

**(RE) PENSANDO A FINALIDADE E EFETIVIDADE DA LICENÇA
MATERNIDADE E DA LICENÇA PATERNIDADE DIANTE DAS RELAÇÕES
AFETIVAS CONTEMPORÂNEAS**

**(RE)THINKING ABOUT THE PURPOSE AND EFFECTIVENESS OF MATERNITY
AND PATERNITY LEAVE IN THE FACE OF CONTEMPORARY AFFECTIVE
RELATIONS**

Graciane Rafisa Saliba^{*}

Márcia Regina Lobato Farneze Ribeiro^{**}

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a licença maternidade frente à licença paternidade, a regulamentação e a possibilidade de equiparação de tais institutos, buscando, em consonância com o caráter teleológico das normas, para possibilitar o convívio familiar e o cuidado com a criança. A diferenciação no tocante ao prazo de concessão, além de dificultar a inserção da mulher no mercado de trabalho, ainda depara com dificuldades de aplicação no cenário contemporâneo, no qual as relações familiares são dinâmicas, com possibilidade de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo ou criação meramente pela figura paterna, o que leva à necessidade do debate quanto à finalidade dos institutos, para que não se constitua uma legislação simbólica, que não atenda aos anseios sociais e constitucionais. E, para tanto, utilizar-se-á da comparação da legislação brasileira com a estrangeira, já que, com a globalização e a facilidade de informação, deve-se buscar outras alternativas para, além de ressaltar a importância de reconhecer os direitos sociais, torná-los efetivos.

Palavras-chave: Licença maternidade; licença paternidade; isonomia; efetividade do direito.

^{*} Doutoranda em Direito Privado e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. MBA em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Crise Econômica e Direito do Trabalho pela Universidad Castilla la Mancha, Espanha. Professora da Universidade de Itaúna e Faculdade Pitágoras. Advogada.

^{**} Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Trabalho, Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos e em Administração de Empresas pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. Diretora de Secretaria de Seções Especializadas no Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the maternity leave in contrast to the paternity leave, the regulations and the possibility of equalization of such rights, looking forward to, in line with the teleological character of norms, enforce family life and child care. The differentiation among the concession term, makes the integration of women into the labor market harder and still faces difficulties in applying the contemporary scene, in which family relationships are dynamic, with the possibility of relationship between persons of the same sex or creation merely the father figure, which leads to the need of debate as to the purpose of the rights, so as not to constitute a symbolic legislation, which does not meet the constitutional and social anxieties. Therefore, it will be used the comparison between Brazilian law and foreign law, as long as the globalization makes it easier getting worldwide information in order to find new alternatives to emphasize the importance of recognizing of social rights besides make them effective.

Keywords: Maternity leave; paternity leave; equality; effectiveness of law.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A proteção à maternidade e à paternidade é estabelecida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 7º, respectivamente nos incisos XVIII e XIX, com prazo de 120 dias para a primeira enquanto a segunda seria tratada em lei.

A taxatividade dos prazos, a delimitação imprecisa de institutos, a demora do processo legislativo e o próprio tempo fazem com que a situação tenha que ser debatida, o direito seja repensado, dada a mudança na própria sociedade, com novos costumes, práticas e entendimentos. Assim, a licença maternidade e a licença paternidade devem ser analisadas à luz dos princípios constitucionais dentro da dinâmica social, reconhecendo a diferenciação de casos e situações que demandam a reflexão do direito, a sua finalidade e a importância.

As relações conjugais não mais se prendem ao modelo tradicionalista do casal heterossexual, e além da possibilidade de adoção por homoafetivos, do relacionamento entre homens ou entre mulheres, há ainda situações em que a morte da mãe leva à necessidade imperiosa da criação da criança pelo pai, e nessas situações a licença maternidade ou a licença paternidade há que ser repensada, bem como o prazo e a presença de cada um dos cônjuges no

período inicial de vida da criança ou até mesmo no período de adaptação no lar, no caso de adoção.

E, ao mesmo tempo, acompanhando tais institutos, é importante repensar na estabilidade, ou garantia provisória de emprego, concedida apenas à gestante.

Para tanto, será abordado inicialmente os conceitos, os prazos conforme a legislação brasileira, para adentrar na comparação com outros Estados, já que, com a globalização e difusão de informação ao redor do mundo, os direitos se entremeiam e influenciam uns aos outros, e, por fim, questionar-se-á se a legislação atende aos anseios sociais, se é efetiva ou meramente protelatória, a chamada legislação simbólica. E, a partir daí, expostas as necessidades e finalidades, vislumbra-se a importância de questionar e debater um direito que reflete em toda a formação do indivíduo, já que a presença e o convívio familiar influenciam no *modus vivendi* do cidadão.

2 REGULAMENTAÇÃO

2.1 Da licença-maternidade

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a licença gestante, concedida à mãe trabalhadora, urbana e rural, foi ampliada de 84 para 120 (cento e vinte) dias, conforme assegura o artigo 7º, segundo o qual: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” (BRASIL, 1988). De igual forma, assegurados os mesmos direitos à categoria das trabalhadoras domésticas, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal. A aplicação estende-se também às servidoras públicas, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 39 da própria Constituição supramencionada.

Em caso de adoção, inicialmente houve diferenciação de prazos conforme a idade, o que se revela uma afronta ao próprio princípio da igualdade trazido na Constituição. A Lei 10.421/2002 acrescentou o artigo 392-A à CLT e estendeu a licença-maternidade à mãe adotiva estabelecendo o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a adoção de uma criança de até um ano de idade, 60 (sessenta) dias, de um a quatro anos, e 30 (trinta) dias, de quatro a oito anos de idade:

Os prazos de afastamento maternidade em casos de adoção de criança ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção, foram, inicialmente, diferenciados: 120 dias, se a criança tivesse até um ano de idade; 60 dias, se tivesse entre um e quatro anos de idade; 30 dias, se a criança tivesse de quatro a oito anos de idade (art. 392-A, CLT e art. 71-A da Lei n. 8.213/91, ambos inseridos pela Lei n. 10421/2002). A partir da Lei n.12.010/2009 (nova Lei de Adoção), vigente desde 3.11.2009 (art. 7º), o prazo da licença-maternidade tornou-se uniforme, ou seja, 120 dias, qualquer que seja a idade da criança adotada (revogação dos §§ 1º ao 3º do art. 392-A da CLT pelo art. 8º da nova Lei de Adoção). (DELGADO, 2013, p. 1107).

Entretanto, as críticas doutrinárias acerca do critério utilizado pelo legislador em razão da idade da criança foram determinantes para a revogação do mencionado artigo, o que ocorreu com a Lei 12.010/2009 em 02/11/2009 e, simultaneamente, a mesma legislação estabeleceu um novo período de gozo da licença que passou a ser de 120 (cento e vinte) dias, independentemente da idade da criança. Decisão acertada, visto que, na adoção, além da formação do vínculo afetivo entre a criança e os pais, há a construção da confiança, que deve ser desenvolvida e estabelecida no seio desta nova família.

No plano infraconstitucional, a licença maternidade está prevista nos artigos 392 e 393 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que contempla ainda, em seu artigo 395, a licença maternidade por aborto não criminoso, *in verbis*: “Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento”. (BRASIL, 1943).

A previsão da licença maternidade ultrapassa a esfera legal, com viés principiológico, para que haja o convívio familiar, um meio de proteção à mulher trabalhadora que, por motivos biológicos, necessita de descanso, com o objetivo de se recuperar do desgaste físico e mental provocados pela gravidez e parto, além do convívio integral com o filho durante os primeiros meses de vida, constituindo-se como uma proteção à maternidade e possibilitando o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida ou no de sua vida em um novo lar, como no caso da adoção.

Enfim, poderá ter início, em regra, até 28 (vinte e oito) dias antes do parto e 92 (noventa e dois) dias após o parto, conforme disposição contida no Decreto 3.048 de 1.999 ou ainda, os 120 (cento e vinte) dias contados da realização do parto, salvo se por algum motivo imperioso esse prazo necessite ser modificado diante de atestado médico.

2.2 Da licença paternidade

A licença paternidade é um direito trabalhista devido aos empregados urbanos, rurais, domésticos, servidores públicos e militares, assegurado constitucionalmente no inciso XIX e no parágrafo único do artigo 7º, parágrafo 3º do artigo 39 e parágrafo 11 do artigo 42. A mencionada previsão alcança ainda o trabalhador avulso, conforme dispõe o artigo 7º, XXXIV da própria Constituição Brasileira.

Entretanto, conforme previsão constitucional supramencionada, o inciso XIX do artigo 7º da Constituição Brasileira de 1988 trouxe a licença paternidade, mas a depender de lei *a posteriori* que tratasse do tempo e das condições. Assim, ao analisar concomitantemente os demais instrumentos legais, depara-se com a previsão do instituto da licença paternidade na Consolidação das Leis Trabalhistas que traz, no artigo 473, a possibilidade do empregado deixar de comparecer ao serviço por um dia, em caso de nascimento de filho, no decorrer da primeira semana. O prazo de um dia tinha como finalidade o registro da criança, sem possibilitar qualquer cuidado ou maior convivência.

Na verdade, o dispositivo possibilitava tão somente ao pai o cumprimento da obrigação prevista no Código Civil, ou seja, da inscrição do nascimento em registro público. Com a alteração em relação ao período, a norma não estabelece expressamente se o prazo para usufruir a licença inicia-se a após o nascimento ou não. Entretanto, o mais correto, para que o empregado não tivesse prejuízo, seria o início da licença no dia seguinte ao nascimento do filho ou da adoção. Esta é uma prática adotada pela maioria dos empregadores.

Assim, a licença paternidade foi concedida para fins de cumprimento de obrigação civil e também com o objetivo de:

proporcionar condições mais concretas de proteção da criança pelo pai; incentivar uma proximidade qualificada do homem com a mulher e do pai com o filho; propiciar a possibilidade de revisão do papel tradicionalmente reservado ao homem, impondo-se a repartição entre os cônjuges das responsabilidades familiares. (FIGUEIREDO, 1994, p. 146).

Em relação à licença paternidade, a disposição contida no inciso XIX da Constituição Federal não estabeleceu o período a ser concedido a esse título, deixando a fixação para lei posterior e, até a presente data, a matéria não foi regulamentada. Com o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), trazido juntamente com a Constituição de 1988 para atender provisoriamente a determinadas situações, o artigo 10, §1º, suscitou um novo prazo de licença paternidade, de 5 (cinco) dias, segundo o qual: “Até que seja promulgada a lei

complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição [...] §1º: Até que a lei venha a disciplinar o disposto no artigo 7º XIX, da Constituição, o prazo da licença paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias”. (BRASIL, 1988). Esta regra comporta exceção, pois, quanto aos servidores públicos federais, a Lei Federal 8.112/90 estabelece em seu artigo 208 que, pelo nascimento do filho ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.

Constata-se, nesse momento, uma inconformidade entre a norma celetista e a trazida no ADCT, e, diante do princípio da proteção, na sua vertente da aplicação da norma mais favorável, até que venha lei que trate da questão, conforme enunciado no artigo 7º, XIX da Constituição Brasileira de 1988: “O fundamento do princípio da norma mais favorável é a existência de duas ou mais normas, cuja preferência na aplicação é objeto de polêmica. Esse princípio autoriza a aplicação da norma mais favorável, independentemente de sua hierarquia”. (BARROS, 2013, p. 142).

O Constituinte de 1988 inovou ao alterar o prazo da licença paternidade, considerando, ainda que de forma tímida, que a realidade das famílias brasileiras baseia-se nas ideias de que “a presença do pai ao lado da companheira nos primeiros dias da nova vida trazida a luz era essencial à unidade familiar.” (FIGUEIREDO, 1994, p. 146).

Sanada a questão do prazo, ainda pairava discussão sobre o recebimento dos dias gozados de licença paternidade, mas atualmente, pacificado como hipótese de interrupção do contrato de trabalho, sem prejuízo da remuneração do trabalhador, computando-se o período de afastamento como se efetivo de serviço fosse, para todos os fins de direito, ou seja, “a interrupção do contrato de trabalho conceitua-se pela ausência provisória da prestação do serviço, mas sendo devido o salário, bem como computando-se o período no tempo de serviço do empregado”. (GARCIA, 2010, p. 524).

O direito à licença paternidade é direito social, indisponível e irrenunciável, e estende-se a todos os trabalhadores urbanos e rurais, domésticos e avulsos.

Em atendimento à finalidade da norma, uma lei inovadora foi aprovada no dia 12 de abril de 2013, no Amazonas, com a possibilidade de licença paternidade de 180 dias em casos excepcionais:

A Assembléia Legislativa do Amazonas (ALEAM) aprovou um projeto de licença-paternidade de 180 dias, na manhã dessa terça-feira (12). De autoria do deputado Vicente Lopes (PMDB), o benefício vale para os casos de falecimento da mãe durante o parto, invalidez permanente ou temporária após o parto, em situações em que ela não possa cuidar do bebê. (PARLAMENTARES..., 2013).

Ressalte-se que a própria cultura brasileira, que apresentava um forte traço patriarcal, com a família sustentada pelo pai, que laborava em serviços externos, enquanto a esposa cuidava das crianças, foi claramente retratada na legislação, com prazos bem diferenciados para cada um dos entes, como se o cuidado fosse delegado exclusivamente à figura materna, e, a própria lei supramencionada previu o prazo de licença maternidade para o pai em caso de falecimento da figura materna ou impossibilidade de cuidado por ela.

2.3 Do salário-maternidade e paternidade

No período respectivo de licença maternidade, conforme previsão constitucional, não há prejuízo do emprego e do salário da gestante, assegura-se o chamado salário-maternidade. Regulamentado pelos artigos 71 a 73 da Lei 8.213/1991 e pelo Decreto 3.048/1999, artigos 93 a 103, devido à trabalhadora inscrita na Previdência Social, que equivale à última remuneração da segurada e tem como objetivo suprir a renda das empregadas durante o período de afastamento.

Na verdade, o direito supramencionado apresenta natureza previdenciária, e por isso não possui natureza salarial ou remuneratória, apesar da nomenclatura “salário maternidade”.

A Organização Internacional do Trabalho, através da Convenção 103, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 58.820/1966, para conter a discriminação contra a mulher no mercado de trabalho, ressaltou e colocou como obrigação que o pagamento desse salário-maternidade não fosse realizado pelos empregadores:

A Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Decreto 58.820/1966, estabelece que em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega, em caso de licença-maternidade. A previsão tem por objetivo evitar a discriminação na admissão e no ingresso da mulher no mercado de trabalho. (GARCIA, 2010, p. 403).

A responsabilidade do pagamento do salário-maternidade, salvo o empregador doméstico, a princípio, é do empregador, pessoa jurídica, que paga e posteriormente compensa quando recolhe as contribuições incidentes na folha de salários e demais encargos devidos à Previdência Social. Tratando-se de empregada doméstica, trabalhadora avulsa ou de contribuinte individual, o benefício é pago diretamente pela Previdência Social. Igualmente, terá direito ao salário-maternidade a segurada da Previdência Social que sofrer aborto não-

criminoso. Nesse caso, o valor é proporcional ao que seria pago nos 120 dias, caso a gravidez não fosse interrompida.

Até mesmo àquela que se encontra na condição de desempregada, nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, no chamado “período de graça”, em que, permanece segurada independente de contribuições, conforme artigo 97 do Regulamento da Previdência Social, faz jus ao salário-maternidade.

Já no tocante à adoção, há um confronto entre a igualdade de prazo – 120 dias – também para as adotantes, e o pagamento do salário-maternidade, no qual persiste, pela legislação, a diferenciação que poderia até ser chamada de discriminação, conforme previsão do artigo 71-A da Lei 8.213/1991: “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” (BRASIL, 1991).

No caso de adoção de mais de uma criança, simultaneamente, a segurada terá direito somente ao pagamento de um salário-maternidade, observando-se o direito segundo a idade da criança mais nova.

Numa tentativa de aplicação do princípio da igualdade, previsto na Constituição Brasileira de 1988, os tribunais pátrios têm desenvolvido papel importante para coibir essa diferenciação, afastando a aplicação do supramencionado artigo, como se pode verificar na nota proferida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em 01/06/2012:

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS torna público que, em cumprimento à sentença de procedência proferida na ACP nº 5019632-23.2011.404.7200, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC, os benefícios de salário-maternidade em manutenção ou concedidos com fundamento no art. 71-A da Lei nº 8.213/91 (casos de adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção), passarão a ser devidos pelo prazo de 120 (cento e vinte dias), independentemente da idade do adotado, desde que cumpridos os demais requisitos legais para a percepção do benefício. Nos casos de salário-maternidade em manutenção, a prorrogação do prazo para 120 dias será efetivada de ofício pelo INSS, independentemente de requerimento administrativo da segurada. (BRASIL, Ministério da Previdência Social, 2012).

Portanto, denota-se a atitude do magistrado no sentido de igualar os direitos e aplicar o princípio constitucional da igualdade, em franca tentativa de dar à norma a efetividade necessária.

Da mesma forma, a diferença persiste no tocante à comparação com o valor referente à licença paternidade, na qual o custo dos dias em que o empregado tem direito ao afastamento são enfrentados diretamente pelo empregador, ou seja, como se trabalhados fossem. Da mesma forma, a Lei Federal 8.112/90, em seu artigo 208, estabelece que, pelo nascimento do filho ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos, suportados pelo Estado.

2.4 Licença maternidade e paternidade em união homoafetiva

A união homoafetiva consiste em um relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, o que implicaria na necessidade de repensar a finalidade da licença maternidade e paternidade, para verificar as condições peculiares de cada casal para, então, determinar qual licença cada ente do casal teria.

Ressalte-se a importância acerca da conceituação de família nos dizeres de Maria Berenice Dias, segundo a qual:

O novo modelo de família funda-se sobre pilares da repersonalização, da efetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. (DIAS, 2011, p. 41).

A família homoafetiva também deseja filhos, seja por meio de adoção ou de outro recurso que esteja a seu alcance, e estudos científicos realizados por instituições renomadas, dentre as quais a Academia Americana de Pediatria, apontam inexistir qualquer contra indicação ou mesmo inconveniência na adoção feita por companheiros em união homoafetiva.

Assim sendo, considerando os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação, previstos nos artigos 5º, 3º e 7º, XXX, respectivamente, enquanto não houver norma que regulamente expressamente, as licenças previstas no artigo 392-A da CLT e no artigo 10, parágrafo 1º do ADCT da Constituição Federal de 1988 deverão alcançar os membros dessa sociedade conjugal que formam uma família que não pode ser relegada.

Ressalte-se que, quando há adoção é imprescindível, além de se oferecer um lar à criança, que se ofereça também qualidade de vínculo e de afeto, propriedades que devem existir no âmbito familiar e que devem ligar o adotado a seus adotantes. Decorrendo daí, na adoção, em união homoafetiva, também devem ser levados em consideração os laços pautados no amor e no afeto a serem estabelecidos, a responsabilidade na criação e a

educação do menor. Na contemporaneidade, o direito a adoção vai além das previsões contidas nos códigos e nas legislações.

Nessa dinâmica social, mesmo no caso de adoção é necessário repensar como será concedida a licença maternidade ao casal homoafetivo, sejam dois homens ou duas mulheres. A licença maternidade, se concedida aos dois seria possível no caso da união de duas mulheres, dada a falta de previsão legal, mas o grande problema deve ser vislumbrado no caso da adoção por dois homens, sendo o prazo de licença paternidade insuficiente e desarrazoado para a criação e convívio com a criança.

Ratificando mais uma vez a importância da concessão da licença maternidade para o crescimento e fortalecimento de vínculos, a juíza da 4ª Vara do Trabalho de São Luís, Ângela Cristina Carvalho Mota Luna, concedeu, através de uma tutela antecipada, licença paternidade de 120 dias a um empregado do Ceuma, solteiro, que adotou uma criança. Colocou ainda a obrigação de cumprir a decisão em 5 dias, sob pena de multa de R\$ 1 mil por dia de atraso, até o efetivo cumprimento da obrigação. Fundamentou a magistrada que, apesar de não haver previsão legal, a licença para cuidar do filho não deve ser negada ao pai, “isto porque o fundamento da licença adotante à mulher é proporcionar à criança um período de tempo integral com os novos pais, com o fim de efetivar os direitos que tem. No caso em tela, na ausência da mãe, os cuidados devem ser prestados pelo pai, ora reclamante”. A juíza ressaltou também que “é de ambos os genitores a responsabilidade pela concretização do direito fundamental à proteção da infância e do princípio da dignidade humana contidos na Constituição Federal”. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, 2013)

E, diante do artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, a igualdade entre homens e mulheres deve imperar em todas as esferas, inclusive na sociedade conjugal e na criação dos filhos.

2.5 Previsão de Licença Maternidade e Paternidade no Direito Comparado

A legislação brasileira, segundo Antônio Álvares da Silva, é considerada uma das mais protetoras à maternidade, ao comparar o que dispõe o artigo 392 da CLT em relação a outros países como na “Alemanha, 14 semanas; Áustria, 16 semanas; Dinamarca, 18 semanas [...]”. (SILVA, 2013).

Sobre esse assunto, é importante destacar a Recomendação n. 165, de 1981 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata de trabalhadores com encargos de família, sendo aplicável, portanto, a homens e mulheres trabalhadores com responsabilidades

com relação a seus filhos dependentes e com responsabilidades por outros membros de sua família imediata que precisam de seus cuidados ou apoio. Tal instrumento evidencia a possibilidade de afastamento após a licença maternidade, mas possibilita que as condições sejam fixadas em cada país por suas normas internas. Dessa forma, esse afastamento poderia ser até sem vencimentos, desde que com a garantia do emprego no seu retorno.

Ainda na mencionada Recomendação, no item 22, n. 1, abre-se a possibilidade de licença, afastamento do trabalho por um período, sem perda do emprego e dos direitos dele decorrentes, no período imediatamente seguinte à licença-maternidade, uma forma de possibilitar, ainda mais o convívio e cuidado com a criança.

Há países que propiciam condições mais benéficas, como na Inglaterra, em que os pais são mais privilegiados por terem mais direitos neste aspecto e quando a mãe, por exemplo, tem 09 (nove) meses de licença para cuidar do filho. Destes 09 (nove) meses, poderá usufruir de 06 (seis) meses, recebendo auxílio do governo e transferindo para o pai os outros 03 (três) meses. A licença paternidade anteriormente se resumia a duas semanas. A legislação britânica prevê ainda a possibilidade de a família prolongar por mais 03 (três) meses a estadia do pai com a criança, entretanto, neste último caso, a licença não será remunerada. (SILVA, 2013).

Na Suécia, a licença poderá alcançar até 210 dias e poderá ser usufruída tanto pela mãe, quanto pelo pai, com o nascimento do filho ou com a adoção. O requisito é ter trabalhado na mesma empresa, pelo menos por seis meses antes da licença. Durante o período da licença, os pais recebem um subsídio do governo.

Na Itália a chamada “*Congedo maternità*”, é de 05 (cinco) meses, iniciando-se dois meses antes da data provável do parto.

Já quanto à licença paternidade, há países que concedem ao pai o direito a 12 (doze) dias e recebe um subsídio previdenciário, como na Finlândia, e outros como Espanha, Canadá e Alemanha, nos quais são concedidos 30 (trinta) dias de afastamento remunerado.

Portanto, denota-se a importância do Estado para conceder, a título de política pública, prazos que permitam aos pais cuidarem e tratarem do filho, sem que isso constitua fator de diferenciação e discriminação para o labor feminino, já que a presença de ambos é importante para a formação do vínculo e a criação. A variação sobre o tema é muito grande entre os países, sendo relevante examinar cada legislação para que as benesses de cada uma possam auxiliar no desenvolvimento das demais legislações internas.

3 ESTABILIDADE: DA GESTANTE E DO COMPANHEIRO DA GESTANTE

A estabilidade provisória ou garantia provisória de emprego é assegurada pela Constituição Federal de 1988 em algumas situações, dentre as quais à gestante e ao companheiro ou marido da gestante.

“Tais garantias inviabilizam, juridicamente, a ruptura arbitrária do pacto empregatício, mantendo hígido o contrato até o fim da correspondente garantia” (DELGADO, 2013, p. 534).

O artigo 10, II, b do ADCT assegura a estabilidade provisória à gestante empregada, no período consentâneo à confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O intuito de se garantir o emprego, por meio da estabilidade, nesse período gestacional e pós gestacional é, além de preservar a oportunidade de trabalho, proteger a maternidade, a própria criança, que demandará atenção, cuidado e zelo, o que poderá acarretar redução no rendimento da gestante neste período, dados os cuidados e limitações próprios.

Nesse sentido, recentemente, em 14 de setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula 244, com o escopo de proteção à maternidade até mesmo nos contratos por prazo determinado. O item III da mencionada súmula trazia que o direito à estabilidade provisória não se aplicava à empregada gestante na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, e possibilitava então a extinção da relação de emprego com dispensa sem justa causa. Assim, alterou-se então tal item considerando a importância do instituto da estabilidade provisória para aquela que se encontra em período gestacional ou pós gestacional, colocando o direito inclusive para a empregada gestante em contrato por tempo determinado, sendo uma das hipóteses desse o contrato de experiência:

Súmula nº 244 do TST

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

II - 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.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2012).

Discutia-se, ainda, se essa estabilidade provisória seria aplicável às gestantes que já estivessem em aviso prévio, seja ele trabalhado ou indenizado. E, para tanto, outro artifício legal disciplinou essa matéria recentemente, trata-se da Lei 12.812, de 17 de maio de 2013, que adiciona o artigo 391-A à Consolidação das Leis do Trabalho. O dispositivo garante à gestante a estabilidade prevista na alínea b do inciso II o artigo 10 do ADCT, ou seja, até os cinco meses após o parto, tanto no aviso prévio trabalhado quanto no aviso prévio indenizado.

Denota-se, pois, a intenção do legislador, mais uma vez, de proteger a maternidade e o zelo com a criança, possibilitando à gestante a tranquilidade para que possa cuidar do seu filho e não seja demitida nesse importante período que acaba por reduzir a produtividade.

Entretanto, muito há que se caminhar no tocante ao pai, que não conta com a estabilidade provisória, podendo ser surpreendido com uma demissão na data de nascimento de seu filho, pois a lei não traz qualquer proteção.

Há, apenas, em relação ao marido ou companheiro um Projeto de Lei de n. 5.936/2009, aguardando designação de Relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), apresentado pelo Senador amazonense Sabino Castelo Branco, cuja proposta é de vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa, do trabalhador cuja esposa ou companheira gestante não faça jus à estabilidade provisória. Seria o caso de gestante trabalhadora eventual ou que não possui vínculo de emprego, ou seja, aquela que não possui CTPS assinada. É uma proposta protetora, que visa ofertar à gestante a garantia de que, pelo menos no período do afastamento para cuidar do filho, o seu marido ou companheiro terá meios para sustentar e dar assistência à criança.

4 POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO E EQUIPARAÇÃO

4.1 “Programa de Empresa Cidadã” - Lei 11.770/2008

Em regra os doutrinadores se inspiram no Direito estrangeiro, sobretudo naqueles de países desenvolvidos, para propor o aperfeiçoamento e o avanço na ordem jurídica brasileira.

A par disso, o legislador, através da Lei 11.770/2008, prorrogou a licença maternidade por mais 60 (sessenta) dias, por meio do “Programa de Empresa Cidadã”, com o objetivo de estimular as empresas a concederem um maior período de afastamento à título de licença-maternidade e visando propiciar às mães um maior tempo para cuidar do filho, de forma que, ao voltar às atividades laborais, a criança esteja mais independente. As empregadas das empresas, consideradas cidadãs de um lado, são beneficiadas, visto que têm

sua licença-maternidade prorrogada por mais 60 dias após a fruição dos 120 dias previstos no inciso XVIII, do artigo 7º da Constituição. Em contrapartida, a empresa que adere ao programa também tem benefícios fiscais, tais como a dedução no imposto de renda devido, na forma da legislação específica.

As empresas da iniciativa privada têm a faculdade de aderir ou não ao Programa, ao passo que a lei instituiu obrigatoriedade para a Administração Pública. Algumas categorias profissionais conquistam o benefício por intermédio de Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) ou Convenção Coletiva de Trabalho (CCT). Contudo, são conquistas que deverão ser negociadas na medida em que os instrumentos coletivos expiram a vigência, uma vez que não integram definitivamente o contrato individual de trabalho. É o caso, por exemplo, da Convenção Coletiva de Trabalho de 2013, firmada entre o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Seguros Privados e de Capitalização, e de Agentes Autônomos de Seguros Privados, e de Créditos em Empresas e Entidades de Previdência Privada Aberta e Fechada, e em Clubes de Seguros, e em Empresas na Área de Seguros, e em Empresas de Regulação de Sinistros, e em Empresas de Inspeção Riscos de Seguros no Município de Ribeirão Preto e o Sindicato de Seguros, Previdência Complementar e Capitalização do Estado de São Paulo, *in verbis*:

CLÁUSULA VINTE E OITO - AMPLIAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE:

A duração da Licença Maternidade prevista no inciso XVIII do art. 7º. da CF poderá ser prorrogada por 60 (sessenta) dias, desde que haja a adesão expressa da empresa ao Programa Empresa Cidadã, instituído pela Lei 11.770 de 09.09.2008 e, também, solicitação escrita da empregada até o final do primeiro mês após o parto.

Parágrafo primeiro: A prorrogação da licença maternidade terá início no dia imediatamente posterior ao término da fruição da licença de que se trata o inciso XVIII do caput do art. 7º. Da CF.

Parágrafo segundo: A empregada que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança fará jus à prorrogação referida no “caput”, desde que requerida no prazo de 30 (trinta) após a respectiva adoção ou sentença judicial.

Parágrafo terceiro: A concessão dessa ampliação fica condicionada à plena vigência do incentivo fiscal, em favor do empregador, de que tratam os artigos 5º e 7º da Lei 11.770 de 09.09.2008. (SINDSEGSP, 2013).

A legislação brasileira concede alguns benefícios às mães e às gestantes tais como dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas no período da gestação e demais exames complementares, inciso II do artigo 392 CLT; descanso especial de meia hora para amamentação, artigo 396 CLT. Contudo, a legislação ora mencionada alcança poucas mães trabalhadoras. O ideal seria a

imposição, ao invés de faculdade, pois certamente os benefícios para o exercício da maternidade seriam incontáveis.

Em um país que se instituiu como Democrático de Direito, em que a Constituição privilegia a proteção à mãe, à gestante e à criança em vários de seus artigos e, sobretudo, que estabeleceu a igualdade como um dos fundamentos do Estado, e que vedou a discriminação de qualquer natureza, o que se espera, com base também nesses argumentos, e num futuro muito breve, é que o benefício seja colocado à disposição de todas as mães trabalhadoras, independentemente de serem ou não empregadas de empresas aderentes ao Programa de Empresa Cidadã.

4.2 Licença Maternidade X Licença Paternidade – equiparação e viabilidade

Quantificados os períodos de licença maternidade e licença paternidade, em 120 (cento e vinte) ou 180 (cento e oitenta) dias e em 05 (cinco) dias respectivamente, faz-se necessário ressaltar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a igualdade como um dos preceitos fundamentais do Estado brasileiro e vedou a discriminação de qualquer natureza. Consolidou, ainda, a igualdade entre homens e mulheres e, no âmbito trabalhista, vedou a diferença de salários, de critério para admissão, e de função em razão de sexo. Considerando essas premissas, não restam dúvidas à cerca da importância e da necessidade da equiparação temporal em ambas licenças, a fim de possibilitar a formação e o crescimento da criança cuja proteção também é contemplada constitucionalmente.

É importante mencionar que, atualmente, as famílias estão se reorganizando para se adaptarem às mudanças, inclusive em relação à lei que estende aos empregados domésticos os benefícios concedidos aos trabalhadores urbanos e rurais. As mudanças inseridas em função da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) serão propulsoras para mudanças comportamentais no âmbito familiar, onde as obrigações como o cuidado com os filhos, na maioria das vezes, ficam por conta das mães. A nova realidade exigirá alterações nas rotinas e nos hábitos das famílias, como a divisão igualitária das tarefas domésticas entre os seus membros. Isso significa dizer que o cuidado com os filhos, a partir de agora e com muito mais razão, deve ser atribuído com igual responsabilidade ao pai. Se a licença-maternidade é concedida com o objetivo de priorizar os cuidados necessários para com os filhos e a convivência com eles, esta também será uma tarefa de responsabilidade do pai. Portanto, será fundamental o estancamento da licença paternidade. É natural que, se na sociedade conjugal

homens e mulheres são iguais e dividem seus direitos reprodutivos, a responsabilidade pelo cuidado com os filhos seja compartilhada.

A concessão de 05 (cinco) dias é vista como uma regra sem sentido, como se a presença do pai fosse menos importante do que a da mãe.

Outro aspecto relevante a se considerar é o fato de que muitos empregadores preferem a mão-de-obra masculina, embora na contratação esta preferência não seja evidenciada de forma expressa. Sabe-se que a possibilidade de concessão de licença-maternidade é fator preponderante para essas escolhas, uma vez que o afastamento prolongado pode gerar um ônus a mais para o empregador como, por exemplo, a necessidade de substituição da mão-de-obra feminina. Mas, na medida em que o período de concessão da licença paternidade é aumentado, os demais custos também tendem a se equiparar e esta, possivelmente, será uma maneira de se proteger o trabalho da mulher e de se fazer com que a discriminação, neste aspecto, desapareça.

É importante, portanto, considerar a necessidade de igualdade de direitos e responsabilidades entre a figura paterna e a materna para que a mulher consiga se manter no mercado de trabalho:

Ajudar as mulheres a permanecer no mercado de trabalho é crucial para sua independência, para o desenvolvimento da sociedade e, talvez, até para a sobrevivência dos sistemas de proteção social. Pois, o nascimento de um filho pode obrigá-las a interromper sua atividade profissional, forçá-las a trabalhar em tempo parcial, levá-las a mudar de emprego ou de setor de atividade, e essas diferentes mudanças são acompanhadas de perdas de rendimentos e de menores perspectivas de carreira. (MEULDERS et al, 2007, p. 612).

A adoção de políticas educacionais, cuidado infantil e infraestrutura complementar, tal como creche e berçários é uma prática importante que possibilita a maternidade/paternidade, apesar de não ser suficiente para que os pais consigam se manter no mercado de trabalho. Para tanto, como forma de atrair trabalhadores diferenciados ou para possibilitar uma melhor qualidade de vida de seus empregados, algumas empresas adotam medidas que vão além do desafio de equiparar os benefícios trabalhistas entre homens e mulheres. A pesquisa “Melhores empresas para trabalhar” apresentou algumas dessas medidas em determinadas empresas:

A Microsoft: coloca à disposição dos funcionários, advogados especialistas em processos de adoção.

A Alston & Bird: concede licença-paternidade por três meses para o pai-funcionário que for responsável direto pelos cuidados com a criança.

A Nycomed: possui um programa de “adoção reembolsada” que consiste no custeio dos trâmites da adoção legal em até US\$ 15 mil.

A Edward Jones: oferece US\$ 5 mil para assistência da criança adotada por funcionários.

A Google: oferece a pais e mães, naturais ou adotivos, sete semanas de licença e mais 12 adicionais para as mães-funcionárias. (TOLOVI JÚNIOR, 2013).

Constata-se, pois, a importância de medidas públicas e também da iniciativa privada que permitam o exercício da maternidade/paternidade, sem que haja a discriminação, e o prazo e as condições diferenciadas levam à discriminação do trabalho feminino, além de privar a criança da convivência paterna especialmente no estágio inicial de sua vida.

Sendo assim, consideradas essas ponderações, tem-se a real necessidade de se estender aos homens alguns direitos exclusivos das mulheres, como o da licença-parental, cujo período dever ser elástico para atingir plenamente as suas finalidades de dividir as responsabilidades do pai com a mãe, de estabelecer uma convivência mais próxima entre eles nesse período tão especial e importante, de forma a fortalecer os laços afetivos entre os membros de uma família e assegurar um relacionamento familiar mais saudável para o futuro da criança.

4.3 Projetos de Lei em andamento

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3935/2008, apresentado em 28/08/2008 pela Senadora cearense Patrícia Saboya, para acrescentar os artigos 473-A e 473-C à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para regulamentar a licença paternidade a que se refere o XIX do artigo 7º da Constituição Federal, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Posteriormente, foi apresentado também o Projeto de Lei 4.853/2009, apensado ao Projeto de Lei 3935/2008, cuja proposta de licença paternidade, sem prejuízo do salário, seria de um prazo de 30 (trinta) dias consecutivos, em caso de nascimento de um filho ou em caso de adoção. Embora singelas, as propostas parecem indicar como ponto de partida um período maior.

A presença do pai nos primeiros meses de vida da criança é de suma importância, a figura paterna tal como a materna é fundamental para o desenvolvimento cognitivo, psíquico

e motor da criança. Além do mais, isto é necessário para se quebrar o paradigma existente de que os cuidados para com a criança são exclusivos da mãe.

A amamentação é importante e intransferível, contudo, a educação da criança vai muito além disso. É importante que ela cresça em um mundo onde seja possível que os pais dividam, além dos sonhos, também as responsabilidades e, certamente, essa convivência fortalecerá o núcleo familiar.

Também está em andamento um Projeto de Emenda à Constituição - PEC – 64, de 2007, da lavra da Senadora Rosalba Ciarlini, sugerindo a alteração da redação do inciso XVIII, do artigo 7º da Constituição Federal, para aumentar para 180 (cento e oitenta) dias o período de licença à gestante, em caráter obrigatório, independentemente da Empresa aderir ou não ao Programa Empresa Cidadã.

A matéria já foi aprovada pelo Senado e está aguardando apreciação pela Câmara dos Deputados. O mencionado projeto objetiva aumentar a qualidade de vida das crianças e das mães, tanto no aspecto físico quanto no psíquico. Esta é uma possibilidade a ser considerada e que deverá ser apreciada com a maior brevidade possível, afinal, em um país que se intitula como Democrático de Direito, não há espaço para a discriminação entre empregadas de empresas cidadãs ou não e, nem tão pouco, para a permissão da violação aos princípios da isonomia e da igualdade.

5 LICENÇA MATERNIDADE E LICENÇA PATERNIDADE: LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA?

A distância entre direito e realidade, especialmente nos países subdesenvolvidos é o ponto de partida para a reflexão da efetividade das normas, com o conhecimento de que a superação desse dilema é a base de um “processo concretizador de construção do direito constitucional” (NEVES, 2011, p. 3), sendo relevante o papel político-simbólico desempenhado, nessa etapa, pela linguagem constitucional, que reflete diretamente na seara jurídica.

A concretização normativo-jurídica dos textos constitucionais é relevante para averiguar a possibilidade de desenvolvimento de uma sociedade, uma norma pode conduzir a caminhos tortuosos, ainda que não seja cumprida diretamente, apresenta um papel de influência para a formação e evolução social.

Sendo assim, é importante analisar o tema da licença maternidade e da licença paternidade à luz das normas constitucionais, para averiguar se constitui uma legislação simbólica, assim como será analisada, de forma sucinta, a Constituição de 1988.

O termo legislação simbólica não pode ser confundido com política simbólica. Decorrente de uma divisão elaborada por Edelman (apud NEVES, 2011, p. 23), que divide em política instrumental, aquela baseada em símbolos referenciais, que seriam interpretações semelhantes por pessoas diferentes, privilégio de grupos minoritários para a satisfação de interesses específicos, e política simbólica, baseada em símbolos-condensação, nos quais se associam as emoções à situação, com ações e vivências simbólicas, seria utilizada concomitantemente como ameaça e tranquilização para os espectadores, mas com o intuito de harmonia social. E, assim, considera que todo ato político é simbólico, sendo então toda legislação já simbólica.

A atividade legiferante deveria representar o ponto coincidente entre o sistema político e o jurídico, sendo a legislação simbólica a “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica” (NEVES, 2011, p. 30), mas que serve à finalidade política de caráter não meramente normativo-jurídico. Sendo assim, vislumbram-se como simbólicas as leis, e não o ato de legislar, apesar de poder resultar, de tal ato, lei que tenha força normativa, ou ao que não tenha, decorrentes de atos de legislação instrumental, sendo uma legislação simbólica se prepondera a referência político-valorativa ou político-ideológica sobre a referência deôntico-jurídica.

Enfim, o problema da legislação simbólica é estrutural, surge no momento em que o legislador produz normas sem tomar atitude para criar os pressupostos para a eficácia, levando, portanto, ao excessivo número de leis sem eficácia jurídica-social.

Diante da pluralidade de sentidos existentes há uma grande diversidade de casos que podem ser vislumbrados como legislação simbólica, no momento em que os textos normativos se encontram em desconformidade com a realidade. Dessa forma, as declarações trazidas em textos constitucionais e em seus preâmbulos podem apresentar um viés de legislação simbólica, mas não quando é vista como meio de interpretação e concretização normativa do texto da Constituição.

Um modelo tricotômico foi proposto por Kindermann (apud NEVES, 2011, p. 33) para a tipologia da legislação simbólica, levando em conta em que o conteúdo trazido por ela pode “confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado ou adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios”.

A confirmação de valores sociais traz à tona a desconexão que pode ser verificada entre o cotidiano, os comportamentos e a legislação, entretanto, servem para um grupo demonstrar que seus padrões normativos prevaleceram sobre os de outro. Ou seja, determinado grupo busca influenciar a feitura de lei que proíba conduta que não corrobora seus padrões valorativos. A realidade brasileira atual apresenta situações que podem culminar na elaboração de lei proibindo ou permitindo de forma a corroborar o pensamento de determinado grupo, em confronto com o pensamento de outro, como é caso do casamento homoafetivo, da permanência da rigidez da lei seca, da eutanásia, e do aborto. Esse instrumento normativo não terá o condão de representar fidedignamente a realidade brasileira, que continuará dividida sobre o tema, acirrando a diferenciação, com apoio de uma parte e discordância de outra, ou servirá para unir a sociedade em torno de um valor no qual se os grupos se sentem retratados:

constituiria um caso de política simbólica por gestos de diferenciação, os quais apontam para a glorificação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade. Mas a legislação afirmativa de valores sociais também implicar gestos de coesão, na medida em que haja uma aparente identificação da sociedade nacional com os valores legislativamente corroborados. (NEVES, 2011, p. 35-36).

Outro objetivo da legislação simbólica, trazido no modelo tricotômico, é a fortificação da “confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado” (KINDERMANN apud NEVES, 2011, p. 36), o que se reconhece como uma legislação-álibi. Nesse caso, o legislador é insuflado a produzir um diploma normativo para satisfazer a pretensão dos cidadãos, entretanto, apesar da existência do instrumento não há condições de efetivação da norma. No Brasil vários exemplos dessa modalidade podem ser verificados, como é o caso da recente Lei 12.619, de 30 de abril de 2012, que dispõe sobre o exercício da profissão de motorista, trazendo direitos como acesso gratuito a programas de formação e aperfeiçoamento profissional, intervalo após 4 (quatro) horas de condução de veículo, entre outros direitos, que eram defendidos pela sociedade, até mesmo para evitar os acidentes com carretas, caminhões e ônibus por distração ou sono do motorista. (BRASIL, 2012). Entretanto, um ano após a Lei, ainda não se vislumbram alguns direitos por inexistência de condições, postos de atendimento do Estado ao longo da rodovia, e a simples parada em qualquer trecho não é possível, diante da falta de segurança e estrutura. Outra seara que demanda legislação como forma de satisfação das expectativas da sociedade é a penal, pregando o incremento do rigor da lei, o Estado tem frequentemente aumentado as penas,

principalmente em crimes de corrupção ou outros que provocaram a comoção social ou a ira social, sem, no entanto, contar com infraestrutura para efetivação dos instrumentos normativos. Constata-se, pois, que a legislação-álibi “decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador” (NEVES, 2011, p. 39), é uma forma de manipulação, sem realmente solucionar os problemas da sociedade.

E, ainda no modelo tricotômico para classificar a tipologia da legislação simbólica, há a modalidade que visa adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios, no momento em que o ato legislativo se presta a transferir a solução do conflito para uma data futura incerta, com a perspectiva de ineficácia da lei. Normas brasileiras inseridas neste modelo estão esparsas na Constituição Federal de 1988, a começar pelo artigo 7º, inciso I, que, desde 1988, traz a previsão de indenização compensatória para despedida arbitrária ou sem justa causa, mas, até hoje ainda não foi definida em lei complementar, há ainda a previsão, no mesmo artigo, inciso XXIII, de adicional para as atividades penosas, que, até hoje, não foi regulamentado, ensejando a ineficácia da norma, que pode acabar sendo protelada até ser esquecida ou abandonada pela pressão popular. Portanto, denota-se, nesse tipo, o adiamento da solução do conflito para uma data indeterminada.

Ao analisar os tipos de legislação simbólica e o instituto da licença maternidade e paternidade há duas constatações que ressaltam. A ausência de lei específica sobre o tema demonstra a falta de interesse do legislador de atender à demanda social ou até mesmo de tratar o tema. A licença maternidade encontra amparo legal, mas a licença paternidade, até o momento, é tratada no artigo 10, parágrafo 1º, do ADCT, no qual há a previsão de lei posterior que venha a tratar sobre o tema, mas que até o momento não se demonstrou qualquer atividade legiferante intensa nesse sentido. Tal fato leva a vislumbrar a abordagem constituinte sobre licença paternidade a título de adiamento de conflitos sociais, deixando transparecer uma aparente boa intenção do legislador para convencer o público, sem trazer uma solução efetiva para o problema, constituindo-se uma legislação-álibi, nos termos supramencionados.

Não se descarta a importância da legislação simbólica, que apresenta funções sociais manifestas e funções sociais latentes.

Da mesma forma, a constitucionalização simbólica apresenta aspectos positivos e negativos, que devem ser destacados para o aprimoramento do processo de elaboração da norma constitucional. A constitucionalização simbólica apresenta também um viés positivo,

“na medida em que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico”. (NEVES, 2011, p. 95).

A ineficácia ou a não realização das normas constitucionais não podem ser analisadas isoladamente como configuradoras da constitucionalização simbólica, eis que representam, ainda, a função simbólica no sentido de trazer os elementos caracterizadores da ordem política, a retórica diante de valores determinados, tais como paz e democracia, apesar de frustrada a normatividade jurídica, o grau de regulação da conduta e de orientação das expectativas de comportamento. É uma função ideológica.

“O fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada” (NEVES, 2011, p. 91) representa, num primeiro momento, o caráter negativo da constitucionalização simbólica. Os órgãos estatais, os cidadãos e as organizações privadas participam de parte do processo concretizador da norma, não dele todo, alguns no momento da construção da norma jurídica, outros na parte da interpretação e aplicação normativa no momento das decisões, Canotilho foca no intérprete, colocando-o como fundamental no processo de absorção e aplicação na norma: “uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efetua uma atividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta” (CANOTILHO, 2003, p. 1212).

É no plano da vigência social das normas constitucionais que sobressai a problemática da constitucionalização simbólica, já que, ao apresentar descompasso entre as disposições constitucionais e o comportamento dos agentes públicos e privados, constata-se a falta de normatividade. Assim, ao se deparar com a proteção da maternidade, inserida na Constituição, é importante interpretar como um todo, num sentido global, já que a interpretação não deve ser dada de um instrumento isoladamente, todo o arquétipo legislativo contribui para a formação e instrumentalização constitucional. E, ao adentrar na finalidade a que a licença maternidade se propõe, para o cuidado com a criança e o convívio familiar para uma consequente formação sólida da estrutura familiar, nota-se que não mais se justifica a diferenciação e desigualdade dos institutos da licença maternidade com a licença paternidade, o casal deve estar presente para consecução do propósito do instituto à luz da esfera constitucional. Para tanto, os próprios julgadores, ao interpretarem não apenas com base legal, estrita e desvinculada, mas contextualizada com os princípios e o caráter teleológico da norma, como representantes do Estado, agentes públicos podem trabalhar na igualdade dos prazos de concessão para atendimento da própria finalidade que a norma que prevê a licença maternidade e a paternidade propõe.

Da mesma forma, ainda que diante da ausência legal que expresse, a licença maternidade e paternidade na união homoafetiva, reconhecidas as especificidades, deve ser interpretada de forma contextualizada, reconhecendo a dinamicidade das relações sociais e não se atendo à lei, que acaba por apresentar função simbólica ao não mais atender aos anseios sociais.

Nessa dimensão negativa da legislação simbólica, vislumbra-se, portanto, a ausência de participação popular no processo de concretização constitucional, e até mesmo os órgãos estatais se orientam no sentido de, durante a interpretação-aplicação, evadir ou desviar a finalidade da Constituição.

Diante da Constituição Brasileira de 1988, é inegável, entretanto, que repercutiu e ainda repercute ideologicamente, apesar de programática em vários aspectos, com promessa de realização no futuro, mas no tocante aos direitos humanos trouxe um debate, ainda que retórico, característicos da função simbólica. “A responsabilidade pelos graves problemas sociais e políticos é, então, atribuída à Constituição, como se eles pudessem ser solucionados mediante as respectivas emendas ou revisões constitucionais”. (NEVES, 2011, p. 187).

Ocultam-se a possibilidade de solução dos problemas jurídicos e políticos, que não carecem de instrumentos legislativos, mas sim de concretização normativo-constitucional mediante as condições sociais para a realização da democracia e do Estado de direito, sendo inverídica a necessidade de desconstitucionalização, argumentada por aqueles que querem desviar o foco com o intuito de protelar a implementação e efetivação dos direitos já previstos e possibilitados pelo instrumento constitucional, não retira-se, entretanto, a importância da função simbólica, ainda que não ideal, suscita o debate para quem sabe, no futuro, trazer a efetivação do direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se, diante da análise dos institutos da licença maternidade e da licença paternidade, que a legislação brasileira contemporânea, se interpretada sem considerar a diretiva principiológica constitucional, de forma descontextualizada e não sistematizada, pode não atender aos anseios da sociedade, e não ser suficiente para atender à finalidade de proteção da maternidade e da criança. As relações sociais são dinâmicas, e é impossível a feitura de leis que acompanhem as modificações e evoluções da sociedade. Assim, as disposições legais e constitucionais que expressam os prazos e condições da licença maternidade e da licença paternidade não conseguem sanar a discussão no caso de união

homoafetiva, entre dois homens, como exemplificado, quem poderia então cuidar e proteger a criança em sua fase inicial, se não há a figura materna nos moldes tradicionais.

Além da forma de concessão, é necessário debater e refletir, como foi proposto neste trabalho, mas sem esgotar a questão, sobre o prazo, que não permite a efetiva proteção e convívio familiar, e pode ser ampliado, conforme projetos de lei em andamento. Em vários países a ordem jurídica contempla a licença gestante e a licença paternidade com períodos maiores do que a legislação brasileira prevê. Considerando que o legislador nacional estuda o direito de países estrangeiros com objetivo de aprimorar o ordenamento jurídico nacional, seria oportuno a concessão de períodos maiores, tanto em relação à licença-gestante quanto à licença paternidade. Essa ampliação certamente favoreceria plenamente as finalidades precípuas de dividir responsabilidades entre o pai e a mãe e de conferir uma convivência mais próxima entre os membros de uma família nesse período tão especial e importante, de forma a fortalecer os laços afetivos entre os entes familiares, assegurando um relacionamento mais saudável para o futuro de todos, crianças e pais. De igual forma, visando não pairar dúvidas acerca da concessão do respectivo período de licença, quando da adoção de uma criança no campo da união homoafetiva, certo seria a regulamentação expressa da lei concedendo iguais benefícios.

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, proclama como sendo um direito social a proteção à maternidade e, igualmente, em seu artigo 201, inciso II, proclama a "proteção à maternidade, especialmente à gestante".

Destarte, palavras para descrever os motivos do constituinte ao privilegiar as mães, as gestantes e as crianças, parece-nos dispensáveis. Contudo, indispensáveis são as razões de mantê-las sob o manto da proteção da Lei Maior de forma mais efetiva e concreta, sempre buscando atenuar a dupla jornada de trabalho dessas mulheres e conferindo-lhes os direitos sociais assegurados constitucionalmente.

Desta forma, e em atendimento aos princípios da igualdade estabelecidos como um dos preceitos fundamentais do Estado Brasileiro e em atendimento à vedação da discriminação de qualquer natureza, faz-se necessário que o legislador pátrio reveja e altere as disposições acerca das "licença maternidade e licença paternidade", com o objetivo de ampliá-las e equipará-las possibilitando que a formação e o crescimento de uma criança estejam sempre protegidos e sejam sempre beneficiados. Propõe, inclusive, a concessão de forma isonômica a mães e pais, com o intuito de inserir a figura paterna no cuidado da criança, na participação na fase inicial da criança, além de apoiar e auxiliar a mãe. Da mesma forma propõe-se a estabilidade para ambos, não só no caso da maternidade como previsto na

legislação contemporânea, mas, visando a maior proteção, que seja o emprego do pai protegido da despedida arbitrária ou sem justa causa.

Em atendimento também às “cláusulas pétreas” da Constituição Brasileira de 1988, faz-se necessário lembrar que o legislador pátrio tem o dever de formular meios para que a família permaneça sendo uma instituição que merece posição privilegiada e que o futuro de uma nação depende da paz, da segurança e da tranquilidade que eles podem oferecer ao povo. E diante dos princípios constitucionais que direcionam o caminho a ser seguido pelo legislador, é necessário realizar uma interpretação global, com atendimento dos preceitos fundamentais e implementação da norma de maneira a atender aos anseios sociais, sem que a legislação seja desvirtuada, se tornando meramente simbólica.

Enfim, a ordem normativa deve ser repensada cotidianamente, considerando a dinamicidade das relações, e a importância de normas efetivas, sendo possível vislumbrar, entretanto, a solução dos problemas jurídicos e políticos, muitas vezes independentemente de instrumentos legislativos, mas com uma concretização normativo-constitucional que possibilite a emancipação do indivíduo com a realização da democracia e do Estado de direito.

7 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Emenda à Constituição - PEC – 64*. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 4 abr. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 3935/2008*. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 4 abr. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei de 5.936/2009*. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 4 abr. 2013.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Aprovada pelo Decreto- lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 4 abr. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 abr. 2013.

BRASIL. *Lei 12.619*, de 30 de abril de 2012. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.... Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12619.htm>. Acesso em: 07 abr. 2013.

BRASIL. *Lei 8.213*, de 24 de junho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <www.previdencia.gov.br>. Acesso em: 21 abr. 2013.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Decisão judicial*: INSS publica sentença da ACP nº 5019632-23.2011.404.7200, sobre salário-maternidade para mães adotantes. 01 jun. 2012. Disponível em: <www.previdencia.gov.br/vejaNoticia.php?id=46605>. Acesso em: 21 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 17 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. *Juíza do trabalho concede licença paternidade a pai solteiro que adotou criança*. Disponível em <www.trt16.jus.br/noticias>. Acesso em: 27 abr. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Licença paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável. *Synthesis*. 10, n. 20, p.145-148. São Paulo: LTr, 1994.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEULDERS, Danièle et al. Trabalho e maternidade na Europa, condições de trabalho e políticas públicas. In *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, n. 132, pse. t6./1d1e-z6.420,0s7et./dez. 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PARLAMENTARES aprovam licença-paternidade de 180 dias. 13 mar. 2013. Disponível em: <http://acritica.uol.com.br/noticias/ALEAM-aprova-licenca-paternidade-dias_0_881911828.html>. Acesso em: 21 abr. 2013.

SILVA, Antônio Álvares da. Nova licença-maternidade. Disponível em: <<http://www.amatra3.com.br>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

SINDSEGSP – Sindicato das Seguradoras, Previdência e Capitalização. *Convenção Coletiva de Trabalho do Município de Ribeirão Preto*. 22 fev. 2013. Disponível em <www.sindsegs.org.br>. Acesso em: 4 abr. 2013.

TOLOVI JÚNIOR, José. *Licença-paternidade: novo contexto corporativo*. 06 ago. 2013. Disponível em: <http://www.revistapetcenter.com.br/materia_interativa_licenca_paternidade.php>. Acesso em: 21 abr. 2013.