ordinário.

No ramo de direitos sociais, o Legislador Brasileiro dedicou um maior interesse à maternidade, em virtude de ser esta o princípio da família – entidade tida como célula-mãe do Estado –, fazendo incluir no texto Constitucional e infraconstitucional, medidas que visam garantir a proteção da gestante e da criança e, ao Estado cumpre promover melhores condições a fim de assegurar uma boa gestação tanto para a gestante quanto ao nascituro.

Essa visão protecionista também se refletiu na seara trabalhista, traduzindo-se nas medidas de proteção do trabalho da gestante, como por exemplo, a estabilidade empregatícia e o auxílio previdenciário.

O bem-estar do recém-nascido também é um dos objetivos da nossa Constituição, e é certo que a presença de mãe nos meses iniciais acarreta tanto para a criança quanto para mãe benefícios fisiológicos e psicossociais servindo assim de meio de aproximação entre ambos.

Sob essa ótica, entendeu o Legislador originário que à mãe que exerce atividade obreira deveria ser destinada o período mínimo de 120 (cento e vinte) dias objetivando-se que a mãe possa dedicar-se ao recém-nascido e recuperar-se do parto, claramente tendo por fim o estreitamento do vínculo

sócio-afetivo entre mãe e filho.

Diante desta vertente percebe-se que há a intenção legislativa de fortalecer os laços da unidade familiar, efetivando, portanto a proteção a tal entidade.

Seguindo essa linha de fortalecimento dos laços familiares, ao pai, com o intuito de estabelecer um período de contato com o recém-nascido, também é deferido um lapso temporal para um primeiro contato com o recém-nascido sem prejuízo de seus vencimentos. É a chamada licença-paternidade.

Embora esse período para a formação de laços afetivos com o pai seja tão necessário quanto para a mãe, o período concedido ao pai é abruptamente menor que aquele concedido a mãe.

Muito além de tratar-se do direito do pai ou da mãe, deve-se tutelar primordialmente o direito do recém-nascido de ser assistido por seus genitores, com o objetivo inicial de atrelar e devolver os vínculos sócio-afetivos.

Contudo, no caso da ocorrência do falecimento da mãe ou sua impossibilidade, a tutela protetiva quista pela lei, torna-se inicialmente ineficaz em virtude de o sujeito responsável pela fruição de tal benefício, não mais existir ou restar impossibilitado.

Deste modo, considerando que em nosso ordenamento jurídico a equidade de direitos, bem como a ponderações de direitos também deve ser utilizado como forma efetivar a tutela jurisdicional.

Considerando ainda que, o pai também possui o direito de dedicar-se a sua prole e fortalecer, de igual modo, os laços afetivos deve-se, portanto, a comunidade jurídica discutir as hipóteses de fruição de tal direito por homens em casos excepcionais.

Tal possibilidade é abordada na novíssima Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013, e ante a sua relevância serão abordadas as suas consequências no ordenamento jurídico e eventuais reflexos na atual atividade obreira.

2 BREVE HISTÓRICO DO TRABALHO DA MULHER E DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

Embora não seja a história uma disciplina jurídica, de acordo com Cante Romano, ela permite-nos entender e fornece critérios para a interpretação do atual ordenamento jurídico.¹

Para a compreensão da proteção dada à maternidade, faz-se necessária uma retrospectiva histórica no que tange a inserção da força feminina no mercado de trabalho, partindo das normas de proteção e medidas anti-discriminatórias.

Registra a história que, a legislação de forma geral, ao longo do tempo, sempre colocou os dois sexos em condições de desigualdade jurídica, desigualdade esta em desfavor da mulher². Esta situação levou o “sexo frágil” à luta pela igualdade jurídica.

Neste sentido leciona Ribeiro:

A história registra e a evolução dos povos comprova que a lei, por muito tempo, sempre colocou os dois sexos em condições de desigualdade jurídica, desfavoravelmente à mulher. Em posição de dependência e subordinação, a mulher foi obrigada a lutar por sua emancipação e afirmação social.³

No que tange as questões econômicas, em virtude da predominância da sociedade paternalista à mulher era destinada a vida doméstica, onde seu trabalho limitava-se à família ou ao grupo familiar, trabalho este que era considerado secundário e por conseqüência desprezado.⁴

Brilhantemente, o historiador grego Xenofonte citado por Vicente nos permite conhecer o modo de vida das mulheres na Grécia Antiga, vejamos:

1 CANTE Romano *apud* BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.16

2 THOME, Candy Florencio. **Direitos de Conciliação entre o trabalho e família. Licença-maternidade e Licença-paternidade**. São Paulo: Ltr, 2009, p.15.

3 RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Salário-Maternidade à Luz da Proteção Previdenciária**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 18

4 *Ibid.*, p. 18

Os Deuses criaram a mulher para as funções domésticas, o homem para todas as outras. Os Deuses a puseram nos sérios caseiros, porque ela suporta menos em o frio, o calor e a guerra. As mulheres que ficam em casa são honestas e as que vagueiam pelas ruas são desonestas.⁵

Já na Idade Média, a posição da mulher continuava a mesma, ou seja, posição submissa. A esta era atribuída à agricultura como principal atividade, seguida pelas atividades de tapeçaria, ourivesaria e fabricação de roupas. Não havia autonomia nas corporações de ofício, além de sempre haver um homem que as vigiavam.⁶

Em virtude destas habilidades e, considerando a expansão industrial, a mão de obra feminina passou a ser utilizada na indústria, o que lhes ofereceu a possibilidade de obter salário que ajudasse na economia doméstica.

No Renascimento houve um movimento contrário. As mulheres que até então desenvolviam atividades com seda, metais preciosos, cervejas e velas, foram levadas a abandonar as atividades. Tal fenômeno se deu por conta da miséria que expulsou os homens do campo para a cidade, levando-os a ocupar os lugares até então ocupados por mulheres.

Já no século XVIII, com a substituição da mão de obra humana pelas máquinas – a chamada Revolução Industrial –, houve uma profunda mudança no mercado de trabalho. Crianças e mulheres, conhecidas como “meias-forças”, passaram a concorrer com a mão de obra masculina no trabalho em fábricas.⁷

O trabalho desenvolvido por crianças e mulheres era desumano. Longas jornadas aliadas a condições precárias levavam várias trabalhadoras a óbito. Quanto à jornada e suas conseqüências para as mulheres, Melo afirma que a jornada de trabalho das mulheres era de dezessete horas por dia. No verão, começava às três horas da manhã e estendia-se até a noite; no inverno, ia das cinco horas da manhã às onze horas da noite. Por essa razão, muitas mulheres morriam de tuberculose. Além das jornadas excessivas, a diferença salarial era

5 XENOFONTE *apud* VICENTE, Sabino Júnior. **A emancipação sócio-jurídica da mulher.** São Paulo: Juriscredi, [1900?], p. 248

6 RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Op cit.*, p.18

7 *Ibid.*, p. 19

gritante.⁸

Já no século XX, no Brasil, embora a jornada também continuasse exaustiva a Constituição de 1934⁹, já trazia timidamente normas para a promoção da proteção do trabalho, a saber: a proibição de diferença salarial em trabalho de igual valor, por motivo de sexo (Art. 121, §1º, a); proibição ao trabalho feminino noturno (Art. 121, §1º, c); previsão de descanso pré e pós-parto à gestante (Art. 121, §1º, h c/c o Decreto 21.417-A¹⁰); proibição da dispensa pelo simples fato de estar grávida (Art. 121, §, g).

Também no ano de 1934, duas convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de grande relevância para o trabalho da mulher foram ratificadas pelo Brasil, a saber: Convenção nº 4, relativa ao trabalho noturno das mulheres e Convenção nº 3, que disciplina normas relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade).

Já em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – Decreto Lei 5.452/1943¹¹, em seus artigos 391 e 392, passou a proteger a maternidade expressamente, vejamos:

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.

Art. 392 – É proibido o trabalho da mulher grávida no período de 4 semanas antes e 8 semanas depois do parto. (Redação Original)

Esta última reflete a nova preocupação do Estado em assumir a

8 MELO, Floro de Araújo. **Trabalho da Mulher na História**. Revista LTr de Legislação do Trabalho e Previdência Social. São Paulo: LTr, 1980, p.21.

9 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 19 set. 2013.

10 BRASIL. **Decreto nº 21.417, de 17 de maio de 1932**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>> Acesso em: 28 ago. 2013

11 BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 ago. 2013

responsabilidade pela proteção da maternidade.

Por sua vez, a Constituição Brasileira de 1946¹², no Título dedicado à Ordem Econômica e Social, artigo 157 e incisos¹³, assegurou direitos às mulheres como: isonomia, licença-maternidade, assistência médica a gestantes, dentre outros.

A Constituição de 1967¹⁴ foi inovadora ao prever a aposentadoria da mulher aos trinta anos de trabalho, com salário integral, além de reafirmar os direitos até então conquistados.

No entanto, foi a partir da Constituição de 1988 que a gestante trabalhadora teve direito à licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo de seu salário e emprego.

Há que se ressaltar que, a proteção à maternidade não se limitou a previsão da duração da licença-maternidade, mas estendeu-se ao direito de consultas e exames pré-natais sem prejuízo do salário; transferência em caso de labor em locais prejudiciais à gestação e a estabilidade provisória (Artigo 10, II, b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).¹⁵

Seguindo esta tendência legislativa a Convenção da OIT nº 183, de 1999, estendeu para 14 (catorze) semanas o descanso para a empregada gestante, podendo ser prorrogado no caso de complicações no parto. Tal Convenção não foi ratificada pelo Brasil em virtude da norma nacional já ser mais benéfica para a trabalhadora.

A edição da Lei 10.421/2002¹⁶, que conferiu à mãe adotante o direito de

12 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso em: 19 set. 2013.

13 *Ibid.*, art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores: II – proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; X – direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; XIV – assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva ao trabalhador e à gestante.

14 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm#art189> Acesso em: 19 set. 2013.

15 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Atos das Disposições Constitucionais, art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: [...] II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

16 BRASIL. **Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002.** Estende à mãe adotiva o direito à licença-

usufruir da licença-maternidade, e da Lei 11.770/2008¹⁷, que instituiu o Projeto Empresa Cidadã, onde as empresas cadastradas, mediante solicitação da interessada pode prorrogar em até 60 (sessenta) dias a duração da licença, foi mais um marco na proteção da maternidade.

A questão da proteção da maternidade vem ganhando além do status fisiológico, um status social, onde é valorizado não somente o descanso físico da mãe, mas também a interação criança-mãe. Neste sentido Rochadel afirma:

[...] No que concerne à proteção à maternidade, as medidas legais tem um objetivo de caráter social, uma vez que, ao proteger a maternidade está-se preservando a mãe e mulher trabalhadora, estimulando e mantendo a mulher empregada. Assim, conserva-se as forças vitais da mulher (necessárias ao perfeito exercício profissional) e permite que ela cumpra normalmente com as funções maternas.¹⁸

Logo, verifica-se que o Estado vem caminhando em busca da efetivação do sistema de proteção à maternidade, e com isso fortalecendo e protegendo o trabalho da mulher.

Destaca-se a edição da Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013, que alterou os regramentos quanto à concessão da licença-maternidade e do salário-maternidade, para a adoção ou guarda realizada isoladamente por homens e àquelas realizadas por pessoas do mesmo sexo, além de regular, coincidentemente, parte da temática deste trabalho, qual seja a possibilidade da fruição da licença-maternidade, pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente em casos de morte da mãe.

maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm> Acesso em: 16 set. 2013

17 BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm> Acesso em: 20 set. 2013.

18 ROCHADEL, Greicy Mandelli Moreira. História do trabalho da mulher. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3898>. Acesso em: 19 ago. 2013.

3 DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL

Também conhecido com princípio da igualdade, a isonomia é expressamente consagrada no texto constitucional no *caput* do artigo 5º onde é asseverado que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”¹⁹. Ademais, o texto constitucional prescreve a desigualdade formal, entre os desiguais, de maneira a promover uma igualdade material. Em outras palavras, o Legislador Constituinte com o fito de promover a igualdade promove uma desigualdade aparente a fim de equilibrar as relações jurídicas.

O termo igualdade é definido no dicionário Aurélio como “Qualidade ou estado de igual”²⁰. A partir dessa concepção podemos concluir que a Constituinte previu que as relações existentes no Estado Brasileiro deveriam se nortear pela igualdade de deveres entre todos os cidadãos respeitados, obviamente, as desigualdades peculiares.

Conforme as palavras de Paulo e Alexandrino, o princípio da igualdade é a determinação para que haja por parte do Estado um tratamento igual para todos os cidadãos, respeitado as desigualdades, vejamos:

O princípio da igualdade determina que seja dado tratamento o igual aos que se encontram em situações equivalentes e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ele obriga tanto o legislador quanto o aplicador da lei.²¹

Ressalta-se que, o princípio da isonomia não veda a edição de normas que estabeleçam tratamento diferenciado, mas determina que se respeitem as distinções de grupo, sexo, profissão e etc.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a lei não deve ser utilizada como forma de criar privilégios, mas sim efetivar a igualdade material, senão vejamos:

19 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 30 ago. 13

20 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2000, p.372
21 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2010, p. 115

[...] não deve, assim, ser a lei reduto de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida em sociedade que necessita tratar de forma paritária todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e disciplinado pelos 3 textos constitucionais em geral, ou de todo modo incorporado pelos sistemas normativos vigentes.²²

Neste mesmo sentido leciona Pinto Ferreira ao afirmar que “A igualdade diante da lei procurou tornar inexistentes os privilégios entre os homens por motivo de crença, nascimento ou educação.”²³

Conclui-se, portanto, que a isonomia que foi buscada pelo legislador é aquela apta a extirpar privilégios e criar igualdade de condições entre os cidadãos em condições semelhantes.

No que tange especialmente a isonomia entre homens e mulheres, assevera o inciso I do artigo 5º da CRFB/88 que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” positivando assim a igualdade formal entre os sexos.

Objetivando operacionalizar essa igualdade, a legislação constitucional e infraconstitucional elenca algumas diferenças de tratamento entre homens e mulheres, a saber: prerrogativa de foro nas ações de separação e divórcio (Artigo 100, I,²⁴, da Lei 5860/1973 – Código de Processo Civil), aposentadoria com tempo menor de contribuição (Artigo 40, III, a²⁵, da CRFB/1988), isenção, em tempo de paz, do cumprimento do serviço militar obrigatório (Art. 143, §2º²⁶, da CRFB/1988). Tais diferenças visam garantir que homens e mulher exerçam

22 MELO, Celso Antonio Bandeira de Melo *apud* SOUZA, Livio Augusto Rodrigues de Souza e. **O princípio constitucional da isonomia – conteúdo e aplicação**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BFBC143915-ACA6-4147-9CE4-FD6393548565%7D_010.pdf> Acesso em: 30 ago. 2013.

23 FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 127

24 BRASIL. **Lei nº 5.860, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil**, art. 100. É competente o foro: I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento

25 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 40. [...] III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98) a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher.

26 *Ibid.*, art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. [...] § 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

os direitos e obrigações de forma equitativa e igualitária

Nesta mesma esteira, no que tange as obrigações e direitos, assevera o Constituinte que, os direitos e deveres na sociedade conjugal são iguais para homens e mulheres²⁷ e atribui a ambos a responsabilidade de assistir criar e educar os filhos menores²⁸.

Neste diapasão, Oliveira afirma:

[...] quanto ao sustento, guarda e educação dos filhos, essas funções são desempenhadas pelos cônjuges em regime de co-gestão, oportunizando estes a seus filhos as condições mínimas de crescimento em termos materiais e afetivos para que se tornem pessoas de bom caráter.²⁹

Verifica-se, portanto, que o Estado entende que a responsabilidade tanto na sociedade conjugal, protegida pelo texto constitucional³⁰, quanto na educação e criação dos filhos compete a ambos.

Contudo, embora o texto constitucional preconize que a responsabilidade quanto aos filhos seja igual para homens e mulheres, tal entendimento não se manifesta na legislação afeta a tempo destinado ao cuidado com a criança recém-nascida. Tais institutos, denominados licença-maternidade e licença-paternidade, concedidos respectivamente às mães e aos pais, possuem uma abrupta diferença em sua duração.

Há, portanto, uma dissonância dentro do próprio texto constitucional, em virtude da não regulamentação, através da legislação infraconstitucional, do disposto no art. 7º, XIX³¹, haja vista que é reconhecida a importância da paternidade responsável, contudo não se oferece tempo razoável para a fruição do contato pai *versus* recém-nascido.

27 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Op. Cit.*, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

28 *Ibid.*, art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

29 OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.122

30 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Op. cit.*, art. 226. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

31 *Ibid.*, art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; [...]

Tal situação é agravada quando o recém-nascido perde a mãe no nascimento ou esta, por qualquer motivo, não pode usufruir da licença-maternidade que lhe é garantida pela legislação vigente a fim de garantir um estreitamento de laços. Dentro de tal hipótese, teríamos inevitavelmente um recém-nascido órfão de mãe e sem o auxílio de seu progenitor por conta da ausência de regulamentação legislativa, matéria essa superada pela edição da lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013. Questão esta temerária em tempos de Estado Social de Direitos.

4 DO DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE

4.1 Definição

Maternidade segundo o conceito trazido pelo dicionário Aurélio é “1- Condição de mãe.”³². Já a conceituação trazida para licença é “1- Consentimento, autorização; 2- Autorização para faltar ao serviço durante um dado período; permissão.”³³

Assim, licença-maternidade é a autorização concedida à mãe a fim de que esta se afaste de suas atividades laborais habituais com o fito de dedicar cuidados ao seu filho recém-nascido.

A licença-maternidade é um instituto tipicamente ligado ao direito do trabalho por expressa previsão constitucional e por previsão da legislação infraconstitucional³⁴, haja vista que a sustação da atividade laborativa e a relação de emprego sugerem a existência de um contrato de trabalho.

Tem a mulher, neste período, o direito de se afastar das atividades laborais regularmente desenvolvidas, pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias ou 180 (cento e oitenta) dias - este último, no caso das empresas cadastradas no Programa Empresa cidadã e com o requerimento da gestante - percebendo durante este período o salário-maternidade.

4.2 Destinatárias da tutela legal

A licença-maternidade tem como destinatária legal a empregada gestante, conforme expressa previsão constitucional (Artigo 7º, inciso XVIII³⁵) e

32 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2000, p. 451.

33 *Ibid.*, p.425.

34 A licença-maternidade encontra-se prevista no Decreto-Lei nº 5.452/1943, capítulo III, seção V.

35 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 7º [...] XVIII - licença à gestante, sem p

previsão infraconstitucional (Artigo 392 da CLT³⁶).

A seção da CLT onde é tratada a proteção a maternidade é toda redigida no feminino, o que reforça o entendimento que o legislador entende que é a mulher, gestante, a beneficiária do direito à licença.

4.3 Duração da licença

A duração da licença-maternidade varia de acordo com o tipo de beneficiária, ou seja, mãe biológica ou não. A regra geral é que a duração da licença-maternidade seja de 120 (cento e vinte) dias, conforme previsão da CRFB/1988 e da CLT, podendo iniciar-se até 28 (vinte e oito) antes do parto e prosseguindo por 91 (noventa e um) dias após o parto.

Observando matematicamente os números, é possível perceber que não são 120 (cento e vinte) dias, mas sim 119 (cento e dezenove). Bachur e Manso, com grande propriedade explicam tal operação, vejamos:

Os menos atentos podem questionar a operação matemática do afastamento, pois se somar 28 (vinte e oito) com 91 (noventa e um) tem-se 119 (cento e dezenove) dias. O 1 (um) dia que está faltando é justamente o dia do parto.³⁷

A licença-maternidade pode ser prorrogada por até 60 (sessenta) dias, chegando a ter duração de 180 (cento e oitenta) dias caso a empresa a qual a empregada labore seja adepta do Programa Empresa Cidadã (Lei 11.770/2008) e houver o requerimento da gestante. Caso exista prescrição médica, poderá haver ainda a prorrogação de 2 (duas) semanas do período de licença.

Ressalta-se que, o nascimento ocorrido a partir do 6º (sexto) mês, equivalente à 23º (vigésima terceira) semana de gestação, é considerado pela

36 BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

37 BACHUR, Tiago Faggiono; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade - Na Teoria e na Prática**. Franca: Lemos e Cruz. 2011, p.113

legislação como parto, inclusive em caso de natimorto³⁸.

Quanto às mães adotantes, a Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002, acresceu o artigo 392

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. (Redação Original)

A legislação trabalhista levava em consideração a idade da criança adotada como critério para a concessão da licença-maternidade. Tal quesito era considerado por Sergio Pinto Martins plenamente constitucional, uma vez que leva em consideração o nível de atenção que a criança necessita³⁹. Contudo tal, posicionamento foi criticado pela comunidade jurídica⁴⁰, uma vez que faz uma diferenciação entre filhos naturais e aqueles adotados contrariando, portanto, o disposto no §6º, do artigo 227⁴¹ da CRFB/1988. No entanto, tal questão foi superada, em virtude da revogação dos parágrafos do artigo 392-A da CLT trazido pelo 8º da Lei 12.010/2009.

Com a revogação dos parágrafos do artigo 392-A da CLT, há em nosso ordenamento um

a) a licença-maternidade da adotante continuaria obedecendo ao critério de idade do adotado, em virtude das disposições quanto ao salário-maternidade, contidas na Lei nº 8.213/1991;

b) a licença-maternidade concedida será, por analogia, equiparada

38 Antes da 23ª semana, diz-se que é aborto, e está garantido o recebimento do benefício previdenciário no decreto nº 3.048/99, desde que seja aborto não-criminoso (art. 93 §5º)

39 Martins, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 592

40 Neste sentido ver: Trindade, Ana Luisa. INSS é obrigado a pagar salário maternidade de 120 dias às mães adotantes. 06 de junho de 2002. **Fernandes Sociedade de Advogados**. Disponível em: <<http://blog.nfernandes.com.br/?p=1920>>. Acesso em: 17 out. 2013; e: Artigo 392-A da CLT é inconstitucional. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-10/inconstitucional-relacionar-licenca-mae-adotante-idade-filho>> Acesso em: 17 out. 2013.

41 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 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

àquela concedida à mãe biológica, ou seja, com duração de 120 (cento e vinte) dias;

A adoção de uma ou outra tese é totalmente controvertida dentro da doutrina, embora ainda pouco abordada, e destaca-se, além disso, que a questão não foi pacificada pelos tribunais superiores⁴². Tal controvérsia deve-se, principalmente, em decorrência dos reflexos no que tange ao benefício previdenciário (salário-maternidade).

A utilização da hermenêutica jurídica permite validar ambas as teses, tornando-as plenamente aceitáveis pelo ordenamento jurídico.

Com base em uma interpretação sistêmica⁴³ do ordenamento jurídico, assiste razão a primeira tese, pois a concessão da licença-maternidade sem a fruição do benefício previdenciário não teria sentido, uma vez que furtaria o objetivo da concessão da licença-maternidade, qual seja a interrupção da atividade laborativa com a respectiva percepção de remuneração com o fito de possibilitar um maior contato entre mãe e criança.

A adoção desta tese, não acarretaria nenhum impacto no que tange a concessão do salário-maternidade, uma vez que respeitaria o critério etário prescrito na norma previdenciária.

Nesse sentido Mello afirma:

[...] não há se falar que, independentemente da idade da criança adotada, a licença da mãe adotante será de 120 dias, pois, embora tenha ocorrido a revogação do dispositivo celetista, continua em vigor a regra previdenciária que autoriza e limita a concessão do benefício previdenciário.⁴⁴

Outro argumento em defesa de tal tese é que, tramita no Congresso

42 Busca realizada junto ao site do Tribunal Superior do Trabalho (TST) até a data de 17 de setembro de 2013.

43 Sobre interpretação sistemática ensina Celso Ribeiro Bastos: “O método sistemático tem em vista a interpretação da lei dentro do contexto normativo no qual ela se insere, é dizer, buscar-se interpretar a norma não isoladamente mas em relação com as demais.” BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3º edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p.61

44 MELLO, Simone Barbosa de Martins. Licença de mãe adotante depende da idade da criança. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-07/prazo-licenca-mae-adotante-ainda-depende-idade-crianca>>. Acesso em: 16 de set. 2013

Nacional o Projeto de Lei nº 367 de 2009, em que se dá nova redação ao artigo 71-A da CLT, conferindo às mães adotantes o mesmo período de licença-maternidade conferido à mãe biológica, ou seja, 120 (cento e vinte) dias.

Ora, se a concessão de tal paridade já tivesse sido alcançada, não haveria a necessidade da edição de uma nova lei para assegurar tal direito. Por certo, tal medida seria tida como contraditória e totalmente dispensável.

Segundo esta tese, a legislação trabalhista não deve, nem pode ser analisada isoladamente, e por tal motivo, entende-se que o critério etário prescrito na legislação previdenciária deve ser respeitado.⁴⁵

Já observando a questão sob a ótica do princípio da isonomia esculpido no caput do artigo 5º, da CRFB/88, a revogação da disposição relativa ao critério etário do adotado, deve ser vista como forma de conferir, às adotantes e guardiãs, direitos iguais aos das mães biológicas, fato este que legitimaria a duração da licença-maternidade por um período de 120 (cento e vinte) dias.

Contudo, a adoção desta corrente gera um conflito com a legislação previdenciária que disciplina a concessão do salário-maternidade às adotantes e guardiãs, uma vez que esta leva em consideração a idade do adotado como critério para definir a duração da concessão do benefício previdenciário.

Logo, em virtude da limitação etária prevista na legislação previdenciária, teríamos para as adotantes e guardiãs de crianças maiores de 1 (um) ano, uma cobertura parcial do salário-maternidade.

Assim, as adotantes e guardiãs de crianças de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ficariam sem cobertura por 60 (sessenta) dias, eis que a legislação previdenciária prevê a concessão do salário-maternidade durante o período de apenas 60 (sessenta) dias; por sua vez, aqueles que adotam ou possuem a guarda de crianças de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, estariam sem a concessão do benefício previdenciário por 90 (noventa) dias, já que a legislação previdenciária prevê a concessão do salário-maternidade pelo período de 30 (trinta) dias.

Diante desta parcialidade de cobertura surge a dúvida: Quem arcaria com o ônus do período restante da licença-maternidade não coberto pelo salário-maternidade? A Previdência Social ou o empregador?

45 Neste sentido, Simone Barbosa de Martins Mello e Nordson Gonçalves de Carvalho.

Carvalho⁴⁶ defende que, em virtude do teor da Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 44, Consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho, cabe ao empregador assumir o ônus do restante do período não coberto pela previdência social, vejamos:

O período restante para se completar os 120 (cento e vinte dias) deverá ser custeado pelo empregador, consoante jurisprudência pacífica do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 44, da SDI-1.

[...]

Assim, se a criança adotada tiver até 1 (um) ano, a Previdência Social pagará a integralidade da licença maternidade, ou seja, 120 (cento e vinte) dias. Caso a criança adotada tiver de 1 (um) a 4 (quatro) anos, a Previdência Social para somente 60 (sessenta) dias do benefício, ficando os outros 60 (sessenta) dias a cargo do empregador. Na hipótese de a criança ter de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, a Previdência Social arcará com apenas 30 (trinta) dias do benefício, sendo que o período restante, 90 (noventa) dias, ficará às custas do empregador.

Em resumo, tendo a criança adotada mais de 1 (um) ano de idade, o período restante do salário-maternidade (a diferença entre o período pago pela Previdência Social e o prazo legal) será suportado pelo empregador, variando referido período conforme a idade da criança adotada.

Contrariando tal posicionamento, Garcia afirma que é inadequado considerar que o encargo trazido pela não cobertura integral do benefício previdenciário à gestante deva ser suportado pelo empregador. Segundo ele, tal encargo deve sempre ser suportado pelo sistema previdenciário estatal a fim de evitar a discriminação no mercado de trabalho da mulher⁴⁷.

Outro fundamento utilizado na defesa da tese de que o ônus da ampliação deve ser suportado pela previdência social é o teor da Convenção 103 da OIT, esta que é expressa ao dispor “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega (artigo 4, item 8).”

Salienta-se também que, a majoração do período de concessão do salário-maternidade sem a alteração legislativa e a respectiva indicação da fonte de custeio fere o disposto no artigo 195, § 5º da CRFB/1988, que assevera:

46 CARVALHO, Nordson Gonçalves de. **Licença maternidade à mãe adotante**. Disponível em: <<http://www.zainaghi.adv.br/web/view2.asp?paNumero=1242>>. Acesso em 16 set. 2013

47 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **A licença-maternidade deve ser uniformizada**. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-27/licenca-maternidade-casos-adocao-guarda-uniformizada>>. Acesso em: 16 set. 2013.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais [...]

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Logo, a interpretação extensiva quanto à duração da licença-maternidade para a adotante acarreta um conflito no ordenamento.

Posto os argumentos, favoráveis e contra, consideramos ser mais acertada a posição defendida por Garcia uma vez que tal interpretação preserva a estabilidade jurídica. Assim, entendemos que a licença-maternidade concedida à adotante e guardiãs, deve seguir o critério etário prescrito na norma previdenciária.

Cumpramos ressaltar a existência da Ação Civil Pública nº 5019632-23.2011.404.7200/SC, interposta pelo Ministério Público Federal que em suma objetiva a declaração da inconstitucionalidade do art. 71-A da Lei 8.213/1991.

Na sentença de piso, o Juiz Marcelo Krás Borges em sua fundamentação assevera:

É certo que a Constituição Federal tutela somente a licença à gestante, sendo o direito à adotante estendido por opção legislativa. Todavia, tal argumento não é capaz de afastar a discriminação inconstitucional que foi conferida aos filhos adotados.

Por outro lado, não vislumbro razoabilidade no argumento de que as razões de diferenciação são a ausência de necessidade de recuperação da saúde da mulher e o fato de que as crianças maiores de um ano não dependem de amamentação. É que uma criança adotada precisa de um período de aclimatação e adaptação à nova família, sendo indispensável a presença do pai, mãe ou responsável nos primeiros meses de adoção. O sucesso da adoção dependerá do total acolhimento e atenção dada pela mãe ao seu novo filho. Para isso, é preciso tempo e dinheiro. Assim, ao não conceder tempo e recursos para seja perfectibilizada tal adaptação, o Estado está a desestimular a prática da adoção, sabendo que existem muitas crianças maiores de um ano de idade que precisam de proteção e atenção para sair das ruas e se tornarem cidadãs.

Com efeito, o artigo 227, § 6º da Constituição Federal expressamente proibiu qualquer discriminação, seja de qualquer tipo, entre os filhos adotivos e biológicos, como se percebe:

'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'

Por conseguinte, não vislumbro dúvidas de que a equiparação de direitos entre os filhos adotados e os biológicos deva ser absoluta e total, sob pena de agressão à vontade do legislador constituinte, que exprimiu uma clareza inquestionável.

Por fim, o mesmo Douto Magistrado afirma:

[...] a regra da falta de custeio ou da reserva do possível não é aplicável no caso concreto, já que está em jogo o direito à dignidade humana. Tal caso poderia ser comparado ao já julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que se obrigou o Município de São Paulo a fornecer creches para todas as crianças menores de cinco anos de idade. Mesmo que não haja previsão orçamentária para tanto, é o Princípio da Dignidade Humana que está em jogo, não podendo se alegar o Princípio da Reserva do Possível para se inibir ou desestimular a educação e adoção de crianças em estado de desamparo. [...] os interesses da criança devem ser preservados e não devem ser limitados por questões orçamentárias.

[...] os custos com que o INSS arcará com tal benefício são ínfimos, se compararmos aos benefícios com a educação que terão as crianças adotadas, as quais necessitam de um período de adaptação. Somente o contato constante com os pais nos primeiros meses de adoção é que permitirá que a adoção tenha êxito. Sem tal estímulo, o INSS estaria a estimular a desagregação familiar, prejudicando justamente aquelas crianças que precisam de mais tempo e dedicação dos pais, até porque uma adoção não é uma situação simples de acolhimento e adaptação. As relações humanas são complexas e difíceis, não podendo se resumir a números da Previdência. Não pode o Estado se pautar em números e orçamento para decidir quando se trata do Princípio da Dignidade Humana.

Verifica-se, portanto que o judiciário já se posiciona no sentido da efetivação valoração do princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento ao princípio da legalidade. Tal ação encontra-se atualmente⁴⁸ em grau recursal.

Convém ainda ressaltar que, a decisão proferida nos autos da já mencionada ACP, por se tratar de controle difuso de constitucionalidade apresenta efeito *inter partes*, somente podendo ter efeito *erga omnis* caso a questão seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal por meio de Recurso Extraordinário, nos moldes do artigo 102, III da CRFB/1988.

4.4 Finalidade da concessão

48 Pesquisa realizada em 17 de outubro de 2013.

Silva, afirma que “A finalidade da licença não é apenas o repouso ou restabelecimento do vigor da mulher, mas também o acompanhamento do recém-nascido em seus primeiros meses de vida”.⁴⁹

É certo que a licença-maternidade não possui apenas uma concepção biológica / fisiológica de recuperação do desgaste oriundo do parto, mas também um caráter de estreitamento de laços afetivos entre a mãe e o filho.

Neste sentido Bachur e Manso afirmam:

A licença-maternidade não busca apenas na recuperação após o parto, busca também a adaptação com a vida da trabalhadora com seu filho, para que possa acompanhar o seu desenvolvimento dando a afetividade entre mãe e filho.⁵⁰

Neste período deve-se realizar o aleitamento materno como forma de ampliar o contato mãe e filho e favorecer o crescimento saudável do recém-nascido.

4.5 Estabilidade provisória, dispensa e reintegração

Desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, a gestante goza da chamada estabilidade provisória, onde é vedada a dispensa sem justa causa. Tal direito tem cunho constitucional vez que tem previsão no artigo 10, II, b⁵¹ do ADCT.

Esta estabilidade também é aplicada aos contratos por tempo determinado, inclusive nos casos em que a gestante já cumpre o aviso prévio, mesmo que indenizado, conforme previsão do artigo 391-A da CLT⁵².

49 SILVA, Homero Batista M. da. **Curso de direito aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor**. São Paulo: Campus Jurídico, 2009, p.172

50 BACHUR, Tiago Faggiono; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade - Na Teoria e na Prática**. Franca: Lemos e Cruz. 2011, p.114

51 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: [...] II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

52 BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do

No entanto, há que se ressaltar que a estabilidade que goza a gestante não é absoluta. No caso da ocorrência de alguma das situações elencadas no artigo 482 da CLT⁵³, a empregada, mesmo que gestante, não fará jus à estabilidade no emprego. Logo, a estabilidade somente é conferida para os casos de dispensa sem justa causa.

A estabilidade provisória tem como principal objetivo coibir a dispensa em virtude da gravidez. Esta é uma das medidas de proteção ao mercado de trabalho da mulher.

Caso a vedação da dispensa não seja respeitada, a gestante, por meio judicial, pode ser reintegrada da empregada.

No que tange ao desconhecimento do estado gravídico o teor da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, é claro a aduzir que o não conhecimento do estado gravídico da empregada não exime o empregador da respectiva indenização, caso a dispensa imotivada ocorra no período da estabilidade provisória, vejamos:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res.

Trabalho, art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

53 *Ibid.*, art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional

54 Neste sentido ver: RR 4159/1984, Ac. 1^ªT 3248/1985 - Min. Ildélio Martins; RR 5928/1983, Ac. 1^ªT 2113/1985 - Min. Ildélio Martins; RR 5143/1983, Ac 1^ªT 293/1985 - Red. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello; RR 6588/1983, Ac. 3^ªT 4869/1984 - Min. Orlando Teixeira da Costa ; RR 3285/1982, Ac. 3^ªT 2971/1983 - Min. Guimarães Falcão.

55 Item II da Súmula 244 do TST: "A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade."

185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador **não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade** (art. 10, II, "b" do ADCT). (grifo nosso)

É certo que a previsão constitucional de proteção a gestante, retirou do empregador, por certo período, seu poder potestativo de dispensa da empregada que se encontra em estado gravídico. Contudo, tal restrição é plenamente lícita, uma vez que busca proteger o mercado de trabalho da mulher.

Há, porém, que se destacar que se a época da rescisão não havia a confirmação do estado gravídico⁵⁶, não há que se falar em estabilidade, contudo é devido o salário-maternidade, conforme entendimento do TST retirado *in verbis* da obra de Valentin Carrion:

O art. 10, II, 'b' do ADCT dispõe que o marco inicial da garantia de emprego da gestante é a confirmação do estado gravídico. Se à época da rescisão do pacto laboral não havia esta confirmação, não há falar em estabilidade provisória da gestante. Devido apenas o salário-maternidade (TST, RR 191.297/95.8, Regina Rezende Ezequiel, AC 1ª T 4.378/96).⁵⁷

Caso a empregada possua dois empregos, esta fará jus à percepção de duas licenças-maternidade e dois salários-maternidade, concomitantemente. No entanto, não poderá ficar afastada de um serviço e laborar no outro, em virtude do disposto no artigo 98 do Decreto 3.048 de 06 de maio de 1999.⁵⁸

4.6 Suspensão ou interrupção do contrato de trabalho?

A interrupção e a suspensão do contrato de trabalho são anormalidades na relação de emprego onde o contrato continua vigente, embora o trabalhador

56 Não é pacífico na doutrina e na jurisprudência se a expressão "desde a confirmação da gravidez" significa "comunicação".

57 CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do trabalho**. Legislação Complementar Jurisprudência. 31ª Edição Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 393

58 BRASIL. **Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o regulamento da Previdência Social, e dá outras providências, art. 98. No caso de empregos concomitantes, a segurada fará jus ao salário-maternidade relativo a cada emprego.

não esteja laborando. Para o enquadramento tal instituto faz-se necessário traçarmos uma diferenciação entre os institutos.

Segundo Delgado, a interrupção do contrato de trabalho é:

[...] a sustação temporária da principal obrigação do empregado no contrato de trabalho (prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador), em virtude de um fato juridicamente relevante, mantidas em vigor todas as de mais cláusulas contratuais. Como se vê, é a interrupção a *sustação restrita e unilateral dos efeitos contratuais*.⁵⁹

Já suspensão do contrato de trabalho, segundo o mesmo autor é:

[...] a sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho no tocante às partes, em virtude de um fato juridicamente relevante, sem ruptura, contudo, do vínculo contratual formado. É a sustação ampliada e recíproca de efeitos contratuais, preservado, porém, o vínculo entre as partes.⁶⁰

No entanto Orlando Gomes e Élson Gottschalk consideram a distinção entre suspensão e interrupção do contrato de trabalho ineficaz.⁶¹ Já Antônio Lamarca entende-a como “meramente cerebrina”.⁶²

A licença-maternidade é considerada, pela maior parte da doutrina⁶³, causa de interrupção do contrato de trabalho, vez que a mulher fica afastada das atividades laborais, contudo recebe os valores referentes ao salário-maternidade.

Neste sentido, Delgado afirma:

A maioria da doutrina, entretanto, insiste que o correto enquadramento, no presente caso, é o que se reporta à interrupção contratual. E com inteira razão, sem dúvida. De fato, todos os efeitos básicos da interrupção comparecem à presente situação trabalhista. Ilustrativamente, mantém-se a plena contagem do tempo de serviço obreiro para todos os fins (gratificações, se houver; 13º salário; período aquisitivo de férias, etc); mantém-se o direito às parcelas que

59 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 1006

60 *Ibid.*, p. 1006

61 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson *apud*. HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 139

62 LAMARCA, Antônio *apud*. HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 139

63 Posicionamento adotado pelos seguintes doutrinadores: Amauri Mascaro Nascimento, Arnaldo Süsseking, Christóvão Piragibe Tostes Malta, Raimundo Cerqueira Ally e Maurício Godinho Delgado.

não sejam salário condição; mesmo quanto a estas, se forem habituais, mantém-se a obrigação de seu reflexo no cálculo do montante pago à obreira no período de afastamento; preserva-se, por fim a obrigação empresarial de realizar depósitos de FGTS na conta vinculada da empregada no período de licença (art. 28 do Decreto nº 99.684 de 8 de novembro de 1990)⁶⁴

Corroborando com tal entendimento, Almeida assevera:

O período de licença-maternidade, em que a mulher não trabalha, mas recebe seus salários, é de interrupção do contrato de trabalho, como lembra Pedro Paulo Teixeira Manus: Trata-se, como em outros casos, de período de interrupção do contrato de trabalho, já que não inexistem prestação de serviços, mas há pagamento de salário. Tanto assim é que o próprio legislador constitucional cuidou de afirmar que se trata de licença sem prejuízo do emprego e salário.⁶⁵

Este prazo da licença-maternidade, conforme assevera Bachur e Manso, “é contado no tempo de serviço trabalhado, pelo qual produz efeito de férias, recolhimento do FGTS e de aposentadoria.”⁶⁶

Assim, Bachur e Manso, concluem:

[...] na suspensão é considerado como se o empregado faltasse do serviço (ou seja, não recebe salário); e na interrupção é contada como se o empregado tivesse trabalhado por motivos de direitos, como o caso da licença-maternidade e, portanto, recebe o salário.⁶⁷

No entanto, há posicionamentos contrários. Márcio Túlio Viana defende que “(...) há caso em que a lei mistura os aspectos peculiares à suspensão e à interrupção que melhor definiriam como mista ou híbridas.”⁶⁸

Sob essa perspectiva Horvath Júnior, defende que a licença-maternidade se trata de uma suspensão parcial do contrato de trabalho, sendo, portanto uma figura atípica, pois a empregada não tem direito a salário, mas sim, benefício previdenciário e continua havendo contagem para férias, percepção de 13º salário etc.⁶⁹

64 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Op. Cit.*, p. 1027

65 ALMEIDA, Amador Paes *apud* BACHUR, Tiago Faggiono; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade - Na Teoria e na Prática**. Franca: Lemos e Cruz. 2011, p.122

66 BACHUR, Tiago Faggiono; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. *Op. Cit.*, p.123

67 *Ibid.*, p. 124

68 VIANA, Márcio Túlio. *apud*. HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 140

69 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Op. Cit.*, p. 140

Entendemos, portanto, que embora exista entendimento contrário, assiste razão à maior parte da doutrina ao aduzir que a licença-maternidade tem natureza de interrupção do contrato de trabalho.

5 DA LICENÇA-PATERNIDADE: DEFINIÇÃO E DURAÇÃO

A licença-paternidade é um direito assegurado aos pais em virtude do nascimento de seus filhos, conforme determinação dada pelo artigo 7º, XIX da CRFB/88 combinado com o §1º do artigo 10 do ADCT.⁷⁰

Em virtude da disposição Constitucional, tal licença possui duração de 5 (cinco) dias, sem prejuízo do salário do obreiro.

Embora o artigo 473, III, da CLT, sempre tenha se referido a “[...] um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana”, em virtude de ser o prazo constitucional mais longo, este absorveu aquele.

Neste sentido Delgado, afirma: “O mais largo prazo constitucional obviamente absorveu o mais o mais curto prazo do art. 473, CLT, já que se fundam na mesma motivação [...]”⁷¹

A finalidade da licença-paternidade é permitir ao pai o acompanhamento da mulher e do filho recém-nascido.⁷²

Grande parte da doutrina⁷³ sustenta que a licença-paternidade é encargo do empregador, contudo, Saad sustenta que a falta ao serviço pelo pai (durante o período legal de cinco dias) não enseja nenhuma punição por parte do empregador, contudo ficaria a critério do empregador pagar ou não ou dias de afastamento, ante a inexistência de lei que regula a matéria.⁷⁴

Com a devida vênia, adota-se neste trabalho a posição majoritária, uma vez que a licença-paternidade é tipicamente uma interrupção do contrato de trabalho, não se podendo sustentar a tese de que na ausência de regulamentação legislativa o pagamento referente aos dias de afastamento, é faculdade do empregador. Tal interpretação é prejudicial ao empregado que

70 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: [...] § 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

71 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10º edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 1018

72 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho. História e Teoria Geral do Direito do Trabalho Relações Individuais e Coletivas do Trabalho**. 26º Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 916

73 Neste sentido: Amauri Mascaro Nascimento, Alice Monteiro de Barros, Mauricio Godinho Delgado e outros.

74 SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 43º Edição. Atualizada, Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Ltr, 2010, p. 642.

certamente, ante ao não recebimento dos valores referente ao seu afastamento, não o gozaria deste período.

6 SALÁRIO-MATERNIDADE

Nas palavras de Bachur e Manso, salário-maternidade é “[...] um benefício pago pela Previdência Social, durante os 120 (cento e vinte) dias da licença-maternidade, se iniciando 28 (vinte e oito) dias antes do parto e prosseguindo-se pelos 91 (noventa e um) após o parto.”⁷⁵

Já Barros define salário-maternidade como sendo “A retribuição correspondente à licença compulsória da gestante, à sua prorrogação em circunstâncias excepcionais antes e após o parto, como também o afastamento na hipótese de aborto não criminoso [...]”⁷⁶

Conclui-se, portanto, que o salário-maternidade é um direito da gestante, onde, durante o período destinado a licença-maternidade, recebe integralmente os valores referentes ao seu salário custeados pela Previdência Social.

Inicialmente, segundo Cesarino Júnior, “o salário-maternidade era custeado pelo empregador e não pelo seguro social”.⁷⁷ Tal direito se tornava um encargo para o empregador o que potencializava a discriminação na contratação da mão de obra feminina.

Em 1974, com o advento da Lei nº 6.136/1974 o ônus do salário-maternidade tornou-se encargo da Previdência Social. Quanto a tal modificação Bachur e Manso asseveram:

Se antes era o empregador que pagava à empregada gestante os seus salários, no período legal de seu afastamento previsto na CLT, sem direito ao respectivo reembolso, com as alterações introduzidas pela Lei nº 6.126/74, passou para a Previdência Social o ônus que reembolsava ao empregador as quantias pagas no mencionado período, por desconto ou compensação nas guias de recolhimento, naqueles meses em que tais ocorrências se verificavam.⁷⁸

A transferência desse encargo para o Seguro Social é uma forma de

75 BACHUR, Tiago Faggiono; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade - Na Teoria e na Prática**. Franca: Lemos e Cruz. 2011 p. 55

76 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Edição. São Paulo: Editora LTr, 2009, p.1105

77 CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira *apud*. BACHUR, Tiago Faggiono; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. *Op cit.*, p. 55

78 *Ibid.*, p. 56

fortalecer o mercado de trabalho da mulher.

Ressalta-se que tecnicamente, a denominação de 'salário-maternidade' na acepção jurídica encontra-se equivocada uma vez que conforme destacado acima, não se trata de salário, mas sim de um benefício previdenciário.

Para Cesarino Júnior, a expressão mais adequada seria subsídio maternidade, como identificadora do valor equivalente ao total dos salários correspondentes ao período de descanso obrigatório.⁷⁹

6.1 Previsão Constitucional e Infraconstitucional

A Constituição Federal assegura à gestante, no período destinado a licença-maternidade, a percepção de salário.

Segundo a disposição contida no artigo 7º, XVIII, da CRFB/88, durante a concessão da licença-maternidade não há o prejuízo do salário.

Já na legislação infraconstitucional, temos as seguintes legislações afetas ao tema: a) Lei nº 6.136/1974, que inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social; b) Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e disciplina a forma de concessão do salário maternidade; c) Lei nº 8.861/1994, que dispõe quanto à inclusão das seguradas especial e individual como beneficiárias do salário-maternidade; d) Lei nº 9.528/1997, que revoga a existência de prazo decadencial para o requerimento da licença-maternidade; e) Lei nº 9.876/1999 estendeu o salário-maternidade às seguradas individuais e facultativas; f) Decreto nº 3.048/1999, onde é previsto o regulamento da previdência e elenca regras quanto aos benefícios cobertos pela Previdência Social; g) Lei nº 10.421/2002 que determina a concessão de licença-maternidade a adotante; h) Lei nº 11.770/2008, que cria o projeto empresa cidadã que amplia o período de licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal e i) Lei nº 12.873/2013, que concede o direito ao salário-maternidade em casos de adoção exclusiva por homens e concede o direito de fruição do salário-

79 CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira *apud*. HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.85

maternidade ao cônjuge sobrevivente, em casas de falecimento da gestante.

6.1.1 Carência – período prévio necessário à concessão da condição de beneficiária

Por se tratar de um benefício previdenciário, aquelas que deseja usufruir de tal benefício precisam preencher pré-requisitos estabelecidos por lei.

Dentre estes requisitos estão: a inscrição no Regime Geral de Previdência Social – RGPS; usufruir da qualidade de segurada e cumprir o prazo de carência.

A inscrição no RGPS e a devida contribuição com o sistema garantem ao segurado a possibilidade de usufruir, caso necessite, dos benefícios previdenciários.

A legislação que trata da previdência social, Lei 8.213/1991⁸⁰, aduz em seus artigos 11 e 13 quais são os segurados obrigatórios, bem como aqueles que são segurados facultativos do regime de previdência.

No que tange a carência, nas palavras de Horvath Júnior, é definida da seguinte forma “[...] é o período mínimo durante o qual o segurado tem de contribuir mensalmente para ter direito a determinados benefícios previdenciários. A carência é pré-requisito para concessão da prestação previdenciária na modalidade benefício.”⁸¹

Antes da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS)⁸², cada Instituto de Aposentadoria e Pensão tinha sua regra quanto à carência do seguro maternidade.

Até a revogação da Lei nº 6.136/1974⁸³, o benefício destinado a proteção das mães era denominado seguro-maternidade e tinha natureza

80 BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2013

81 HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-Maternidade.** São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 87

82 BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 11 set. 2013

83 BRASIL. **Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974.** Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm>. Acesso em: 11 set. 2013

trabalhista. Neste sentido Horvath Júnior, afirma “[...] o benefício que concedia proteção às mães trabalhadoras era chamado de seguro-maternidade e tinha natureza jurídica de direito trabalhista. A denominação salário-maternidade surgiu quando o benefício passou a ter natureza jurídica previdenciária.”⁸⁴

Para a OIT, segundo Horvah Júnior, “a carência é indispensável para que o sistema de seguro social seja dotado de lastro financeiro e para que se evitem inscrições em momentos os quais os riscos já se avizinham da vida do beneficiário.”⁸⁵

A regra geral, hoje, de nosso sistema previdenciário é que, para a concessão do salário-maternidade, haja o cumprimento do prazo de carência. Contudo, o legislador, observando o risco de certas atividades, dispensou o cumprimento desta para alguns beneficiários.

A exigência do cumprimento de um prazo mínimo para a fruição dos benefícios previdenciários (a carência) deve ser vista como instrumento de cautela, a fim de evitar fraudes com, por exemplo, a filiação sem a existência da situação de fato, ocasionando o recebimento indevido.

Na redação original da Lei nº 8.213/91, para a concessão da licença maternidade, não era atribuída carência, contudo a proteção à maternidade era destinada apenas às seguradas empregadas, empregadas domésticas e trabalhadoras avulsas.

Com a alteração trazida pela Lei nº 9.876/99⁸⁶, houve a extensão do direito ao salário-maternidade às demais seguradas (individuais e facultativas) e a exigência de comprovação de carência de no mínimo dez contribuições, para estas.

No caso da perda da qualidade de segurada, o tempo anterior poderá ser computado, caso em que, a partir da nova filiação, cumpra-se ao menos um terço das contribuições exigidas como carência para a espécie. Brillantemente, Horvah Júnior, afirma:

Havendo a perda da qualidade de segurado, as contribuições

84 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Op. Cit.* p. 87

85 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Op. Cit.*, p.88

86 BRASIL. **Lei nº 9.876 de 26 de novembro de 1999.** Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm>. Acesso em: 13 set. 2013

anteriores a essa perda somente serão computadas, para efeito de carência, depois que a segurada tiver, a partir da nova filiação ao Regime Geral de Previdência Social, no mínimo um terço do número de contribuições exigida como carência para a espécie, ou seja, três contribuições, que, somadas às anteriores, totalizem dez contribuições.⁸⁷

A inclusão legislativa, trazida pela Lei nº 9.876/99, baseia-se no princípio previdenciário da distributividade, que segundo Tavares se define por fazer com que algumas prestações mais urgentes recebam prioridade em relação a outros quanto à implementação massificada, fazendo com que até mesmo os serviços de assistência social prevejam atendimentos em graus diferentes.⁸⁸

Não é exigida carência, segundo a legislação previdenciária, da segurada empregada, empregada doméstica e trabalhadora avulsa. A ausência dessa exigência poderia levar a interpretação de que o princípio da isonomia estaria sendo ferido, o que por via conseqüente acarretaria uma inconstitucionalidade.

A esse respeito Silva leciona que: “[...] A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupo de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis”⁸⁹

Contudo, a tese da inconstitucionalidade por conta da dispensa da carência para alguns tipos de seguradas não deve prosperar haja vista que, as seguradas individuais e facultativas se encontram em situação jurídica diferente das seguradas empregada, empregada doméstica e trabalhadora avulsa. Tal diferenciação ocorre principalmente como forma de proteção do mercado de trabalho destas, bem como forma de evitar fraudes.

A imposição de carência a todas empregadas geraria uma discriminação quanto à mão de obra feminina, pois, caso empregada engravidasse nos primeiros dez meses do contrato de trabalho não teria direito a percepção do benefício previdenciário e, não poderia ser dispensada em virtude da vedação

87 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Op. Cit.*, p. 88/89

88 TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: Regime geral de previdência social e regimes próprios de previdência social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 4

89 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.227-228

constitucional de dispensa sem justa causa. Logo, o encargo com os valores, referentes salários durante o período de gozo da licença-maternidade, seria do empregador.

A segurada especial que desempenhar atividades rurais é uma exceção. Caso comprove o exercício em atividades rurais, por dez meses imediatamente anteriores ao requerimento, mesmo que de forma descontínua, fará jus ao benefício previdenciário, independentemente de contribuições, em virtude do disposto no Decreto 3.048/99, art. 93, §2º e Lei 8.213/91, art. 25,II.

Ressalta-se, ainda que a segurada especial rural mesmo que não tenha contribuído faz jus ao salário-maternidade, sendo o prazo prescricional, caso não usufruído, de cinco anos a contar do fato gerador, qual seja o parto. Mesmo que a trabalhadora conte com idade inferior à dezesseis anos, e maior que quatorze, há jurisprudência⁹⁰ no sentido da concessão do benefício, desde que demonstrado o exercício da atividade rural.

6.1.2 Beneficiárias

Segundo o disposto no art. 71⁹¹ da Lei 8.213/91, o salário maternidade é devido à segurada da Previdência Social. Logo, trata-se de benefício previdenciário concedido a mulher, desde preencham os requisitos legais e cumpram (ou não) a carência a fim da sua concessão.

O salário-maternidade não se destina exclusivamente a mães biológicas, mas também as mães adotivas e substitutivas⁹².

90 Neste sentido ver: AC – Ap. Civ. 200672990018530/SC – 6ªT. – TRF da 4ª Região – Rel. Sebastião Ogê Muniz – D.E. 14.03.2007

91 BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

92 Sobre a concessão de salário-maternidade a mães substitutivas ler: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A concessão do salário-maternidade na gestação substitutiva. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7910>. Acesso em set 2013

6.1.3 Duração do benefício

O salário-maternidade será concedido durante os 120 (cento e vinte) dias, correspondentes ao período da licença-maternidade.

O marco inicial para o início da fruição do benefício esta entre 28 (vinte oito) dias antes do parto e a data da ocorrência deste. Cabe ao médico definir se é necessário o descanso prévio ou não. Salienta-se ainda que, o período de descanso, pode ser aumentado em duas semanas, mediante apresentação de atestado médico específico.

Conforme a disposição da Lei nº 10.421/02, nos casos de adoção ou guarda judicial onde a criança tenha até 8 (oito) anos de idade, o marco inicial é tido a partir da declaração judicial.⁹³

6.1.4 Do pagamento

O salário-maternidade é um benefício previdenciário pago apenas durante o período do fato gerador, qual seja o período de licença-maternidade, logo se conclui que não se trata de um benefício de prestação continuada.

A fixação do termo inicial para a concessão é determinada pelo médico, de acordo com o dia de afastamento do trabalho, ou pelo termo de adoção ou guarda judicial, com o dia em que foi expedido.

Na ocorrência do parto a partir da 23^o semana de gestação ou do 6^o mês de gravidez o pagamento é devido de acordo com a fixação do termo inicial pelo médico. Nota-se que não há a necessidade de apresentação da certidão de nascimento. Tal inexigência, segundo Ribeiro é contraditória uma vez que o registro é pedra fundamental para dignidade da pessoa humana e através da qual se obtém a cidadania, assim a sua não exigência é uma falha do

93 À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

sistema.⁹⁴

Caso o requerimento se dê após a ocorrência do parto, o termo inicial do benefício será fixado no dia do afastamento do trabalho através do atestado médico apresentado pela segurada.

Em virtude de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em especial o Decreto nº 3.048/99, não há distinção quanto à duração da licença-maternidade no parto prematuro e o parto normal.

Quando se tratar de parto antecipado⁹⁵, ainda que ocorra o parto de natimorto⁹⁶, desde que devidamente comprovado por meio de atestado médico, a mãe fará jus ao direito aos 120 (cento e vinte) dias de licença previstos em lei, sem a necessidade de avaliação médico-pericial.

Para o início da percepção dos valores referentes ao salário-maternidade a redação do artigo 71, parágrafo único, antes da vigência da Lei 9.528/97⁹⁷, estabelecia um prazo decadencial de 90 (noventa) dias após o parto, a fim de que a segurada especial e a empregada doméstica requeressem o benefício.

É certo que o afastamento pode, ou não, se dá antes do parto, a depender das condições gestacionais. O fundamento para o afastamento encontra base na necessidade de proteção enquanto há a espera ou recuperação dos efeitos do parto.

De forma excepcional pode haver a prorrogação dos períodos de repouso por duas semanas, mediante atestado médico fornecido pelo Sistema Único de Saúde ou pelo serviço médico da própria empresa ou por ela credenciado.

Nos casos de prorrogação da licença-maternidade ou antecipação desta, será pago o valor do salário-maternidade, conforme determinação legal. Neste sentido Ribeiro afirma:

94 RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Salário-Maternidade à Luz da Proteção Previdenciária**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 69.

95 A Organização Mundial de Saúde considera parto antecipado todo aquele ocorrido antes de se completar 37 semanas de gestação.

96 Entende-se por natimorto o produto de uma gestão sem vida. Considera-se feto morto aquele que nasce com mais de 500 gramas e não possui evidência de vida após o nascimento.

97 BRASIL. **Lei nº 9.528 de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9528.htm>. Acesso em: 16 set. 2013

Na antecipação ou prorrogação da licença, será pago o valor do salário-maternidade, conforme determinação legal. Entretanto, o fato gerador do recebimento do benefício não é a ocorrência do parto, mas sim um estado de necessidade (alteração ou risco à saúde da gestante ou de seu filho) surgido pela materialização da contingência enfermidade.⁹⁸

Caso a legislação previdenciária dispusesse que a concessão da licença-maternidade somente se daria no período compreendido entre o parto e 120 (cento e vinte) dias posteriores, a mãe que não pudesse retornar ao trabalho e aquela que sofra complicações pré-parto passariam a receber auxílio-doença.

Como efeito, Ribeiro destaca os seguintes efeitos:

- O empregador ficaria obrigado ao pagamento do salário nos quinze primeiros dias de afastamento da segurada.
- O INSS só ficaria obrigado ao pagamento de auxílio-doença a contar do décimo sexto dia de afastamento da segurada do trabalho (Lei 8.213/91, art. 60).
- O valor recebido pela segurada durante os primeiros quinze dias de afastamento seria o mesmo do salário-maternidade, ou seja, o valor de sua remuneração. Contudo, a partir do décimo sexto dia, ela passaria a receber somente 91% do salário-de-benefício (Lei 8.213/91, art. 61)
- Se houvesse a concessão de auxílio-doença no período de gestação, e se dentro de sessenta dias da cessação do benefício anterior, novo benefício fosse concedido, em decorrência da mesma doença, a empresa ficaria desobrigada ao pagamento relativo aos primeiros quinze dias de afastamento (Dec. 3,048/99, art. 75, §3º)⁹⁹

Logo, verifica-se que a legislação previdenciária ao adotar a vertente da não determinação do parto como marco fixo inicial para a fruição do direito ao salário-maternidade, instituiu uma forma mais benéfica de proteção à mãe.

No que tange a partos múltiplos, a legislação brasileira ao contrário de alguns países europeus¹⁰⁰, não prevê lapso temporal especial no caso de nascimento de gêmeos, trigêmeos ou quadrigêmeos, ou seja, a quantidade de filhos não interfere na duração, nem no valor da prestação correspondente.

Cesarino Júnior defende que no caso de parto múltiplo, a segurada deveria ter direito a tantos benefícios quanto fossem os filhos.¹⁰¹

Já Venturi e Horvath Júnior advogam a teses de que por se tratar de um

98 RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Op. cit.*, p. 72

99 RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Op. cit.*, p. 72

100 O Código de Trabalho Francês, permite que a licença seja, no caso de nascimento de um filho, de 34 semanas

101 CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *apud*. HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-Maternidade**. São Paulo: Q

evento único não havendo a necessidade de dilação do prazo do benefício.¹⁰²

6.1.5 Da prescrição e decadência

Delgado afirma que prescrição atinge o direito de ação (em sentido material) vinculada ao direito, tornando-o impotente (extinção da pretensão). Ademais corresponde a direitos reais e pessoais, que envolvem, assim, uma obrigação da contraparte. Assevera ainda que no instituto prescricional a ação (e sentido material - pretensão) nasce depois do direito, após a violação, perecendo sem que ele se extinga.¹⁰³

Logo, se verifica que a prescrição é o não exercício do direito de ação, é a perda da faculdade de acionar a jurisdição.

O instituto da prescrição em matéria de direitos patrimoniais existe em virtude da necessidade de se preservar as relações jurídicas existentes, evitando-se assim uma insegurança jurídica.

No que tange ao direito à licença-maternidade, este é um direito trabalhista indisponível, sendo norma de cunho cogente, ou seja, não pode ser transigida entre as partes.

Por se tratar de direito de cunho trabalhista, a prescrição da licença-maternidade segue a regra trazida pelo art. 7.º, XXIX, da CRFB/88, vejamos: “ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Assim, embora não abordado pela doutrina, aferimos que caso a gestante labore durante o prazo determinado à licença-maternidade esta poderá acionar o judiciário respeitando o prazo prescricional trazido no texto constitucional.

No que tange a decadência, a doutrina afirma que em matéria trabalhista só há um caso em que ocorre tal fenômeno (prazo para instauração de

102 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Op. Cit.*, p.121

103 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p.243

procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar), sendo o prazo para tal de 30 (trinta) dias, conforme teor da Súmula 403¹⁰⁴ do Supremo Tribunal de Justiça – STF.

Já no que tange ao salário-maternidade, por se tratar de um benefício previdenciário é uma garantia de direitos humanos, indisponível e como tal imprescritível.¹⁰⁵ Assim o direito ao benefício jamais decaí, contudo o direito a cobrá-lo judicialmente respeita as regras prescricionais.

As seguradas da Previdência Social podem solicitar a sua revisão observado o prazo decadencial de dez anos a contar da data do parto.¹⁰⁶ Embora possa as seguradas possam pleitear o recebimento ou revisão do salário-maternidade no prazo de 10 (dez) anos, a segurada somente conseguirá receber as parcelas não prescritas dentro do prazo da prescrição quinquenal (também chamada de prescrição de lustro)¹⁰⁷

A Lei nº 8.861/1994 previa que o prazo decadencial para a segurada especial e a empregada doméstica requererem o salário-maternidade seria de noventa dias. Tal disposição foi revogada pela Lei nº 9.528/1997.

A segurada que não exercitou seu direito na época oportuna poderá reclamar o benefício no prazo de até cinco anos, prazo este prescricional (art. 103, parágrafo único da Lei nº 8.213/1991).¹⁰⁸

6.1.6 Extensão do benefício – Lei nº 11.770/2008 (Empresa Cidadã)

A Lei nº 11.770 de 09 de setembro de 2008, criou o programa empresa-cidadã, onde é ampliado o prazo da licença-maternidade de 4 (quatro) para até 6 (seis) meses, nas empresas optantes pelo sistema.

Segundo disposição legal, a licença-maternidade poderá ser prorrogada

104 STF Súmula nº 403 - 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1239; DJ de 11/5/1964, p. 1255; DJ de 12/5/1964, p. 1279. Decadência - Prazo para Instauração do Inquérito Judicial - Contagem - Suspensão, por Falta Grave, de Empregado Estável. É de decadência o prazo de trinta dias para instauração do inquérito judicial, a contar da suspensão, por falta grave, de empregado estável.

105 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Op. Cit.*, p. 115

106 *Ibid.*, p. 115

107 BACHUR, Tiago Faggion; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Matern**

108 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Op. Cit.*, p. 115

em até 60 (sessenta) dias, desde que preenchidos os requisitos cumulativos, a saber:

- a) ser empregada de pessoa jurídica e esta ter aderido ao programa Empresa Cidadã; b) requerimento da empregada até o final do primeiro mês após o parto; e
- c) a empresa ser optante do sistema de lucro real.

A adesão ao programa é facultativa, e caso ocorra a adesão, a empresa passará a ter incentivo fiscal, pelo qual será abatido no imposto de renda da empresa (o valor pago a título de salário-maternidade durante o prazo da prorrogação não será compensado das contribuições previdenciárias, mas no imposto de renda).¹⁰⁹

A ampliação do período destinado ao contato da mãe com a criança é muito importante tanto para a criança quanto para a mãe. O próprio Ministério da Saúde destaca a importância da amamentação até os seis meses da criança, benefícios esses tanto para mãe quanto para a criança, conforme se vê:

Os benefícios do aleitamento materno são inúmeros. Além de estar sempre pronto, na temperatura certa e não custar nada, esse ato estimula o vínculo afetivo entre a mãe e o bebê e é fundamental para a saúde de ambos. No caso materno, a amamentação contribui para a recuperação do útero, diminuindo o risco de hemorragia e anemia após o parto. O aleitamento materno também ajuda a reduzir o peso e a minimizar o risco de desenvolver, no futuro, câncer de mama e de ovário, doenças cardiovasculares e diabetes. Para o bebê, além de ser de fácil digestão, o leite humano provoca menos cólicas e a sucção colabora para o desenvolvimento da arcada dentária, da fala e da respiração. Além disso, o leite funciona como uma vacina natural - que não substitui o calendário básico de vacinação -, protegendo a criança contra doenças como anemia, alergias, infecções, obesidade e intolerância ao glúten.¹¹⁰

A beneficiária que optar pela concessão da ampliação da duração da licença-maternidade ficará proibida de trabalhar em outra atividade remunerada durante o período da prorrogação e também é proibida de deixar a criança em creches durante o mesmo período.¹¹¹

109 BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. *Op. Cit.*, p.136

110 BRASIL. **Ministério da Saúde. Amamentação.** Disponível em:

<<http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/maternidade/pos-parto>>. Acesso em: 22 ago. 2013

111 BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. *Op. Cit.*, p.137

Destaca-se que, embora a legislação preveja a ampliação da duração da licença-maternidade, a Lei foi omissa ao tratar da questão da estabilidade provisória, não mencionando a possível extensão desta.

Atualmente, a garantia de emprego é de 150 (cento e cinquenta) dias após o parto, caso haja a extensão a duração da licença maternidade para 180 (cento e oitenta) dias, a empregada pode ser demitida durante a prorrogação de sua licença, pois estaria descoberta de tal garantia. O ideal seria que a estabilidade provisória, nos casos em que há a prorrogação de 60 (sessenta) dias, também chegasse a 210 (duzentos e dez) dias.¹¹²

112 *Ibid.*, p. 138

7 DA CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI EM VIRTUDE DO FALECIMENTO DA MÃE OU IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO

As instituições familiares vêm modificando-se ao longo dos anos e com o papel da mulher neste novo formato da entidade familiar não é diferente.

É certo que a responsabilidade para com os filhos, por força do disposto no texto constitucional, incube a pais e mães, responsabilidade esta que abrange o dever/direito de educar os filhos.

A Constituinte destinou à família uma proteção diferenciada, incluindo-se nesta a proteção a maternidade.

Em virtude das bases patriarcais de nossa sociedade, a figura da mãe é um referencial de cuidado no ambiente familiar, sendo a ela dedicada maior atenção por parte do Estado, a fim de que esta possa desenvolver os cuidados nos meses iniciais de vida do recém-nascido. Essa proteção especialmente perpassa a estabilidade de emprego, atingindo inclusive a promoção de verbas a fim de auxiliar o financeiramente a gestante no período de afastamento laboral.

Em virtude desta “predisposição” a vida familiar, seja ela dedicada aos afazeres domésticos, seja dedicada ao cuidado com os filhos, a conciliação entre o trabalho e a família se torna complicado.

É certo que, dada a esta visão, a mão de obra feminina passa a ser vista como um “peso”, uma vez que, possivelmente, em virtude a questões familiares poderá se afastar, como no caso de doença de um filho. Daí um dos motivos de ser, a mão de obra masculina mais atraente ao empregador.

Em virtude das mulheres se responsabilizarem pelos filhos e pela vida familiar a sociedade preconcebe a idéia de que a mulher deve ter filhos e cuidar da família – é a idéia de que o maior sonho de uma mulher é ser mãe e que a ausência de filhos a torna incompleta.¹¹³

O fundamento para essa idéia está no conceito de que a mulher naturalmente já possui um instinto maternal, uma tendência natural de cuidar da prole, ao passo que o homem é considerado como mais próximo do espaço

113 THOME, Candy Florencio. **Direitos de Conciliação entre o trabalho e família. Licença-maternidade e Licença-paternidade.** São Paulo: Ltr, 2009, p.51

público. Assim, biologicamente, a mulher possuiria uma predisposição natural para a sua adaptação ao espaço privada.¹¹⁴

Segundo Thome, o chamado instinto maternal está longe de ser um instinto, aproximando-se muito mais de um dado cultural que pouco ou nada se difere do instinto paternal.¹¹⁵

Assim, é plenamente possível que tanto o pai quanto a mãe possam educar seus filhos.

O “instinto maternal” é um elemento cultural e não biológico e que, tal como o “instinto paternal”, nem mais, nem menos deve ser protegido e promovido pelo Estado.¹¹⁶

De acordo com Badinter, mesmo entre as pessoas que acreditam em um instinto maternal natural, muitos afirmam que não apenas as mães são capazes de senti-lo, mas também os pais e terceiros, e por isso questiona o porquê de não se chamar de simplesmente amor, uma vez que esta premissa é contingente e progressivo.¹¹⁷

Para a sociedade, se a maternidade é destino, a paternidade é apenas uma eleição.¹¹⁸ Ao cultivar tal conceito, ignoramos o fato de que pais também possuem a capacidade de cuidar da prole, assim como as mães. Inclusive, deve ser salientado que não são incomuns casos onde homens desenvolvem brilhantemente o papel de pai e mãe¹¹⁹, cumulativamente, demonstrando claramente que o “instinto maternal ou paternal” é fruto social.

Certo é que, o pai também deve participar da vida da prole de maneira ativa, não como uma obrigação, mas também como direito de dividir a responsabilidade com a mãe. Neste sentido Thome afirma “[...] Ao homem deve ser dado tanto a obrigação como o direito de participar de forma mais ativa do cuidado de seus filhos.”¹²⁰

Resta, portanto, claro que o Estado legislador ao diferenciar o tempo

114 THOME, Candy Florencio. *Op cit.*, p.52

115 *Ibid.*, p.53

116 *Ibid.*, p.53

117 BADINTER, Elisabeth *apud* THOME, Candy Florencio. **Direitos de Conciliação entre o trabalho e família. Licença-maternidade e Licença-paternidade**. São Paulo: Ltr, 2009, p.53

118 *Ibid.*, p.53

119 Neste sentido ver: HYAKUTAKE, Ayscha. Estes Pais são umas Mães. **Atitude São Paulo – A revista dos bairros**, 24 abr. 2011. Disponível em: <

<http://www.atitudesaopaulo.com.br/?p=3719>>. Acesso em: 28 set. 2013.

120 THOME, Candy Florencio. *Op. Cit.*, p.53

dedicado a pais e mães não adota critérios cientificamente ponderados, visto que pelos motivos já expostos não há que se falar em um maior “instinto” materno ou paterno. Logo, trata-se de um critério meramente social, reflexo este do paternalismo a qual a sociedade é fruto.

No que pese a licença-maternidade ter a duração de 120 (cento e vinte) dias – podendo alcançar 180 (cento e oitenta) dias – a licença-paternidade possui a duração de 5 (cinco) dias, sendo nítida portanto, a sua desproporcionalidade, questão está que não é objeto deste trabalho.

O legislador ao determinar a proteção à maternidade, ao contrário do restante de toda a legislação, utilizou todos os substantivos no feminino objetivando translucidamente não deixar dúvidas que tal benefício é destinado às mulheres.

Contudo, o texto normativo da CLT é datado de 1943, época em que os contornos familiares, bem como a idéia de família eram bem distintos dos atuais. Ressalta-se que, até mesmo os ditames para a adoção eram diferentes dos regramentos atuais.

Embora exista a previsão da fruição pela mãe, a legislação é omissa no que tange a possibilidade de a gestante falecer no parto ou ser acometida de algum mal que a impeça de fruir o benefício.

É cediço que o período da duração da licença-maternidade não objetiva exclusivamente a recuperação do desgaste físico ocasionado pelo parto, mas sim aproximar e estreitar os laços familiares, além de incentivar o aleitamento materno como fator de fortalecimento da saúde da mãe e do bebê.

Ocorre, porém, que não é raro a mãe, devido a complicações durante o parto ou logo após, venha a óbito. Até 2009, segundo dados do Ministério da Saúde, vivíamos uma tragédia silenciosa nas maternidades, principalmente, naquelas que prestavam atendimento pelo Sistema Único de Saúde – SUS: cerca de 1,5 mil mulheres morriam no Brasil por complicações na gestação, no parto ou em até 42 (quarenta e dois) dias após o nascimento do filho sendo esta a mesma quantidade de registros em 1996, 13 anos atrás.¹²¹

Dada a esta tragédia anunciada vivida pelo Brasil a redução da

121 SASSINE, Vinicius. Cerca de 1.500 mulheres morrem todos os anos no Brasil no momento do parto. **Correio Braziliense**. 05 set. 2010. Disponível em <http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/09/05/interna_brasil,211566/index.shtml>. Acesso em: 28 set. 2013.

mortalidade materna tornou-se um dos objetivos de desenvolvimento do milênio¹²² acertados pela Organização das Nações Unidas – ONU.

A meta de redução consiste em três quartos entre 1990 e 2015, o que representa valor igual ou inferior a 35 (trinta e cinco) óbitos maternos por grupo de 100.000 (cem mil) nascidos vivos.

Desde o final da década de 1980, o Brasil vem desenvolvendo ações para melhorar a cobertura e a qualidade das informações sobre mortes maternas. Entre estas, vale ressaltar a implantação e estruturação de comitês de mortalidade materna e a institucionalização da vigilância do óbito materno (Portaria MS/GM nº 1.119/2008).¹²³

Com o intuito de alcançar objetivos definidos, o governo brasileiro lançou o projeto Rede Cegonha¹²⁴, que em 2011 registrou uma redução de 21% (vinte e um por cento) do número de óbitos maternos em relação a 2010.¹²⁵ Estas ações visam efetivar a proteção da mãe e ao bebê.

Na hipótese de ocorrer o falecimento da mãe, no parto ou em seguida, ou por algum motivo seja esta acometida de mal que lhe impossibilite a fruição além do luto e tristeza familiar, tem-se a problemática da ausência da tutela legislativa.

É certo que em respeito ao princípio da separação de poderes, a teoria dos freios e contrapesos e ao disposto no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil¹²⁶, deve o judiciário brasileiro, em regra, abster-se de legislar em virtude de ser esta uma competência típica do poder

122 Ver mais em: 8 jeitos de mudar o mundo. Disponível em:
<<http://www.objetivosdomilenio.org.br/gestantes/>> Acesso em: 28 set. 2013.

123 BRASIL. **Ministério da Saúde. Boletim 1/2012 - Mortalidade materna no Brasil.** Disponível em:
<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/index.cfm?portal=pagina.visualizarTexto&codConteudo=6403&codModuloArea=783&chamada=boletim-1/2012_-_mortalidade-materna-no-%20%20brasil> Acesso em: 28 set. 2013

124 BRASIL. **Ministério da Saúde. Rede Cegonha.** Disponível em:
<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/gestor/visualizar_texto.cfm?idtxt=37082> Acesso em: 28 set. 2013

125 SCHIMDT, Fabiane; OLIVEIRA, Tinna. Rede Cegonha reduz mortalidade materna em 21%. Portal da Saúde, 25 mai. 2012. Disponível em:
<<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/5286/162/rede-cegonha-reduz-mortalidade-materna-em-21.html>> Acesso em: 28 set. 2013

126 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 2º - “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

legislativo.

Contudo, havendo situação fática não tutelada pelas normas vigentes deve o magistrado utilizar os meios de interpretação hermenêutica a fim de tutelar o pleito¹²⁷, sendo esta, portanto, uma exceção.

Ocorre, porém, que no que tange ao tema fruição de licença-maternidade por homens em caso de falecimento da mãe ou impossibilidade desta, não há legislação específica, sendo as situações atuais reguladas pelo entendimento do magistrado responsável pela análise do caso concreto.

É certo que por não haver uma legislação específica quanto a estas situações cria-se uma insegurança jurídica, vez que as manifestações de tribunais estaduais não se vinculam.

Toda criança, conforme disposição expressa do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA¹²⁸ possui o direito de ser criado no seio familiar. Esse cuidado nos primeiros meses de vida é importantíssimo, como forma de estreitamento de laços do recém-nascido com o mundo exterior.

O falecimento da mãe no período de licença retira do recém-nascido a possibilidade de convivência com a sua genitora, e o mais grave: esta nova vida é totalmente indefesa.

Atualmente não há em nosso ordenamento legislação que trate desta hipótese, contudo está em tramitação no legislativo federal o projeto de lei nº 3.212/12, de autoria da deputada Andreia Zito, datado de 14 de fevereiro de 2012, onde objetiva-se a alteração legislativa a fim de conceder ao pai empregado o direito à licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, nos casos de falecimento da mãe, em decorrência de complicações no parto ou nos casos de invalidez permanente ou temporária da genitora, declarada por junta médica. Tal projeto de lei (PL) tramita pensando ao PL nº 6.753/2010 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, objetivando a mesma alteração.

Enquanto não há a manifestação legislativa quanto à hipótese de fruição da licença-maternidade pelo pai viúvo, a doutrina se divide quanto à

127 BRASIL. **Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil, art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito

128 BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, art. 19 - Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família [...]

possibilidade ou não da fruição na atual organização jurídica brasileira.

Nos casos em que há o falecimento ou impossibilidade de fruição, a atual sistemática jurídica não permite que homens usufruam a licença-maternidade. Tal posição é defendida por Thome que afirma: “[...] o homem nunca pode desfrutar das licenças-maternidade, nem com a anuência da mãe, nem em caso de doença ou falecimento dessa [...]”.¹²⁹

Tal posição é totalmente temerária uma vez que impossibilita que o pai exerça o cuidado para com seu filho. Esta tese funda-se em uma interpretação literal da lei tendo como fundamento que, diante da ausência legislativa, não se deve estender o tempo de licença, tão pouco o benefício previdenciário, uma vez que trata-se de benefícios concedido apenas às mães (sexo feminino).

Em contraposição, o judiciário nacional vem se posicionando no sentido de efetivar a proteção da criança, deferindo assim ao pai o direito de fruição da licença maternidade.

Merece destaque a decisão da juíza Ivani Silva da Luz, da 6ª Vara Federal do Distrito Federal, que acatou o pedido liminar em Mandado de Segurança ajuizado contra o ato da coordenadora substituta de Recursos Humanos do Departamento de Polícia Federal, que recusou a solicitação administrativa feita pelo funcionário viúvo para a fruição da licença-maternidade em virtude ao falecimento de sua esposa.¹³⁰

Destaca-se inclusive, que a decisão liminar foi mantida na sentença de mérito e atualmente¹³¹ o referido mandado de segurança encontra-se em segunda instância aguardando decisão final.

Na decisão de mérito, a douta Magistrada assevera:

[...] a Constituição Federal estabeleceu no art. 226 que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e elencou no rol dos direitos sociais do art. 7º o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias e a licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

Registre-se, ainda, que ambos os genitores são responsáveis pela concretização do direito fundamental à proteção da infância e do princípio da dignidade humana insculpidos na Constituição Federal. Tanto que o texto constitucional estabelece, genericamente a

129 THOME, Candy Florencio. *Op. Cit.*, p.107

130 BALIARDO, Rafael. Viúvo, pai de recém-nascido, obtém licença maternidade, 12 fev. 2012. **Consultor Jurídico**. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2012-fev-12/viuvo-pai-recem-nascido-direito-licenca-maternidade>> Acesso em: 29 set. 2013.

131 Data referência 10 de outubro de 2013.

igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I) e estabelece a isonomia entre eles quanto à responsabilidade pelo casamento/união estável e pela criação dos filhos (art. 226, § 5º).¹³²

Aduz ainda que:

É certo que o princípio da isonomia significa tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades e, nesta senda, a diferença fisiológica entre homens e mulheres justifica a concessão de licença-maternidade em prazo maior que a da licença-paternidade. No entanto, a interpretação constitucional não pode ser literal, mas sistemática, conferindo a máxima eficácia aos direitos fundamentais nela previstos, mediante a ponderação dos interesses envolvidos.

Embora não exista previsão legal de licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, esta não deve ser negada ao genitor, ora impetrante, pois o fundamento desse direito é proporcionar à mãe período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais a sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento.

Na ausência da genitora, tais cuidados devem ser prestados pelo pai e esse direito deve ser assegurado pelo Estado, principalmente no caso dos autos, em que, além de todas as necessidades que um recém-nascido demanda, ainda há a dor decorrente da perda da esposa.

Nessas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre o da legalidade estrita, que concede tão somente às mulheres o direito de gozo da licença-maternidade. (grifo nosso)¹³³

Ante a colisão de princípios constitucionais, acertadamente, a Douta Magistrada privilegia o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento ao princípio da legalidade.

A concessão da licença-maternidade, por via conseqüente, acarreta a concessão do salário-maternidade, que embora distintos complementam-se.

Nesta esteira, o juiz federal Leonardo Castanho Mendes da 2ª. Turma Recursal do Paraná, assim decidiu:

SALÁRIO-MATERNIDADE. REQUERENTE O PAI VIÚVO. ART. 71 DA LEI 8.213/91. INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA.

Conquanto mencione o art. 71 da Lei 8.213/91 que o salário-maternidade é destinado apenas à segurada, situações excepcionais, como aquela em que o pai, viúvo, é o responsável pelos cuidados com a criança em seus primeiros meses de vida, autorizam a interpretação ampliativa do mencionado dispositivo, a fim de que se conceda também ao pai o salário-maternidade, como forma de cumprir a garantia constitucional de proteção à vida da criança,

132 Mandado de Segurança nº 6965-91.2012.4.01.3400/DF. 6º Vara. TRF 1ª Região. Juíza Ivani Silva da Luz. D.E, 25 mai. 2012.

133 Mandado de Segurança nº 6965-91.2012.4.01.3400/DF. *Op.cit.*

prevista no art. 227 da Constituição Federal de 1988. Recurso do autor provido¹³⁴.

Verifica-se, portanto, que ante a ausência de tutela legislativa levam-se em consideração os princípios constitucionais e aqueles princípios infraconstitucionais que regem a proteção à criança.

Não deve prosperar a tese de que a concessão da pensão por morte impede a concessão do salário-maternidade, haja vista que tanto os fatos geradores quanto beneficiários.

O período de duração da licença-maternidade não é precipuamente determinado por ser o parto fator “incapacitante” da mãe, mas sim como forma de aproximar a mãe e o filho.

Logo, numa interpretação sistêmica do ordenamento jurídico na ausência da mãe, deve o pai assumir a titularidade (por substituição) do gozo da licença e do salário-maternidade. Tal interpretação privilegia a paternidade responsável, bem como a equidade de direitos e obrigações com os filhos esculpidos no bojo constitucional.

134 Recurso Cível N° 5002217-94.2011.404.7016/PR, por maioria, julgado em 28/02/2012.

8 DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Recentemente foi sancionada a Lei nº 12.873¹³⁵, de 24 de outubro de 2013, que modificou a redação do artigo 392-A da CLT e criou os artigos 392-B e 392-C, além de alterar a redação do artigo 71-A da Lei nº 8.213/1991 e criar os artigos 71-B e 71-C da mesma lei.

A nova Lei, na seara previdenciária, deu nova redação ao artigo 71-A da Lei nº 8.213/1991, determinando que o salário-maternidade seja devido ao segurado (e não tão somente a segurada) que adotar ou obtiver a guarda. Assim, homens que adotam ou obtêm a guarda de criança, terão direito ao benefício previdenciário nas mesmas condições daquele deferido a mulheres.

Dada a expressa previsão trazida no §1º do artigo 71-A, não há dúvidas que o custeio do referido benefício será encargo da Previdência Social. Destaca-se que, conforme já defendido neste trabalho acadêmico¹³⁶, o encargo trazido pela ampliação do benefício não poderia se tornar ônus do empregador, sob pena de ser tido como empecilho para novas adoções e obtenções de guarda.

Outra questão abordada pela nova Lei é a adoção ou guarda obtida por pessoas do mesmo sexo. O § 2º do artigo 71-A é claro ao prever que não será deferido mais de um benefício previdenciário oriundo do mesmo processo de guarda ou adoção. Assim, caso uma dupla de pessoas do mesmo sexo adotem ou obtenham a guarda, apenas uma delas poderá usufruir do benefício previdenciário.

De forma inovadora, a nova Lei criou o artigo 71-B, que assegura ao cônjuge ou companheiro sobrevivente a percepção do salário-maternidade em casos de falecimento da genitora, sendo este objeto parcial da temática abordada neste trabalho. No § 1º há a determinação de que o requerimento do benefício deverá ser feito até o último dia do prazo previsto para o benefício

135 BRASIL. **Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013**. Altera as Leis n 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, e 24 de julho de 1991, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1942 - Consolidação das Leis do Trabalho e outros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm> Acesso em: 28 out. 2013.

136 Questão abordada no capítulo 4.3, deste trabalho.

originário, tratando-se, portanto, em nossa opinião, de um prazo decadencial do exercício de tal direito.

Quanto ao pagamento, determina o § 2º que será realizado pela Previdência Social, durante o período do óbito e o último dia do pagamento do benefício originário, sendo calculado sobre:

- I - a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso;
- II - o último salário-de-contribuição, para o empregado doméstico;
- III - 1/12 (um doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado; e
- IV - o valor do salário mínimo, para o segurado especial.

Tal normativa também se aplica aos casos de adoção e guarda, conforme a determinação do § 3º do referido artigo, ou seja, caso o adotante ou guardião faleça durante o curso da fruição do benefício previdenciário, o cônjuge ou companheiro sobrevivente, fará jus à percepção do benefício previdenciário pelo tempo restante.

Por fim, a norma previdenciária acrescenta como condicionante para a percepção do benefício previdenciário o afastamento laboral, conforme se verifica no artigo 71-C, assim, para que haja o pagamento do benefício previdenciário ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, é necessário que o segurado se afaste das atividades laborativa sob pena de suspensão do benefício previdenciário.

No que tange a norma trabalhista, a novíssima legislação trouxe importantes alterações quanto ao direito à licença-maternidade da adotante. Com a nova redação, trazida pelo artigo 6º da referida Lei, a empregada adotante usufruirá a licença-maternidade nos mesmos moldes daquela concedida as mães biológicas. Tal alteração consolida a visão constitucional de isonomia entre filhos adotados e os biológicos.

Outra inovação foi à inclusão do §5º, no artigo 392-A, tal dispositivo determina que em caso de adoções ou guardas conjuntas a licença-maternidade será usufruída por apenas um dos adotantes ou guardiões. Logo, caso duas pessoas do mesmo sexo adotem ou obtenham a guarda de uma criança apenas uma delas fará jus ao afastamento laboral.

A hipótese da adoção exclusiva por homens, com a nova lei também passou a ser tutela, assim, conforme o disposto no artigo 392-C, o empregado que adotar ou obter a guarda terá direito à licença-maternidade nos moldes daquela concedida a mulheres, sendo, portanto esta, uma valorização do direito do pai em formar vínculos com seu filho e ratificação dos princípios de proteção a infância.

Por fim, ainda na seara trabalhista, parte do tema abordado neste trabalho foi regulamentada: a fruição da licença-maternidade a homens no caso de falecimento da mãe. Em virtude o teor do artigo 392-B, o cônjuge sobrevivente ou companheiro, fará jus à fruição da licença-maternidade integralmente ou do tempo restante dela, a depender do momento do falecimento, desde que o recém-nascido não venha a óbito tão pouco seja abandonado.

A nova legislação mostra uma nova preocupação estatal: o fortalecimento das relações familiares. Assim, com essa mudança legislativa o pai poderá dedicar-se ao seu filho sem prejuízo de seus vencimentos.

As alterações trazidas pela nova Lei entram em vigor noventa dias após a publicação, ou seja, 22 de janeiro de 2014.

Salienta-se que tal lei é oriunda do Projeto de Lei de Conversão nº 25/2013 (Medida Provisória nº 619/2013), e apresenta, no item 15 da exposição de motivos¹³⁷, a necessidade de sua conversão como forma de ampliar a proteção a infância, sendo este o fundamento para a alteração da normativa trabalhista; quanto à alteração da normativa previdenciária faz referência, no item 16, a Ação Civil Pública nº 5019632-23.2011.404.7200, de 03 de maio de 2012, aduzindo que o Instituto Nacional de Seguro Social já vem dando cumprimento à decisão proferida em 1º grau e informando que a até então proposta atende o disposto no art. 195, § 5º, da Constituição Federal, ou seja, há a correspondente fonte de custeio legitimando assim a alteração legislativa proposta.

137 Anexo I.

9 CONCLUSÃO

Durante a história a mão de obra feminina foi tida como inferior à mão de obra masculina, visão esta derivada principalmente da premissa que a mulher deveria ser dedicada à vida doméstica, à família e à prole.

Essa visão perdurou por séculos, sendo inclusive duramente combatido pelos movimentos feministas que buscavam a efetivação da igualdade de gênero.

No que tange aos direitos sociais, o Estado ao longo da história vem sofrendo mutações consideráveis e cada vez mais se afastando da idéia de Estado-autoritário e por consequência aproximando-se da idéia de Estado-garantidor como de forma a ampliar os direitos sociais até então conquistados, visando nitidamente o fortalecimento dos laços sociais.

Ao longo dos anos a inserção da mão de obra feminina foi aumentando, e a sociedade vivenciando contornos diferentes, onde a mulher passou a ser mais ativa na sociedade. Levando em consideração a própria mudança da visão estatal, a evolução legislativa é nítida: com a incorporação do princípio da isonomia, buscou-se efetivar a proteção desta mão de obra.

Na mesma esteira, a valorização dos direitos sociais como um todo ocasionou que a célula-mãe do Estado, a família, alcançasse posição destacada.

A família é considerada a base do Estado e por tal deve ser a ela destinada proteção. Dentre as proteções as relações familiares estão à proteção a maternidade e a criança.

Incumbe a mulher a responsabilidade de gestar uma nova vida. Durante o período da gestação, biologicamente, a mulher se torna mais frágil e por tal deve o Estado promover formas de proteger tal período, a fim de garantir a proteção à família.

Objetivando conjuntamente a proteção do mercado de trabalho da mulher, bem como o devido cuidado com o recém-nascido é instituído a licença-maternidade e como forma de não onerar o empregador, é instituído o salário-maternidade – com natureza de benefício previdenciário – como meio de garantir proventos de natureza salarial a mulher no período pós-parto.

A licença-maternidade é instituto tipicamente trabalhista, enquanto o salário-maternidade apresenta natureza previdenciária.

Embora a licença-maternidade e o salário-maternidade não se confundam a concessão deste sem aquele é impraticável, vez que extirpa o objetivo precípuo da sua concessão.

A beneficiária tanto da licença-maternidade quanto do salário-maternidade é a mãe do recém-nascido e em caso de adoção ou guarda, a adotante ou a titular da guarda.

Embora o legislador tenha consagrado no texto constitucional a isonomia de gênero e a isonomia no que tange as responsabilidades familiares, no tocante aos cuidados com os filhos há uma grande diferença do tempo tutelado legalmente para o contato entre mãe e filho.

O legislador Constituinte, com a ausência de fundamento biológico, determinou que, até que seja regulamentado por legislação infraconstitucional, deverá ao pai ser destinado um período de afastamento, custeado pelo empregador, de 5 (cinco) dias, enquanto à mãe é destinado um período constitucional de 120 (cento e vinte) dias prorrogáveis por até 60 (sessenta) dias, custeado pela seguridade social, a fim de desenvolver o cuidado com o filho.

No entanto, é cediço que no Brasil ainda é alto o número de óbito no parto ou logo após, em virtude de complicações. Nestas situações, e naquelas em que mesmo não havendo o óbito a mãe está impossibilitada de realizar os cuidados com o filho, a legislação brasileira é totalmente omissa quanto à fruição do benefício previdenciário, bem como a licença trabalhista.

A conclusão, portanto, neste trabalho que, em prol do bem estar da criança e no sentido de fortalecer os laços de uma família que eventualmente estará enlutada, a melhor interpretação da legislação infraconstitucional é que seja deferida a licença trabalhista, bem como o benefício previdenciário ao pai a fim de que este possa realizar os cuidados necessários com o recém-nascido. Tal entendimento, por meio da analogia também deve ser tido nos casos de guarda e adoção, aonde eventualmente a mãe venha a óbito, ou seja, acometida de mal que lhe impossibilite a fruição, não sendo entendimento que trará prejuízo a Previdência uma vez que tratará de substituição de beneficiários.

Além da licença-maternidade, é sustentado ainda que, todos os outros benefícios a qual a gestante, faria jus, desde compatíveis, deve ser deferido ao pai, logo, o melhor entendimento, é que o pai além da licença-maternidade e salário-maternidade faça jus a estabilidade provisória de emprego, a fim de que se obtenha a tutela máxima e efetiva do bem estar da criança.

Tal posição, em virtude da novíssima Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013, foi adotada parcialmente pelo legislador, que trouxe a previsão de fruição do cônjuge ou companheiro sobrevivente tanto do benefício previdenciário quanto da licença trabalhista. Contudo, ainda não há a previsão do acometimento de mal que impossibilite a dedicação de tempo e cuidado ao recém-nascido.

Logo, embora se tenha avançado nos termos de proteção a unidade familiar, conclui-se que o legislador infraconstitucional ainda não tutela todas as possibilidades quanto à efetiva proteção da maternidade, motivo pelo qual se sugere uma nova alteração legislativa a fim de fazer-se incluir a previsão de fruição do benefício previdenciário pelo cônjuge ou companheiro caso a genitora seja acometida de mal que lhe impossibilite o devido cuidado com o recém-nascido.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A concessão do salário maternidade na gestação substitutiva. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7910>. Acesso em: 15 set. 2013

BACHUR, Tiago Faggiono; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade - Na Teoria e na Prática**. Franca: Lemos e Cruz, 2011.

BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BALIARDO, Rafael. Viúvo, pai de recém-nascido, obtém licença maternidade, 12 fev. 2012. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-12/viuvo-pai-recem-nascido-direito-licenca-maternidade>>. Acesso em: 29 set.. 2013

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Edição. São Paulo: Editora LTr, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3º Edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em 19 set. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm#art189> Acesso em: 19 set. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 30 ago. 2013

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso em: 19 set. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 21.417, de 17 de Maio de 1932**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>> Acesso em: 28 ago. 2013

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 ago. 2013

BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 11 set. 2013

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm> Acesso em: 30 ago. 13

BRASIL. **Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974**. Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm>. Acesso em: 11 set. 2013

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 29 set. 2013

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2013

BRASIL. **Lei nº 9.528 de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9528.htm>. Acesso em: 16 set. 2013

BRASIL. **Lei nº 9.876 de 26 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9876.htm>. Acesso em: 13 set. 2013

BRASIL. **Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002**. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm. Acesso em: 16 set. 2013

BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm> Acesso em: 20 set. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm#art8>. Acesso em: 16 set. 2013

BRASIL. **Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013**. Altera as Leis n 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, e 24 de julho de 1991, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1942 - Consolidação das Leis do Trabalho e outros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm> Acesso em: 28 out. 2013.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Amamentação.** Disponível em:
<<http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/maternidade/pos-parto>>. Acesso em: 22 ago. 2013

BRASIL. **Ministério da Saúde. Boletim 1/2012 - Mortalidade materna no Brasil.** Disponível em:
<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/index.cfm?portal=pagina.visualizarTexto&codConteudo=6403&codModuloArea=783&chamada=boletim-1/2012-_-mortalidade-materna-no-%20%20brasil> Acesso em: 28 set. 2013

BRASIL. **Ministério da Saúde. Rede Cegonha.** Disponível em:
<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/gestor/visualizar_texto.cfm?idtxt=37082>
Acesso em: 28 set. 2013

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do trabalho.** Legislação Complementar Jurisprudência. 31ª Edição Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CARVALHO, Nordson Gonçalves de. Licença maternidade à mãe adotante. **Consultor Jurídico.** Disponível em:
<<http://www.zainaghi.adv.br/web/view2.asp?paNumero=1242>>. Acesso em: 16 set. 2013

CESARIANO JÚNIOR, Antonio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito Social.** 2ª edição. São Paulo: LTr, 1993.

CONSULTOR JURÍDICO. **Artigo 392-A da CLT é inconstitucional.** Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2009-set-10/inconstitucional-relacionar-licenca-mae-adotante-idade-filho>> Acesso em 17 out. 2013.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. **Breve análise do princípio da isonomia.** Disponível em: <http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 10ª Edição. São Paulo: Editora LTr, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2000.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A licença-maternidade deve ser uniformizada. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-27/licenca-maternidade-casos-adocao-guarda-uniformizada>>. Acesso em: 16 set. 2013.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

HYAKUTAKE, Ayscha. Estes Pais são umas Mães. **Atitude São Paulo – A revista dos bairros**, 24 abr. 2011. Disponível em <<http://www.atitudesaopaulo.com.br/?p=3719>>. Acesso em: 28 set. 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho. História e Teoria Geral do Direito do Trabalho Relações Individuais e Coletivas do Trabalho**. 26ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MELLO, Simone Barbosa de Martins. Licença de mãe adotante depende da idade da criança. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-07/prazo-licenca-mae-adotante-ainda-depende-idade-crianca>>. Acesso em: 16 de set. 2013.

MELO, Floro de Araújo. **Trabalho da Mulher na História**. Revista LTr de Legislação do Trabalho e Previdência Social. São Paulo: Editora LTr, 1980.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PARREIRA, Natalia. Aspectos relevantes acerca da proteção à maternidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10562>. Acesso em: 15 ago. 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2010.

PROBST, Elisiana Renata. **A evolução da mulher no mercado de trabalho**. Instituto Catarinense de Pós-Graduação. Disponível em <<http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2013

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Salário- Maternidade à Luz da Proteção Previdenciária**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

RIBEIRO, Leandro de Moura. A igualdade jurídica de homens e mulheres: Constituição e ações afirmativas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9390>. Acesso em: 15 ago. 2013

ROCHADEL, Greicy Mandelli Moreira. História do trabalho da mulher. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3898>. Acesso em: 15 ago. 2013.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 43ª Edição. Atualizada, Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Ltr, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SASSINE, Vinicius. Cerca de 1.500 mulheres morrem todos os anos no Brasil no momento do parto. **Correio Braziliense**. 05 set. 2010. Disponível em <

http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/09/05/interna_brasil,211566/index.shtml>. Acesso em: 28 set. 2013.

SCHIMDT, Fabiane; OLIVEIRA, Tinna. Rede Cegonha reduz mortalidade materna em 21%. **Portal da Saúde**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/5286/162/rede-cegonha-reduz-mortalidade-materna-em-21.html>> Acesso em: 28 set. 2013

SILVA, Aarão Miranda da. O direito do trabalho da mulher e a maternidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1751>. Acesso em: 15 ago. 2013.

SILVA, Homero Batista M. da. **Curso de direito aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor**. São Paulo: Campus Jurídico, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Livio Augusto Rodrigues de Souza e. **O princípio constitucional da isonomia – conteúdo e aplicação**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BFFC143915-ACA6-4147-9CE4-FD6393548565%7D_010.pdf> Acesso em: 30 ago. 2013.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: Regime geral de previdência social e regimes próprios de previdência social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

THOME, Candy Florencio. **Direitos de Conciliação entre o trabalho e família. Licença-maternidade e Licença-paternidade**. São Paulo: Ltr, 2009.

TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore. Os segurados da Previdência Social. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11213>. Acesso em: 15 set. 2013.

TRINDADE, Ana Luisa. INSS é obrigado a pagar salário maternidade de 120 dias às mães adotantes. 06 de junho de 2002. **Fernandes Sociedade de Advogados**. Disponível em: <<http://blog.nfernandes.com.br/?p=1920>>. Acesso em: 17 out. 2013.

VICENTE, Sabino Júnior. **A emancipação sócio-jurídica da mulher**. São Paulo: Juriscredi, [1900?].

ANEXO I

EMI nº 00007-A/2013 MDS MAPA MF MDA MP MPS

Brasília, 6 de Junho de 2013

Excelentíssima Senhora Presidenta da República,

Submetemos à apreciação de Vossa Excelência a anexa minuta de Medida Provisória que: autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento - Conab a contratar diretamente o Banco do Brasil para realizar obras e serviços no âmbito da sua rede armazenadora em todo o território federal; altera as Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, no que se refere ao Seguro Especial e ao salário-maternidade nos casos de adoção; altera a Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011, que institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; atribui força de escritura pública aos contratos de financiamento, e suas respectivas alterações, celebrados pelas instituições financeiras por meio de instrumentos particulares para aquisição de imóvel rural com recursos do Fundo de Terras e da Reforma Agrária, de que trata a Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998; autoriza o financiamento com recursos do Fundo de Terras e da Reforma Agrária das despesas com pagamento de tributos referentes a bens imóveis, serviços de medição, incluindo topografia e georreferenciamento, custas e emolumentos cartorárias, bem como as custas cartorárias decorrentes do processo de renegociação de dívida; institui o Programa Nacional de Apoio à Captação de Água de Chuva e Outras Tecnologias Sociais de Acesso à Água - Programa Cisternas; altera os prazos máximos do penhor agrícola e do penhor pecuário estabelecidos pelo Decreto Lei nº 167, de 1967, que dispõe sobre títulos de crédito rural, e pela Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil; inclui o setor brasileiro de armazenagem de grãos como beneficiário do programa de subvenção econômica sob a modalidade de equalização de juros e dá outras providências.

2. A capacidade instalada de armazenagem de grãos no Brasil e a sua expectativa de evolução é tema estrutural ao setor do agronegócio brasileiro. O crescimento da produção de grãos brasileira, em toneladas, nos últimos 15 anos foi de

217% (duzentos e dezessete por cento) que em termos anuais representa uma evolução de 5,3% (cinco vírgula três por cento). Esse desempenho não foi acompanhado por investimentos adequados na infraestrutura de escoamento e de armazenagem dessa produção. Isso resulta em gargalos significativos que implicam custos logísticos e, conseqüentemente, perdas de competitividade, afetando as exportações brasileiras. Inúmeras medidas já foram tomadas pelo Governo Federal para ampliar, adequar e modernizar a atual infraestrutura brasileira de escoamento da produção nacional. Todavia, verifica-se a necessidade de ampliar e adequar o sistema nacional de armazenagem.

3. Nesse contexto, sugere-se alterar a Lei nº 12.096, de 29 de novembro de 2009, para possibilitar o financiamento de novas estruturas de armazenagem com recursos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e com subvenção econômica sob a modalidade de equalização de taxa de juros.

4. No mesmo sentido, é imperativo dotar a Conab de capacidade na área de engenharia para atuar de forma rápida e eficaz na ampliação e modernização de suas unidades de armazenagem.

5. A Conab exerce um papel estratégico na política agrícola do Governo Federal atuando como braço operacional do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome (MDS), sendo fundamental para a implantação do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e para a ampliação e qualificação no atendimento dos povos indígenas, quilombolas, comunidades de terreiro e famílias acampadas que aguardam para serem assentadas pelo Plano Nacional de Reforma Agrária. A Conab tem exercido também um papel importante para o Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), na execução dos programas PAA, Programa de Garantia de Preços para a Agricultura Familiar (PGPAF) e, mais recentemente, na Política de Garantia de Preços Mínimos da Agricultura Familiar (PGPM-AF). A Companhia tem se destacado, ainda, na operacionalização das doações para ajuda humanitária internacional, em apoio ao Ministério de Relações Exteriores, no contexto da Coordenação-Geral de Ações Internacionais de Combate à Fome (CGFome), em parceria com o Programa Mundial de Alimentos (PMA).

6. Com o agravamento da situação de emergência no Semiárido brasileiro, em função da forte seca que afeta a região há mais de ano, a Conab foi chamada a exercer um papel crucial na distribuição do milho para ração animal, por meio do Programa de Vendas em Balcão.

7. Reconhecendo a necessidade de ampliar a capacidade estática de armazenagem do país, faz-se necessário assegurar a modernização, reforma e ampliação da capacidade própria de armazenagem da Companhia Nacional de Abastecimento.

8. O aumento da capacidade estática da rede própria de armazenagem da União, por meio da Conab, visa melhorar a efetividade na formação dos estoques públicos, ampliar a capacidade de atendimento aos programas sociais do governo, promover ações de regulação dos preços mínimos, regular o abastecimento dos principais alimentos básicos (grãos e farinha de mandioca), ampliar a oferta destes produtos e minimizar as oscilações de preços e os riscos de impacto sobre a inflação.

9. Segundo o Censo Agropecuário de 2006, 279 mil estabelecimentos

agropecuários declararam obter receitas de agroindústria. Desse total, perto de 120 mil trabalhavam com a produção de farinhas, mandioca na quase totalidade; perto de 50 mil com queijos; 15 mil com goma ou tapioca; outros 15 mil com bolos pães e biscoitos; 10 mil com carnes ou embutidos; 5 mil com rapaduras; 3 mil com vinhos e; outros milhares de estabelecimentos com cachaças, doces, compotas, melados, derivados de mel, artesanato, turismo rural, etc.

10. As Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, ao tratarem da condição de Segurado Especial, na qual se inserem os agricultores familiares e demais beneficiários da Lei nº 11.326 de 2006, a Lei da Agricultura Familiar, preveem que os mesmos possam desenvolver atividades agroindustriais, de turismo rural e artesanato sem a sua descaracterização como segurados especiais.

11. A formalização de tais iniciativas de beneficiamento, agroindustrialização, turismo rural e artesanato, na maioria das vezes, passa pela criação de uma pessoa jurídica, seja porque as legislações e regulamentos sanitários assim o exigem, seja porque as questões fiscais e tributárias também o fazem.

12. Ocorre que existe uma lacuna e, ao mesmo tempo, uma falta de clareza a respeito da condição do segurado especial, na medida em que, entre as hipóteses de descaracterização da condição de segurado especial, encontra-se, justamente, o seu enquadramento em qualquer outra categoria de segurado obrigatório, o que inclui a sua vinculação à previdência social na condição de pequeno empresário, como contribuinte individual. Diante disso, o desenvolvimento dessas atividades acaba ocorrendo, na grande maioria dos casos, de maneira informal.

13. Com a alteração proposta nesta Medida Provisória, objetiva-se estimular a formalização dos empreendimentos da agricultura familiar, inclusive para atuarem no mercado institucional. Nesse contexto, estão inseridas as Políticas Públicas do Governo Federal relativa à aquisição de produtos da agricultura familiar através do Programa de Aquisição de Alimentos – PAA e do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE.

14. De modo geral, a medida além de eliminar riscos de descaracterização do agricultor familiar como segurado especial, também, promove segurança sanitária dos alimentos expostos à comercialização pelos empreendimentos rurais, contribuindo na saúde das populações consumidoras.

15. Propõe-se ainda a alteração da redação do art. 71-A da Lei n.º 8.213, de 1991, a fim de que seja assegurado o salário-maternidade, pelo período de 120 (cento e vinte) dias, à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, independentemente da idade. Sabe-se que o art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação alterada pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, ampliou o período de licença da segurada empregada, sem restrição de idade da criança, mas não houve a mesma ampliação no que se refere ao benefício previdenciário. Dessa forma, a medida ora proposta se coaduna com a proteção à infância e com a necessidade de convívio mais intenso entre adotante e adotado, evitando, assim, qualquer discriminação no mercado de trabalho da mulher, na medida em que a despesa da empresa com a sua remuneração no período será custeada pelo Regime Geral de Previdência Social. (GRIFO NOSSO)

16. Cumpra esclarecer, finalmente, que tal alteração vem ao encontro da

sentença proferida na Ação Civil Pública nº 5019632-23.2011.404.7200, em 03 de maio de 2012, pelo Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC, que já vem sendo plenamente cumprida, por parte do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em todo o território nacional, de forma que a proposta em tela atende o contido no art. 195, §5º, da Constituição Federal, havendo correspondente fonte de custeio. (GRIFO NOSSO)

17. A alteração proposta na Lei nº 12.512, de 2011, inclui o parágrafo único no art. 18, o qual estabelece que, excepcionalmente, em situações de emergência ou estado de calamidade, reconhecidas nos termos da Lei nº 12.340, de 2012, será admitida a aquisição de produtos para venda com deságio para os beneficiários da Lei 11.326, de 2006, para destinação de alimentação animal.

18. Com a experiência do ano passado, e que persiste ainda este ano, com a severa seca do nordeste, observa-se que o rebanho animal foi muito afetado, especialmente pelo fato de os agricultores familiares não terem reservas de plantas para a alimentação animal. Por meio da medida aqui proposta, pretende-se a permissão para que o PAA, por meio das modalidades que formam estoques públicos de produtos, possa adquirir produtos de agricultores familiares e de suas organizações, adequados à alimentação animal, e que estes possam ser comercializados aos agricultores familiares das regiões afetadas pela seca, para que mantenham o rebanho em condições durante o período da estiagem. Essa medida é de essencial importância para a manutenção em níveis mínimos da capacidade produtiva da agricultura familiar em regiões assoladas por desastres climáticos, sobretudo quando afetadas pela seca.

19. Com as alterações aqui propostas, pretende-se o aprimoramento da colaboração do PAA na minimização dos impactos da seca sobre a criação de animais e na recuperação da capacidade da produção de alimentos para alimentação animal.

20. No âmbito do Fundo de Terras e da Reforma Agrária, verificou-se que o procedimento inicial para formalização dos contratos de financiamento depende necessariamente do pagamento das seguintes custas cartorárias: lavratura de escritura pública em Cartório de Notas, e registro da Escritura Pública no Cartório de Registro de Imóveis. Referidas despesas cartorárias tem desestimulado a adesão ao Programa Nacional de Crédito Fundiário, uma vez que elevam substancialmente o custo para a contratação do financiamento, mormente em se observando que o programa é voltado para a agricultura familiar e para os trabalhadores rurais menos favorecidos.

21. Em razão disso, apresentamos a presente proposta, que visa facilitar e diminuir os custos na aquisição dos imóveis, atribuindo força de escritura pública aos contratos de financiamento celebrados pelas Instituições Financeiras com recursos do Fundo de Terras e da Reforma Agrária, possibilitando que tais instrumentos sejam registrados nos Cartórios de Registro de Imóveis, independentemente de lavratura de escrituras públicas em Cartórios de Notas.

22. A norma irá alcançar de imediato todos os novos contratos de financiamento que vierem a ser celebrados com recursos do Fundo de Terras e da Reforma Agrária. Busca-se, assim, facilitar o acesso ao financiamento de imóveis pelo Programa, minorando os custos, simplificando os procedimentos e buscando a regularização dos empreendimentos coletivos.

23. O procedimento inicial para formalização dos contratos de financiamento no âmbito do Fundo de Terras e da Reforma Agrária depende necessariamente do pagamento das seguintes custas: serviços de medição incluindo topografia,

georreferenciamento, lavratura de escritura pública em Cartório de Notas, registro da Escritura Pública no Cartório de Registro de Imóveis e pagamento do imposto de transmissão de bens imóveis. Ainda, são geradas despesas cartorárias referentes ao processo de renegociação de dívida. Referidas despesas tem desestimulado a adesão ao Programa Nacional de Crédito Fundiário, uma vez que elevam substancialmente o custo para a contratação do financiamento, regularização do imóvel rural, por ser o programa voltado para a agricultura familiar e para trabalhadores rurais menos favorecidos.

24. Em razão disso, apresentamos a presente proposta, que visa incluir tais despesas no contrato de financiamento, possibilitando facilitar e aumentar a adesão ao Programa Nacional de Crédito Fundiário de que trata a Lei Complementar nº 93, de 1998 e o Decreto nº 4.892, de 2003, além de possibilitar a inclusão, nos respectivos contratos de financiamento, das custas cartorárias, regularização fundiária do imóvel rural e formalização do processo de renegociação de dívida.

25. A norma irá alcançar de imediato todos os novos contratos de financiamento que vierem a ser celebrados com recursos do Fundo de Terras e da Reforma Agrária, bem como os contratos inadimplentes, que irão ser renegociados com fulcro nas Resoluções do Conselho Monetário Nacional.

26. A presente proposta de medida provisória também tem como objetivo acelerar a execução das ações de acesso à água sob a gestão do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, por meio da institucionalização de um Programa que organiza o apoio financeiro da União para a construção de cisternas e outras tecnologias sociais de acesso à água. Com o agravamento da estiagem na região semiárida essa medida se justifica pela importância de atender em menor tempo um maior número de famílias de baixa renda sem acesso água que sofrem com a situação de escassez crônica.

27. O Programa Cisternas deverá simplificar os procedimentos de pactuação e liberação de recursos aos seus Parceiros por meio da padronização dos projetos de implementação das Tecnologias Sociais de Acesso à Água. Com isso os instrumentos de repasse de recursos a serem celebrados serão referenciados em metas, atividades e valores de referência previamente instituídos pelo MDS, tornando mais ágil a celebração destes instrumentos, que poderão ser Convênios, Termos de Parcerias ou outro instrumento congêneres já usualmente utilizado pelo MDS.

28. O Programa Cisternas irá também instituir e regulamentar os mecanismos que deverão ser utilizados pelos Governos Estaduais na seleção e contratação de entidades executoras locais prevendo regras voltadas ao cumprimento de metas. Os contratos decorrentes também deverão obedecer regras estabelecidas pelo MDS, com pagamentos associados ao cumprimento de produtos e atividades inerentes às metas estabelecidas. Nesse sentido, é de fundamental importância, para o início adequado da execução, a autorização para que sejam realizados adiantamentos dos recursos contratados, especialmente diante da natureza das entidades contratadas, que não possuem capital de giro para o início das atividades necessárias à execução dos contratos.

29. Com as medidas, espera-se a redução de quatorze para três meses o tempo necessário para que os recursos liberados pelo MDS ao conveniente chegue de fato aos executores locais.

30. Além de maior agilidade, o Programa prevê mecanismos de transparência na aplicação dos recursos. Para apuração do cumprimento das metas será utilizado

sistema informatizado já inteiramente desenvolvido e em utilização denominado SIG_Cisternas.

31. Neste contexto, com a perspectiva de agravamento da estiagem na região semiárida, essa medida resultará na ampliação do atendimento com cisternas de placas para a população de baixa renda com resultados indiretos na geração de trabalho e renda local que podem contribuir com o alívio dos efeitos da estiagem prolongada. A criação do Programa permitirá também a aceleração da implementação de outras tecnologias descentralizadas de acesso à água e convivência com a seca já apoiadas pelo MDS como barragens subterrâneas, microaçudes e cisternas de produção e deverá contribuir também na aceleração do Programa para outras regiões do país.

32. A presente proposta também abrange o penhor rural – penhor agrícola e penhor pecuário – que se constitui em uma espécie de penhor, com características diferenciadas. Dentre elas, destacam-se: a desnecessidade de tradição ou transmissão do bem dado em garantia, a inscrição no registro de imóveis; o prazo limitado de três ou quatro anos, prorrogáveis uma só vez por igual período; o objeto penhorado – máquinas e instrumentos agrícolas, colheitas pendentes ou em vias de formação, frutos acondicionados ou armazenados, lenha cortada e carvão vegetal, animais do serviço ordinário do estabelecimento agrícola ou que integram a atividade pastoril, agrícola ou laticínios.

33. Esse instituto é amplamente utilizado em operações de crédito rural como forma de garantia ao pagamento de dívidas contraídas para o financiamento das atividades agrícola e pecuária. Dessa forma, a fim de obter recursos para o desenvolvimento da atividade rural, empenham-se determinados bens, sem a consequente subtração do patrimônio do devedor que fica como seu depositário.

34. Dentre as características do penhor rural, verifica-se que a sua atual limitação temporal é incompatível com a recente evolução do prazo médio das concessões de crédito rural – custeio, investimento e comercialização – às pessoas físicas. Nos últimos seis meses o prazo médio dessas concessões aumentou vinte e cinco por cento e ficou, em média, em trinta e nove meses.

35. Essa evolução é ainda maior quando consideradas apenas as concessões de crédito rural para investimento. Nesses casos, e diante das limitações de prazos de penhor, exige-se do devedor a apresentação de garantias adicionais para a obtenção do crédito, notadamente na modalidade hipotecária ou por meio da alienação fiduciária, o que torna a formalização do crédito rural ainda mais onerosa.

36. Outro indício sobre os efeitos dessa limitação temporal do penhor consiste nas ações de instituições financeiras nas concessões de crédito. Essas exigem, já na emissão da Cédula de Crédito Rural – CCR – pelo produtor rural, os prazos máximos autorizados – 6 (seis) anos, para atividade agrícola e 8 (oito) anos para atividade pecuária –, por meio da menção de prorrogação automática do penhor. Contudo, essa exigência não está em conformidade com a jurisprudência brasileira que indica que a prorrogação não é automática e deve ser averbada nos registros correspondentes, mediante a apresentação de aditivo mencionado no Código Civil.

37. A continuidade dessa exigência, sem respaldo legal, amplia o risco jurídico dessas operações e deteriora a credibilidade das CCR, importante instrumento de garantia ao crédito rural.

38. Assim, identificam-se restrições regulatórias que influenciam negativamente a efetividade dos programas de fomento do setor primário da economia

brasileira – em especial quanto ao crédito rural destinado ao investimento. A redução do risco de crédito e o alargamento dos prazos destinado à aquisição de máquinas e equipamentos – investimentos – são essenciais à absorção tempestiva de inovações tecnológicas e ao conseqüente aumento de produtividade desse setor.

39. Propõe-se, portanto, a eliminação da limitação de prazo atribuída ao instituto do penhor rural de forma a criar um vínculo real e temporal entre a garantia e a dívida a ser garantida, enquanto essa persistir como obrigação. Dessa forma, possibilita-se que o devedor preste uma única garantia ao credor por meio de acordo entre as partes e, conseqüentemente, diminua as despesas com serviços notariais e de registros.

40. A urgência e a relevância do conjunto das medidas apresentadas se fundamenta no agravamento da situação de emergência no semiárido brasileiro, em função da seca que afeta a região há mais de ano, em conjunto com a implementação coordenada de medidas de fomento ao investimento privado doméstico no âmbito do Plano Safra 2013/2014, a serem implementadas a partir de julho.

41. Por fim, esclarece-se que não há custos adicionais ao Erário para a implementação dessas medidas.

Esses são os motivos, Senhora Presidente, pelos quais temos a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência a minuta de Medida Provisória em anexo.

Respeitosamente,

Tereza Campello
José Gerardo Fontelles
Guido Mantega
Gilberto José Spier Vargas
Miriam Belchior, Garibaldi Alves Filho