

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

PAMELA DE MEDEIROS

**A DISCRIMINAÇÃO TEMPORAL ENTRE LICENÇA-MATERNIDADE E LICENÇA-
PATERNIDADE NOS CASOS DE ADOÇÃO DIANTE DA LEI Nº 10.421/2002 E DO
REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: UM ESTUDO SOBRE A VIOLAÇÃO
DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

CRICIÚMA/SC

2013

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

PAMELA DE MEDEIROS

**A DISCRIMINAÇÃO TEMPORAL ENTRE LICENÇA-MATERNIDADE E LICENÇA-
PATERNIDADE NOS CASOS DE ADOÇÃO DIANTE DA LEI Nº 10.421/2002 E DO
REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: UM ESTUDO SOBRE A VIOLAÇÃO
DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof.Ms.Fernando Nagib M.Coelho
Co-orientador: Prof.Dr. Daniel L. Marchiori Neto

CRICIÚMA/SC

2013

PAMELA DE MEDEIROS

A DISCRIMINAÇÃO TEMPORAL ENTRE LICENÇA-MATERNIDADE E LICENÇA-PATERNIDADE NOS CASOS DE ADOÇÃO DIANTE DA LEI Nº 10.421/2002 E DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: UM ESTUDO SOBRE A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Trabalho de Conclusão de Curso, aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

Criciúma, 03 de dezembro de 2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Fernando Nagib Marcos Coelho – (UNESC) – Orientador

Prof. Ms. Rafael Cherobin - (UNESC)

Prof. Esp. Maurício Colle de Figueiredo - (UNESC)

Aos meus pais Sérgio e Edna e ao meu irmão Nathan, por todo amor, incentivo e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e pela benção sobre meu estudo, sob forma de iluminação e persistência durante toda jornada acadêmica.

Ainda que faltem palavras para expressar toda minha gratidão, agradeço meus pais e meu irmão humildemente neste momento. Agradeço por todas as suas renúncias pessoais para que me fosse proporcionada esta oportunidade e também pelos incentivos constantes.

À minha mãe, por todos os pensamentos positivos e ideais vencedores, palavras de carinho e de conforto; pelo seu sorriso e amor incondicional. Ao meu pai, pelo exemplo de dignidade, sabedoria e persistência a ser seguido. Por todo apoio e estímulo ao estudo do Direito e por tudo que me ensinou e me ensina constantemente. Ao meu irmão, meu presente de Deus, por todo carinho e colaboração.

Agradeço ao meu namorado Diego, por todo apoio, compreensão e por suas palavras de tranquilidade, sempre na certeza de que tudo daria certo. Aos meus amigos, futuros juristas, Beatriz, Bianca, Bruno e Rafaela, pelas alegrias, e pelo companheirismo sempre presente nos momentos de dúvidas e anseios.

Ao meu co-orientador Dr. Daniel Lena Marchiori Neto, por ter valorizado e incentivado minha proposta de pesquisa, não deixando que eu desistisse. Pela sua incomparável atenção, dedicação e pelo seu admirável comprometimento com o ensino, mesmo distante da instituição. Manifesto toda minha gratidão através do singelo e verdadeiro: muito obrigada.

Agradeço ainda ao meu orientador Ms. Fernando Nagib Marcos Coelho, por aceitar seguir com a orientação de um trabalho já iniciado. Pela tranquilidade e confiança que demonstrou em mim.

Por fim, gostaria de agradecer aos professores Rafael Cherobin e Maurício Colle de Figueiredo, pelo tempo dispensado como integrantes da banca, exercendo com fidelidade a função de ensinador.

O verdadeiro Estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

Von Rudolf Jhering

RESUMO

O objetivo principal do presente trabalho monográfico é analisar a razoabilidade da distinção temporal entre as licenças maternidade e paternidade nos casos de adoção. A Constituição Federal promove diferenciação entre as licenças motivada por razões e necessidades de cunho biológico, no entanto, em casos de filiação adotiva inexistem fatores biológicos e, portanto as necessidades afetivas deveriam prevalecer. A Lei n. 10421/2002 e o RGPS mantinham a mesma diferenciação dos casos biológicos aos casos adotivos. A proposta da pesquisa é estudar a distinção das licenças diante do princípio da igualdade bem como, analisar se a recente Lei n. 12.873/2013 promove efetiva isonomia de direitos entre os gêneros quanto à licença e ao salário-maternidade.

Palavras-chave: Isonomia. Maternidade. Paternidade. Adoção. Razoabilidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRPS	Conselho de Recursos da Previdência Social
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PL	Projeto de Lei
RHEG	Rede de Homens pela Equidade de Gênero
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A DISTINÇÃO ENTRE LICENÇA-MATERNIDADE E LICENÇA-PATERNIDADE NOS CASOS BIOLÓGICOS E POR ADOÇÃO	11
2.1 Licença-maternidade nos casos de gestação e adoção.....	11
2.2 Licença-paternidade biológica e adotiva	22
2.3 A diferença entre a gestação e a adoção: análise dos aspectos biológico e socioafetivo	26
3 LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE	35
3.1 A definição jurídica de igualdade e a questão de gênero	35
3.2 A possibilidade da concessão de licença e salário-maternidade ao pai pelo atual RGPS	44
4 A POSSIBILIDADE DA AMPLIAÇÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE EM CASOS DE ADOÇÃO ATRAVÉS DE ADPF	49
4.1 Elementos da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF ...	49
4.2 A desigualdade de gênero e a possibilidade da ADPF para equiparação das licenças nos casos de adoção.....	55
4.3 Lei n. 12.873 de 24 de outubro de 2013 e salário-maternidade: análise valorativa das mudanças	61
5 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

As licenças maternidade e paternidade são direitos garantidos constitucionalmente, reflexos de uma conquista histórica, sobretudo da proteção ao momento da maternidade e do trabalho da mulher. O salário-maternidade devido à empregada durante a fruição da licença-maternidade é direito previdenciário assegurado e devido pela Previdência Social através do INSS. As mães adotivas conquistaram igualdade de direitos através da edição da Lei n. 10.421/2002 que estendeu a elas o direito a licença e salário nos casos de adoção e de guarda judicial de crianças com até oito anos de idade.

A norma originária promove visível discriminação entre os gêneros ao diferenciar o lapso temporal entre as licenças, concedendo 120 dias de licença-maternidade e 5 dias de licença-paternidade. Ocorre que tal distinção apresenta-se no todo justificável, a ótica da filiação biológica pelas necessidades fisiológicas envolvidas, mas que por outro lado, ao tratar-se de adoção, filiação socioafetiva, surgem dúvidas quanto a aplicação da lei n. 10.421/2002 que estende somente as mães adotivas o direito a licença e salário-maternidade.

Deste modo, suscitando incerteza quanto a sua validade e aplicabilidade perante o princípio da igualdade, o presente trabalho tem como objetivo analisar se a diferenciação temporal entre as licenças devido ao gênero é constitucionalmente válida e se existe violação do princípio da igualdade. Para tanto, o presente trabalho será dividido em três capítulos.

Inicialmente será realizado um estudo histórico das licenças maternidade e paternidade e das diferenças entre a gestação e adoção, de modo a compreender as razões da discriminação entre os gêneros. Posteriormente, será analisada a constitucionalidade da norma, a qual será submetida a um teste de razoabilidade, que ocorrerá em três etapas. No último capítulo será verificada a possibilidade da equiparação entre as licenças através de ADPF. Por fim, será realizado um juízo de valor acerca da recém sancionada lei n. 12.873/2013 que, dentre as mudanças que promove, altera as regras da licença e do salário-maternidade.

2 A DISTINÇÃO ENTRE LICENÇA-MATERNIDADE E LICENÇA-PATERNIDADE NOS CASOS BIOLÓGICOS E POR ADOÇÃO

Este primeiro capítulo tem por objetivo analisar a distinção no lapso temporal entre as licenças concedidas em virtude da maternidade e da paternidade, sejam elas biológicas ou por adoção. Para tanto, a estrutura é dividida em três seções.

Inicialmente será trabalhado o direito à licença-maternidade concedida as gestantes pela constituição federal, bem como às mães adotivas por legislação específica. Na segunda seção, será estudado o aspecto constitucional e jurisprudencial da licença-paternidade. E, por fim, serão abordadas as diferenças entre a gestação e a adoção através da análise dos aspectos biológicos e sócioafetivos envolvidos nas duas situações.

2.1 LICENÇA-MATERNIDADE NOS CASOS DE GESTAÇÃO E ADOÇÃO

Esta seção tem por escopo contextualizar a proteção da maternidade das mulheres trabalhadoras. Faz-se necessário, neste contexto, abordar o aspecto conceitual e as características da licença-maternidade.

O raciocínio será estruturado em três itens subdivididos da seguinte forma: (I) histórico da proteção à maternidade; (II) evolução jurídica e peculiaridades da licença-maternidade e do benefício previdenciário do salário-maternidade; (III) o direito à licença e ao salário-maternidade relativos aos casos de adoção.

(I)

A proteção da maternidade¹ teve seu marco histórico com a Convenção n.3 da OIT, de 1919. Este documento visava à proteção da mulher trabalhadora em dois momentos. Primeiramente, antes do parto, mediante apresentação de atestado

¹ A maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações. (BARROS, 2008, p. 1084)

médico. Após, era concedida uma licença de seis semanas, bem como repouso especiais diários durante a jornada de trabalho, para a amamentação do filho.

Desde então, a preocupação com a mulher no que se refere à maternidade foi objeto de muitas convenções e reformas. A primeira constituição brasileira que versou sobre a proteção da mulher foi a de 1934. Com ela ficou estabelecido, a proibição da discriminação de salários por gênero (art. 121, § 1º, a) e do trabalho em locais insalubres (art. 121, § 1º, d), a garantia ao repouso antes e depois do parto sem prejuízo do salário e do emprego, a previdência em favor da maternidade (art. 121, § 1º, h), bem como serviços de amparo à maternidade (art.121, § 3º).

O direito à licença-maternidade representa uma evolução no que concerne ao pensamento protecionista do trabalho feminino. Nele está implícito o esforço do legislador em amparar a mulher na sua dignidade, contra a discriminação, bem como no seu livre exercício profissional, pois preserva emprego e salário na interrupção de sua prestação laboral durante a gestação. (ASSUNÇÃO, 2007)

Atualmente, a proteção à maternidade encontra-se resguardada pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º XVIII². A proteção constitucional é garantida pela Consolidação das Leis do Trabalho, no Capítulo III, que trata da proteção do trabalho da mulher nos artigos 391 a 400.

(II)

A CLT traz a efetivação do direito à licença-maternidade às trabalhadoras gestantes através do afastamento temporário de suas atividades laborais, sem prejuízo do emprego e da remuneração. A garantia deste direito segue, em resumo, o seguinte rito. Primeiramente, a empregada notifica o empregador da sua gravidez, mediante entrega de atestado médico, indicando também a data do início do seu afastamento do emprego. Vale ressaltar, que este é o procedimento adotado também em casos de parto antecipado (§ 3º do art. 392 da CLT).

Do ponto de vista legal, é assegurado à empregada o direito de afastar-se do trabalho a partir do vigésimo oitavo dia que anteceder o parto. Neste período, a

² Art. 7º 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.

empregada goza de garantias específicas, como a troca de função, melhor adaptação diante da condição de saúde e a dispensa do trabalho para consultas e exames médicos, nos termos do art. 392 da CLT³.

A licença-maternidade é garantida ainda na hipótese do nascimento sem vida do filho, pois não há, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivo que limite o direito a licença ao nascimento com vida da criança. Nesse sentido, Barros (2011, p.868) salienta que o afastamento após o parto é obrigatório e se justifica visto “que a licença tem como fato gerador não só o nascimento do filho, mas também a gestação, que, como é sabido, ocasiona à mulher transtornos físicos naturais e até psíquicos”.

Deste modo, ainda que a criança nasça sem vida, ou venha a falecer momentos depois, a mulher passou pelas alterações biológicas e psicológicas do período gestacional e passará pelo pós-parto. Por essa razão, necessita de tempo para restabelecer sua condição fisiológica e seu equilíbrio emocional. Neste caso, o que poderia ser considerado *natural* encontra-se agravado pela perda do filho.

Caso a gravidez seja interrompida por aborto, desde que não criminoso, evidenciado mediante atestado médico, a mulher terá direito a um repouso remunerado de duas semanas, conforme preceitua o art. 395 da CLT. Nesse caso, fica assegurado à empregada, o direito de retorno à função que ocupava antes do afastamento.

Em 09 de setembro de 2008, a Lei Nº 11.770 instituiu o Programa Empresa Cidadã, que veio mais tarde a ser regido pelo Decreto nº 7.052, de 23 de dezembro de 2009. O Programa foi criado com a finalidade de proporcionar prorrogação pelo período de sessenta dias à duração da licença-maternidade constitucional de 120 (cento e vinte) dias. A administração pública direta, indireta e

³ Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. § 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. § 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. § 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. § 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. § 5º (VETADO)

fundacional, ficou autorizada nos termos do Art. 1º desta lei a instituir programa que garantisse prorrogação da licença também às suas servidoras.

No entanto, a opção pela licença-maternidade ampliada depende da empregada e não do empregador. Por esse motivo, não pode ser regra da empresa. Caso a empregada queira usufruir da prorrogação a que tem direito, deve requerê-la esta até o final do primeiro mês após o parto. A licença prorrogada será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que versa o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal.

Durante o período de prorrogação da licença-maternidade de que trata a lei, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar. O descumprimento desta regra ocasiona a perda do direito à prorrogação e a empregada deve retornar às suas atividades laborais.

Provavelmente, o objetivo do legislador⁴ ao ampliar a licença-maternidade foi proporcionar à criança nos seus primeiros meses de vida, um maior tempo de convívio com a mãe, e também incentivar, ainda que indiretamente, a prática da amamentação. Por essa razão, é recomendável à mãe utilizar esse período para se dedicar às necessidades da criança e não a outras atividades com finalidade econômica.

Desde a Convenção nº 3 de 1919, da OIT, a mulher tem direito garantido à licença maternidade acompanhada de estabilidade provisória no emprego. No direito brasileiro, a estabilidade provisória da gestante veda a possibilidade de demissão sem justa causa, conforme previsão legal do art. 10, II, b, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias⁵, em referência ao art. 7º da CRFB/88⁶.

O art. 10, II, b, do ADCT, que concedeu a estabilidade à gestante, visou evitar que as mulheres fossem demitidas por se encontrarem grávidas, preocupação, aliás, já impressa na lei trabalhista – art. 391 da CLT. Outro cuidado que o legislador constituinte teve ao garantir a estabilidade foi o de evitar que a mulher sofresse discriminação pelo estado que se encontrava, evitando o desemprego numa fase em que o rendimento é extremamente

⁴ Ivana Bittencourt Lima. Prorrogação da licença maternidade: razões legislativas. Disponível em <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/879/886>. Acesso em: 15 de abril de 2013.

⁵ 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.

⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

necessário. Antes da Constituição era possível o empregador dispensar a gestante, o que causava sérios prejuízos à mulher e à criança. (CASSAR, 2011, p. 1196.)

Com a inserção da mulher no mercado de trabalho⁷, ela adquiriu responsabilidades muito além do cotidiano de um lar. Por esse motivo, poderia se privar do desejo de ser mãe, em detrimento do seu reconhecimento profissional. O legislador encontrou, através da estabilidade provisória, um meio de incentivar e proteger de práticas discriminatórias a maternidade da trabalhadora, respeitando sua dignidade e reconhecendo sua importância. Além, é claro, de respeitar os direitos da criança aos cuidados e convivência familiar.

Deste modo, a empregada gestante goza da estabilidade provisória⁸ no emprego desde o momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Essa garantia independe da relação de emprego se dar por prazo determinado ou indeterminado, como é o caso dos contratos de experiência, e aviso prévio indenizado, por exemplo.

Entretanto, apesar da estabilidade, existe a possibilidade de ocorrer rescisão contratual sem justa causa, sem que o empregador, ou até mesmo a empregada, tenham consciência do seu estado gravídico. Nesse caso, o empregador terá responsabilidades e obrigações que variam de acordo com o momento a que venha a ter conhecimento da gravidez da empregada.

Diante disso, tem-se as seguintes hipóteses: a) Se o conhecimento do empregador suceder a rescisão do contrato de trabalho e, à época a ex-empregada esteja ainda no período considerado de estabilidade, ela terá direito a reintegração ao emprego com os devidos pagamentos; b) caso ocorra o reconhecimento do direito depois de exaurido o período de estabilidade, serão devidos à empregada

⁷ Em conformidade com o texto: Mulher, mercado de trabalho e as configurações familiares do século XX. Disponível em: http://www.ufvjm.edu.br/site/revistamultidisciplinar/files/2011/09/Mulher-mercado-de-trabalho-e-as-configura%C3%A7%C3%B5es-familiares-do-s%C3%A9culo-XX_fatima.pdf.

⁸ Em conformidade com a Súmula nº 244 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.

apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego⁹.

Vale ressaltar que, havendo a interrupção da gravidez por aborto, a jurisprudência majoritária tem entendido que a empregada não terá direito à continuidade da estabilidade provisória. E que, ocorrendo rescisão do contrato de trabalho e sobrevivendo o aborto, a indenização devida pelo empregador corresponde somente ao período da gravidez, considerando, ainda, o prazo de duas semanas referente ao repouso remunerado previsto no artigo 395 da CLT.

O salário-maternidade devido à empregada durante a fruição da licença-maternidade é prestação pecuniária de duração limitada da Previdência Social¹⁰, devida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Conforme orientação do Ministério da Previdência Social¹¹ é devido às seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas, empregadas domésticas, contribuintes individuais, facultativas e seguradas especiais, por ocasião do parto (inclusive o natimorto) ou aborto não criminoso.

O benefício será devido ainda nas seguintes hipóteses: a) se a segurada estiver desempregada, terá direito ao salário-maternidade caso tenha sido demitida antes da gravidez ou, caso a gravidez tenha ocorrido enquanto ainda estava empregada, desde que a dispensa tenha sido por justa causa ou a pedido; b) em caso de aborto espontâneo ou aqueles permitidos em lei¹² (estupro ou risco de vida para a mãe), devidamente comprovado mediante atestado médico, neste caso a segurada terá direito ao salário correspondente a duas semanas.

Historicamente, o benefício foi instituído pelo Decreto nº 24.217-A, de 17 de maio de 1932, que determinou o direito à empregada em licença-maternidade, a um auxílio no valor correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses. O direito foi fixado no mesmo sentido, pela Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/43) em seu art. 393, ao prever o benefício à empregada durante os 120 dias da licença.

⁹ Em conformidade com a redação da Súmula 396, I – TST.

¹⁰ Art. 201, CRFB/88 – A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

¹¹ Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=24>. Acesso em 13 de maio de 2013.

¹² Nos termos do art. 128 do Código Penal Brasileiro.

Atualmente, ficou instituído o seguinte¹³: a) o valor do benefício pago à segurada empregada que tem salário fixo corresponderá à remuneração devida no mês do seu afastamento; b) a que recebe salário variável, o valor do benefício será equivalente à média salarial dos seis últimos meses e c) e àquela que recebe acima do teto salarial do Ministro do STF, terá o valor do benefício limitado a esse teto¹⁴. No entanto, existem outras situações, como é o caso da empregada doméstica, onde o salário-maternidade é equivalente ao último salário recebido, observado os limites de contribuição para a Previdência Social.

Além disso, o pagamento do benefício acontece do seguinte modo: o empregador paga o valor integral do salário diretamente à empregada que se encontra em licença-maternidade, e compensa posteriormente estes valores, nos demais recolhimentos devidos à Previdência Social. Vale observar, que a trabalhadora que exerce atividades concomitantes ou tem empregos simultâneos tem direito a receber um salário-maternidade para cada emprego/atividade, desde que seja contribuinte da Previdência Social nas duas situações¹⁵.

Houve evolução do instituto, deixando de ser encargo direto do empregador que contratou a gestante para ser suportado pelo empresariado como um todo, transformando-se em um instituto previdenciário, com vantagens para a empresa contratante e principalmente para a própria mulher, que terá menos razões de ser discriminada na contratação. (CARRION, 2009, p.264)

Exonerando-se o empregador das custas com o afastamento da empregada, minimiza-se a discriminação do trabalho da mulher, o que traz garantia a seus interesses profissionais e sua renda, sem prejudicar sua natureza feminina no que tange a maternidade. Se houvesse ônus pecuniário do empregador, haveria provavelmente redução do número de trabalhadoras no mercado de trabalho, o que prejudicaria o sustento familiar.

No caso de licença-maternidade prorrogada por sessenta dias em virtude do Programa Empresa Cidadã, o salário-maternidade é prestação devida pelo empregador, cabendo a Previdência Social, somente o pagamento dos primeiros

¹³ Em conformidade com a Lei nº 8.213/91, Decreto nº 3.048/99, Instrução Normativa INSS/PRES nº 45 de 2010 e respectivas alterações posteriores.

¹⁴ Resolução nº 236/02 do Supremo Tribunal Federal, de 19 de julho de 2002.

¹⁵ Art. 98 do Decreto n.3.048, de 6 de maio de 1999, que regulamentou a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.

120 (cento e vinte) dias¹⁶. No entanto, o empregador que aderiu ao Programa tem a possibilidade de deduzir do imposto devido, o total da remuneração pago à empregada no período de prorrogação da licença. Entretanto, é vedada a dedução como despesa operacional.

Conforme orientação do Regime Geral da Previdência Social¹⁷, a concessão do salário maternidade não exige tempo mínimo de contribuição nos casos de trabalhadoras empregadas, empregadas domésticas e trabalhadoras avulsas. A concessão do benefício será imediata após comprovação do estado gravídico na data do afastamento antecipado ou na data do parto.

Todavia, haverá carência nas seguintes situações: a) nos casos de contribuinte individual e facultativo, carência relativa a 10 (dez) contribuições mensais; b) para segurada especial, deverá ser comprovado no mínimo dez meses de atividade rural anteriores à data do parto, mesmo que de forma descontínua; e c) na hipótese de parto antecipado, o período de carência será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado¹⁸.

Vale ressaltar que o pagamento do salário a que tem direito a mãe, não será interrompido, mesmo que a criança venha a falecer durante a fruição da licença. Será devido ainda, no infortúnio da criança nascer sem vida, natimorto ou houver parto antecipado.

A duração do salário-maternidade acompanha o período da licença a que se refere o art. 7º, XVIII, da CRFB/88, ou sua prorrogação, cessando quando findo este período. No entanto, o benefício também será interrompido na eventualidade do falecimento da beneficiária.

(III)

A proteção à maternidade vem ao mesmo tempo resguardada e literalmente restringida pela Constituição Federal sob a forma de *licença à gestante*, nos termos do artigo 7º, inciso XVIII. Nesse mesmo sentido, o artigo 10, II, b, do

¹⁶ Para Alencar (2009, p.496), perante o INSS o salário maternidade permanece de 120 dias. A possibilidade de prorrogação da licença maternidade por mais 60 dias se opera na relação trabalhista, e é restrita às empregadas de pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, desde que o empregador venha a aderir ao programa.

¹⁷ Orientação disponível em: <http://agencia.previdencia.gov.br/e-aps/servico/358>. Acesso em 01 de maio de 2013.

¹⁸ Orientação disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=24>. Acesso em 01 de maio de 2013.

ADCT, traz a expressão *empregada gestante*, ao garantir estabilidade provisória no emprego.

Por esse motivo, diante da inexistência de norma legal, seria considerada violação ao princípio da legalidade e da liberdade¹⁹ impor ao empregador ou à Previdência Social, o dever de pagar obrigação não expressa. Os textos legais ao mencionar a licença-maternidade, faziam somente referência às gestantes, portanto mães biológicas, não contemplando as mães adotivas. Devido a essa divergência terminológica, negava-se²⁰ a licença e o salário-maternidade à mãe adotiva.

Tais direitos só foram reconhecidos formalmente com a entrada em vigor da Lei nº 10.421 de 15 de abril de 2002 (DOU 16.4.2002), que, ao acrescentar a alínea “a” ao art. 392 da CLT, estendeu a licença-maternidade também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial de criança.

Para adquirir o direito da licença-maternidade, a adotante ou guardiã deveria comprovar a maternidade mediante apresentação do termo judicial de guarda devidamente preenchido observando a finalidade de adoção. A licença-maternidade era concedida independentemente de a mãe biológica ter usufruído do mesmo benefício.

No entanto, o período de licença-maternidade concedida nos casos de adoção e guarda judicial, era fracionado de acordo com a idade da criança, do seguinte modo²¹: a) até 1 (um) ano de idade, licença de 120 dias; b) acima de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos, licença de 60 dias; c) maiores de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, era concedida licença de 30 dias.

O referido dispositivo sofreu à época, inúmeras críticas por ser considerado um desrespeito ao princípio da isonomia por proporcionar direito diferenciado e discriminatório em relação aos filhos adotivos quando comparados

¹⁹ CRFB/88 - Art. 5º, II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

²⁰ O Supremo Tribunal Federal, por meio da decisão proferida no RE 197.807-4-RS – 1ª T., cujo relator foi o Min. Octavio Gallotti, assim decidiu: “Não se estende à mãe adotiva o direito à licença instituída em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art.7º da CF, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria.” (DJ 18.8.2000). A jurisprudência predominante no TST também negava a licença-maternidade à mãe adotante, pelas seguintes razões: “Mãe adotante – Licença-maternidade. Art.7º, XVIII da Constituição Federal de 1988. Não extensão. 1. As circunstâncias que envolvem a mãe adotiva não têm similitude com a das mães biológicas. Em razão do texto constitucional que confere a licença-maternidade 120 dias apenas à gestante (inc. XVIII do art.7º), obrigar o empregador a conceder tal benefício importa em violação ao art. 5º, II, da CF/88. 2. Embargos conhecidos, porém desprovidos.”TST-SDI1.RR 159.112/95.5 – Red. Min. Levi Ceregado – DJ 26.11.99.

²¹ Em conformidade com a antiga redação do Art. 392- A da CLT em relação aos períodos de licença-maternidade concedidos conforme a idade da criança.

aos biológicos. Por esse motivo, houve a necessidade de se aperfeiçoar a sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar, que se deu através da promulgação da Lei nº 12.010, de 29 de julho de 2009.

Esta, por sua vez, em respeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe em seu bojo a revogação dos dispositivos (§1º a §3º do art. 392-A da CLT), que diferenciavam os períodos de licença-maternidade conforme a idade da criança adotada. A licença passou para 120 (cento e vinte) dias, independentemente da idade da criança.

Do mesmo modo que nos casos de maternidade biológica, é direito da empregada que adotar ou obtiver guarda judicial com finalidade de adoção, a opção da licença prorrogada a que se refere à Lei 11.770/08²² devendo requerer até o final do primeiro mês que suceder a data da adoção ou guarda.

Vale observar que, atualmente o ordenamento jurídico não prevê garantia de estabilidade provisória no emprego para as mães adotivas²³. A segurança a que alude o art. 10 do ADCT e a Súmula 244 TST, refere-se somente à empregada gestante, não se estendendo à mãe adotiva pela ausência biológica da gestação.

O benefício do salário-maternidade somente foi estendido às mães adotivas ou àquelas que obtivessem guarda judicial, com advento da Lei 10.421/02, ao acrescentar o art. 71-A²⁴ à Lei 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social. Deste modo, o pagamento seguia o mesmo período de duração da licença, que era concedida conforme a idade da criança adotada.

Em 2009, a Lei 12.010 ampliou o direito trabalhista da mãe adotiva ao revogar os dispositivos que diferenciavam os períodos de licença-maternidade. No entanto, não observou a necessidade de modificação no período de pagamento do salário-maternidade, e acabou não revogando os artigos que faziam essa distinção temporal.

²² Redação em consonância ao disposto no art. 1º, §§1º e 2º da Lei nº 11.770/08.

²³ No entanto, encontra-se em tramitação a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 146/12, do deputado Benjamin Maranhão (PMDB-PB), que estende a estabilidade provisória no emprego à mãe adotiva.

²⁴ Redação da Lei 8.213/91- Art. 71-A. 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. (Incluído pela Lei nº 10.421, de 15.4.2002) Parágrafo único. O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

Por esse motivo, apesar do advento da nova lei, as mães adotivas continuaram a receber o benefício com duração diferenciada em razão da idade da criança, conforme previsão dos artigos 71-A da Lei nº 8.213/91 e Art. 93-A do Decreto 3.048/99, e não pelo período correspondente a licença-maternidade.

O Ministério Público Federal, objetivando o reconhecimento e declaração de inconstitucionalidade da referida prática, promoveu a Ação Civil Pública nº 5019632-23.2011.404.7200/SC, obtendo sentença favorável. Na época, a decisão foi contestada pela Previdência Social e o assunto chegou à Corte Especial do TRF da 4.º Região, que acabou por declarar a inconstitucionalidade da parte final do caput do Art. 71-A da Lei nº 8.213/91, por violar os artigos 6º, *caput*²⁵, 203, I, e o art. 227, *caput* e § 6º, da Constituição Federal.

Em 01/06/2012, o INSS publicou nota²⁶ declarando o cumprimento da decisão judicial da ACP nº 5019632-23.2011.404.7200. Desta forma, passou a ser devido pelo próprio Instituto, o pagamento do salário-maternidade nos casos de adoção e guarda judicial, pelo prazo de 120 (cento e vinte dias), independentemente da idade do adotado.

Para a concessão do salário-maternidade é indispensável que conste na nova certidão de nascimento da criança, ou no termo de guarda, o nome da segurada adotante ou guardiã, bem como, deste último, tratar-se de guarda para fins de adoção. Quando houver adoção ou guarda judicial de mais de uma criança ao mesmo tempo, é devido um único salário-maternidade.

O salário à mãe adotiva é obrigação estritamente previdenciária, sendo pago diretamente pelo INSS, e calculada de acordo com a forma de contribuição da segurada, nos termos do art. 93-A do Decreto 3.048/99. Portanto, o benefício, sendo obrigação do Estado, não possui natureza trabalhista, conforme bem salienta Ilustríssimo Juiz Federal Marcelo Krás Borges (2012, p.9):

²⁵ Art. 227, § 6º, CRFB/88 - 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.

²⁶ 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. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/vejaNoticia.php?id=46605>. Acesso em: 13/04/2013.

De qualquer forma, é sabido que não é obrigação do empregador estimular a adoção de crianças. Ao contrário, é obrigação do Estado conferir um ambiente saudável às crianças. As crianças que não possuem pais devem ser adotadas, sem o que não poderão ter uma família, ficando privadas de uma educação saudável com afeto e respeito que somente uma família pode conceder. Assim, não cabe ao empregador custear o afastamento da empregada que deseja adotar uma criança, já que o estímulo às adoções cuida-se de política pública de proteção às crianças e adolescentes sem amparo²⁷.

O ECA preconiza que toda criança tem direito a ser criada e educada no seio de sua família (art. 19), e que os filhos havidos por adoção têm os mesmos direitos que os filhos biológicos (art.20). Assim, biológicos ou adotivos, os filhos têm as mesmas garantias constitucionais. No entanto, foge das obrigações trabalhistas do empregador, e constitui dever do Estado assegurar o salário à mãe adotiva, independentemente de a mãe biológica ter recebido o mesmo benefício.

O benefício do salário-maternidade nos casos de adoção cessará nas quatro hipóteses seguintes: a) pelo decurso natural do prazo de 120 dias do benefício; b) pela morte da criança, uma vez que a concessão do salário nos casos de adoção somente se justifica na presença do filho; c) morte da adotante ou guardiã, não havendo na legislação brasileira possibilidade expressa de transferência do benefício à outra pessoa que vier a ser responsável pela criança e d) decadência e prescrição do direito, sendo o prazo decadencial fixado em dez anos e a prescrição em 5 (cinco) anos²⁸.

2.2 LICENÇA-PATERNIDADE BIOLÓGICA E ADOTIVA

Esta seção apresentará inicialmente no item (I) o aspecto histórico da licença-paternidade e abordará sua finalidade. Em seguida, serão tratadas, de forma

²⁷ Trecho extraído do documento eletrônico da Sentença da ACP nº 5019632-23.2011.404.7200/SC assinada por Marcelo Krás Borges, Juiz Federal, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419/06 e Resolução TRF 4ª Região nº 17/10. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/vejaNoticia.php?id=46605>. Acesso em 14 de maio de 2013.

²⁸ Lei n. 8.213/91 - Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004) Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

separada, as particularidades inerentes à licença nos seguintes casos: (II) paternidade biológica e (III) paternidade por adoção.

(I)

A constitucionalização da proteção à paternidade representou um avanço no ordenamento jurídico brasileiro, já que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 não havia dispositivo legal que tratasse do assunto. Nesse sentido, somente a CLT em seu art. 473²⁹ previa ao empregado, o direito de se ausentar do trabalho por um dia útil, sem prejuízo da remuneração, desde que usufruído no decorrer da primeira semana após o nascimento do filho. Normalmente, o pai utilizava esse único dia para registrar o nascimento em cartório.

A matéria foi disciplinada a nível constitucional, através da redação do art. 7º, XIX, que trouxe a expressão *licença-paternidade*³⁰. No entanto, sua eficácia ficou limitada à lei complementar posterior. Deste modo, pendente regulamentação, prevalece a licença de cinco dias, prevista no § 1º do art. 10 do ADCT³¹.

A previsão constitucional do direito à licença-paternidade apresenta-se em harmonia com as diretrizes da Convenção 156 da OIT, embora ainda não ratificada pelo Brasil, e pela Recomendação 165, que estabelecem a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores com responsabilidades familiares.

O direito da licença paterna se justifica, tendo em vista a própria Constituição Federal³² determinar que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Nesse sentido, estabelece, ainda³³, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao

²⁹ Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário: III - por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana; (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

³⁰ Constituição Federal/88 - 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;

³¹ ADCT- 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.

³² CF/88, Art. 226, § 5º.

³³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda

adolescente, com absoluta prioridade, o direito, entre outros, à convivência familiar e comunitária. Portanto, os pais e as mães têm os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos.

A licença-paternidade é direito assegurado a todos os trabalhadores urbanos, rurais e domésticos, ao trabalhador avulso, aos militares e aos servidores públicos. Tem por finalidade assegurar ao empregado o direito a ausência do serviço, sem prejuízo de sua remuneração, para que possa desfrutar de mais tempo junto de seu filho recém-nascido, dar-lhe a assistência necessária e também para auxiliar a mãe nos cuidados com o bebê e nas tarefas domésticas.

Movimentos sociais, como exemplo a RHEG através do Instituto Papai³⁴, que consideram a licença-paternidade de cinco dias uma disparidade com relação a licença-maternidade, lutam pela ampliação do direito paterno.

Nesse sentido, algumas leis complementares já foram implantadas em estados do Brasil, como o caso da Lei Complementar nº 91, de 21 de Junho de 2007, em Pernambuco, que ampliou a licença-paternidade de servidores públicos estaduais de cinco para 15 dias consecutivos. A licença é concedida a partir do nascimento do filho e também pela adoção de criança com até oito anos de idade.

(II)

A norma que estipulou o direito de gozo de cinco dias³⁵ ao pai biológico a partir do nascimento de seu filho, não estabeleceu a forma de contagem dos dias da licença, se dias úteis³⁶ ou corridos³⁷, gerando divergência no entendimento e na

forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

³⁴ Instituto Papai, disponível em: <http://institutopapai.blogspot.com.br/p/campanha-da-licenca-eu-sou-pai.html> e RHEG, disponível em: <http://lacobrancobrasil.blogspot.com.br/p/quem-somos.html>. Acesso em: 10 de maio de 2013.

³⁵ Encontra-se em tramitação a PEC 110/2011 apresentada pela senadora Marta Suplicy (PT-SP) que altera o art. 7º da Constituição para dispor sobre licença-natalidade, licença após adoção e vedar discriminação de trabalhador em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, e o Projeto de Lei 901/11, da deputada Erika Kokay (PT-DF), que altera o Programa Empresa Cidadã (Lei 11.770/08) para facultar ao pai, desde que trabalhe em empresa participante do programa, requerer a prorrogação da licença-paternidade por 30 dias.

³⁶ Decisão da Terceira Turma do TST, referente ao processo RR 5764755419995155555 576475-54.1999.5.15.5555. Relatora Dora Maria da Costa. DJ 28/05/2004. 2. LICENÇA PATERNIDADE. CONTAGEM DO PERÍODO. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, II, DA CF/88. À míngua de legislação específica, no tocante à contagem da licença paternidade, o Regional aplicou a regra comum dos prazos processuais e excluiu do termo inicial dias não úteis, ou, como no caso, dias em que o autor já estaria usufruindo de folga. Por se tratarem de normas infraconstitucionais, não se há que falar em ofensa ao art. 5º, II, da CF/88. Recurso não conhecido."

³⁷ Orientação do Ministério do Trabalho e Emprego sobre o empregado doméstico. Disponível em: http://www.mte.gov.br/trab_domestico/trab_domestico_direitos.asp. Acesso em 14 de maio de 2013.

prática do instituto. No caso de servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, preceitua o art. 208, da Lei 8.112/90, a concessão de licença-paternidade por cinco dias consecutivos.

No entanto, no âmbito privado, ainda não há entendimento pacífico da matéria. Deste modo, o empregador deve observar o disposto no Acordo Coletivo da respectiva categoria profissional. Sendo omissivo o acordo, poderá conceder o benefício da forma que lhe parecer mais adequada.

Ao empregado, é permitido se ausentar do emprego a partir da notificação do nascimento do seu filho ao empregador. Para ter direito a licença, deve comprovar a paternidade mediante a apresentação da certidão de nascimento original ou autenticada em cartório. O benefício é direito constitucional assegurado no âmbito trabalhista e diferentemente da licença-maternidade, não reflete no direito previdenciário. Por esse motivo, constitui ônus do empregador o abono das faltas do empregado na forma de licença remunerada.

Vale ressaltar, que diferentemente da maternidade, a paternidade ainda não possui a mesma proteção jurídica. O ordenamento jurídico brasileiro não reconhece o direito a estabilidade provisória³⁸ no emprego ao empregado que se afasta em decorrência da paternidade. Tal benefício somente é garantido às gestantes³⁹, do conhecimento da gravidez até cinco meses após o parto.

(III)

Quanto à licença-paternidade ao pai adotivo, não há norma positivada que verse sobre o tema. A Lei nº 10.421/2002 (DOU 16.4.2002), que estendeu a licença-maternidade à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial de criança, foi omissa quanto à extensão da licença-paternidade ao pai adotivo, esquecendo-se de que este, assim como a mãe, também necessita afastar-se do emprego para assistir seu filho.

³⁸ Apesar da propositura do PL nº 3.829/97 por Arlindo Chinaglia e da PEC 114/2007 do deputado Arnaldo Vianna - PDT/RJ.

³⁹ Conforme previsão legal do art. 10, II, b, ADCT.

Diante da carência de norma, a jurisprudência majoritária demonstra entendimento no sentido de estender também ao pai adotivo⁴⁰ o direito à licença-paternidade, tendo em vista os filhos adotivos terem os mesmos direitos que os biológicos, vedada constitucionalmente qualquer designação discriminatória relativas à filiação⁴¹.

Deste modo, o empregador deve considerar justificadas as faltas do empregado que ao adotar uma criança, ausenta-se de suas atividades laborais, considerando-as licença-paternidade. Assim como nos casos de paternidade biológica, para adquirir o direito à licença, o pai adotivo deve apresentar a nova certidão de nascimento do filho, ou o termo de guarda para fins de adoção, original ou cópia devidamente autenticada.

2.3 A DIFERENÇA ENTRE A GESTAÇÃO E A ADOÇÃO: ANÁLISE DOS ASPECTOS BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO

Nesta seção será estudada a importância dos aspectos fisiológicos e emocionais na relação jurídica da licença maternidade e paternidade. Diferentemente da maternidade biológica, a relação parental por adoção não apresenta envolvimento de aspectos biológicos, no entanto, a afetividade é fundamental. Deste modo, o item (I) tratará da análise do período gestacional e do aleitamento materno e o item (II) do vínculo afetivo paterno-filial na adoção.

(I)

A maternidade implica um longo e complexo processo de intensas mudanças anatômicas, fisiológicas, bioquímicas e psicológicas no corpo da mulher. As adaptações são necessárias para que o organismo da mulher proporcione um desenvolvimento normal ao feto. Essas mudanças iniciam-se nas primeiras semanas

⁴⁰ Julgamento do Processo MSG 20080020002615 DF, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA. Julgamento ocorrido em 05/08/2008 (DJU 26/08/2008). "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES DE DECADÊNCIA E DE PERDA DO OBJETO. REJEIÇÃO. LICENÇA-PATERNIDADE. ADOÇÃO. FALTAS INJUSTIFICADAS. EXCLUSÃO DO ASSENTAMENTO FUNCIONAL.[...] III - O SERVIDOR QUE ADOTA MENOR FAZ JUS À LICENÇA-PATERNIDADE DE 5 (CINCO) DIAS CONSECUTIVOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONSTITUTIVA DE ADOÇÃO".

⁴¹ CRFB/88 - Art. 227 - VII, § 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.

de gravidez e perduram pelos primeiros dias do puerpério ou até que o organismo materno retome as condições pré-gravídicas.

Alterações significativas no perfil endócrino ocorrem durante a gestação. “A notável produção de hormônios protéicos e esteróides pela placenta, direta ou indiretamente, determina as adaptações fisiológicas em praticamente todo o sistema orgânico materno” (NEME, 2006, p.44). As alterações no metabolismo da gestante, sobretudo de energia e acúmulo de gordura, são essenciais para o rápido crescimento e desenvolvimento do bebê durante a gravidez.

O sistema cardiovascular apresenta-se hiperdinâmico, devido a elevação do diafragma que, impulsionado pelo crescimento uterino, provoca um leve deslocamento do coração. No início da gravidez, ocorre a vasodilatação periférica e com isso “o acréscimo significativo da frequência cardíaca já pode ser visto na gestação de 5 semanas, e isso contribui para a elevação do débito cardíaco [...]” (MONTENEGRO; REZENDE, 2011, p.90). Com isso podem aparecer manifestações clínicas comparáveis às de cardiopatia, como a taquicardia, por exemplo.

Durante o período gestacional, o volume de sangue aumenta, e a circulação sanguínea fica mais rápida. Com isso, altera-se a contagem de hemácias, hematócrito e concentração de hemoglobina, o que provoca a *anemia gravídica fisiológica*. Conforme bem salienta Montenegro e Rezende (2011, p.91), “a mulher grávida requer maior quantidade de ferro alimentar para suprimir as suas necessidades e as do conceito, e, na verdade, há aumento na absorção desse elemento no intestino”. Por isso, não se deve confundir com um estado normal de anemia.

Fatores hormonais provocam mudanças no aparelho digestivo da gestante e estas são necessárias à melhora da absorção de nutrientes para o feto. No entanto, o primeiro trimestre é comumente marcado por náuseas e vômitos, o que tende a desaparecer posteriormente. As gestantes têm, ainda, tendência à hipoglicemia⁴², o que também provoca tonturas. Contudo, passado esse primeiro momento, há normalmente o aumento do apetite e do *desejo* por determinados

⁴² Hipoglicemia é um distúrbio provocado pela baixa concentração de glicose no sangue. Os sinais da hipoglicemia podem ser produzidos pelos hormônios de contrarregulação e pela redução da glicose no cérebro. No primeiro caso, os sintomas são: tremores, tonturas, palidez, suor frio, nervosismo, palpitações, taquicardia, náuseas, vômitos e fome. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/diabetes/hipoglicemia>

alimentos, que se devem provavelmente as alterações do olfato e paladar que levam à preferência de alimentos de odor e sabor mais ativos.

Ocorrem modificações significativas nos órgãos genitais: vulva, vagina e útero e também nas mamas. Neme (2006, p. 35) explica que devido à contínua preparação para a lactação, e na dependência de estímulo hormonal, a mama cresce, apresenta nodulações, que correspondem à hipertrofia do tecido alveolar. Por esse motivo, a gestante com frequência apresenta hipersensibilidade mamaria, que tende a melhorar a partir da 10^a semana de gestação.

As mudanças relacionadas à postura e a deambulação são visíveis. A postura da mulher grávida se desarranja; o útero ao sair da pelve⁴³, apóia-se à parede abdominal e as mamas por estarem maiores, pesam no tórax. Com isso, o corpo se joga compensatoriamente para trás a fim de manter o equilíbrio. “Modifica-se a curvatura da coluna, surgindo a lordose e a cifose costal. O cansaço desta musculatura acarretará dores cervicais e lombares, que é uma queixa referida comumente pelas gestantes” (Rezende *apud* Neme, 2006, p.43).

Dentre as alterações gestacionais, existem ainda as emocionais, caracterizadas por oscilações sentimentais que repercutem em todas as relações da mãe com o bebê e a família. Devido às mudanças corporais, a mulher pode não se sentir atraente ou feminina, o que diminui sua auto-estima. Para Camano e Schor (2003, p.25), um dos sentimentos que pode também se manifestar durante a puerperabilidade é a *ambivalência afetiva* – a incerteza do desejar ou não aquele filho, “mesmo porque a gestação implica perdas e ganhos”.

Há incidência de significativas oscilações de humor, com fases de bem estar e outras de sensibilidade exaltada ou irritabilidade acentuada. A mulher normalmente apresenta elevação do nível de ansiedade, especialmente no 3º trimestre de gestação, que se expressa principalmente através de sonhos e fantasias da maternidade.

O puerpério, conforme bem salienta Camano e Schor (2003, p.28), é o período gestacional mais vulnerável à ocorrência de crises e quadros psicopatológicos, motivados pelas significativas transformações desencadeadas abruptamente pelo parto, tanto no esquema corpóreo quanto no mental. São

⁴³ S.f. Anatomia. Cavidade óssea da bacia. Disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com>

desconfortos físicos intensos, paralelos à excitação do nascimento do filho que podem traduzir confusão mental e instabilidade emocional, representadas por euforia e depressão alternadas de maneira rápida.

Além das transformações próprias do período gestacional, a maternidade biológica tem profunda relação com o aleitamento materno, importante prática para a saúde do filho e para o estreitamento da relação materno-filial.

Social e emocionalmente falando, o primeiro evento da vida de uma criança ocorre com a interação mãe e filho no aleitamento natural, que se justifica por fatores anatômicos, fisiológicos, anatomopatológicos, psicológicos, imunológicos e econômicos, que não permitem entender a malfadada antinatural, irracional e deletéria alimentação artificial. (CAMANO; SHOR, 2003, p.29)

O aleitamento materno tem reconhecidos benefícios nutricionais, imunológicos, econômicos e também sociais. A composição nutricional do leite é bastante completa, suprimindo todas as necessidades nutricionais do bebê até os seis meses de idade. Segundo artigo publicado no Jornal de Pediatria/RJ, sobre o aleitamento materno exclusivo nos primeiros seis meses de vida, é consenso que esta é a forma mais adequada para suprir as necessidades nutricionais da criança nesta fase.

O crescimento saudável é alcançado com uma alimentação adequada. Na fase inicial da vida, o leite humano é indiscutivelmente o alimento que reúne as características nutricionais ideais, com balanceamento adequado de nutrientes, além de desenvolver inúmeras vantagens imunológicas e psicológicas, importantes na diminuição da morbidade e mortalidade infantil. [...] sendo consenso que o aleitamento materno exclusivo, principalmente nos primeiros 6 meses de vida, seja a forma mais adequada e ideal para se alimentar uma criança, suprimindo todas as suas necessidades nutricionais para que mantenha seu crescimento dentro da normalidade nesse período⁴⁴.

O colostro é o primeiro leite que a mãe secreta e permanece até o 4º ou 7º dia após o parto. É fonte de proteína e vitaminas A, E e K além de minerais como zinco e sódio, contém menos gorduras e carboidratos. Por conter muitos anticorpos e células brancas, tem a principal finalidade de proteção do recém-nascido. Após esse período inicial do aleitamento, o *leite maduro* apresenta características próprias

⁴⁴ Jornal de Pediatria (Rio J.) vol.80 n.2. Porto Alegre/ 2004. *O crescimento de crianças alimentadas com leite materno exclusivo nos primeiros 6 meses de vida*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0021-75572004000200005&script=sci_arttext

com diferentes concentrações de nutrientes, necessárias ao desenvolvimento do recém-nascido. É também rico em proteína e vitaminas A, K, E e D, lactose, carboidratos, água, minerais como cálcio, fósforo e ferro e fornece mais gordura que o colostro.⁴⁵

O leite humano, além de ser de fácil digestão para o bebê, provoca menos cólicas e o movimento da sucção colabora para o desenvolvimento da arcada dentária, da fala e da respiração. Além disso, o leite funciona como uma vacina natural, protegendo a criança contra doenças como anemia, alergias, infecções, obesidade e intolerância ao glúten⁴⁶.

Por todos os motivos nesse texto apresentados, compreende-se a preocupação do legislador em resguardar o momento da maternidade. No caso biológico, além do direito da criança à convivência familiar e ao aleitamento materno, a licença-maternidade proporciona à mulher um período para que possa se recuperar das mudanças ocorridas durante a gestação e retomar as suas condições psicofísicas pré-gravídicas.

(II)

O novo paradigma de modelo familiar brasileiro traz para o centro das relações a base do afeto e da solidariedade, e não exclusivamente a consanguinidade. A família se redefine juridicamente e o respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do melhor interesse da criança, permite ao intérprete da constituição acolher a sua pluralidade de formas.

O Código Civil de 2002⁴⁷, ao abandonar os critérios estritamente biológicos na definição da relação paterno-filial, trouxe mudanças significativas ao Direito de Família. Ampliou o direito de filiação ao reconhecer o afeto como vínculo determinante das relações entre pais e filhos. A filiação sócio-afetiva evidencia-se no

⁴⁵ Aspectos Nutricionais do Aleitamento Materno, Prof. Ana Paula Poblacion. Disponível em: http://www.pucpr.br/servicos/programas_saude/palma/arquivos/aspectos_nutricionais_aleitamento.pdf. Acesso em 08 de junho de 2013.

⁴⁶ Orientação dada no Portal Brasil. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/maternidade/pos-parto>. Acesso em 26 de maio de 2013.

⁴⁷ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. (Código Civil/2002)

respeito ao melhor interesse da criança, e iguala-os em direitos as demais formas de filiação, assegurando proteção nas relações familiares.

Atualmente, a família não é mais compreendida exclusivamente como formação de uma entidade patrimonial, e sim, sobretudo, como base sólida para o desenvolvimento emocional dos indivíduos que a compõe. Exaltando-se o sentimento, prevalece o afeto e o amor à biologia e à genética. Desse modo, o que torna pai ou mãe não são somente a gestação e o material genético, mas, principalmente, o ato de assumir os direitos e deveres de criar um filho com amor.

Nesse sentido, a filiação socioafetiva depende tão somente da construção diária dos vínculos paternais, independentemente de aspectos biológicos ou de presunções jurídicas de concepção. A verdade sociológica da filiação sócio-afetiva se edifica no comportamento de quem ama, cuida, respeita e trata o outro com sentimento verdadeiramente paternal, constituindo um vínculo que ultrapassa os laços da consaguinidade. Rolf Madaleno *apud* Calderan (2011, p.8), demonstra este mesmo entendimento ao relacionar a filiação com o afeto:

Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor a pessoa gerada indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição. Afeto para conferir tráfego de duas vias a realização e a felicidade da pessoa. Representa dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações; mostrar caminhos, receber e fornecer informação.

A filiação adotiva é admirável, pois apesar de não haver vínculo biológico ou obrigação daquelas pessoas à criação e ao desenvolvimento do amor pelo *então* filho, apenas o fazem por espontânea vontade que surge de um comportamento afetuoso e recíproco. Maria Berenice Dias (2007, p. 327) esclarece que “os laços da solidariedade e da afetividade derivam da convivência familiar e não de sangue”. O verdadeiro sentido da filiação é alcançado por aquela que advém do coração, sem obrigação alguma de amar, mas consolidada nos mais nobres e sinceros sentimentos.

Nesse contexto, o afeto significa despender cuidados, carinho, zelo e atenção; significa preocupação e desejo de proporcionar a criança um ambiente familiar saudável e amoroso para que se desenvolva. A relação de amor entre uma

criança e seu(s) pai(s) não decorre da consanguinidade, mas sim da convivência, do afeto e da sensação de proteção que aquela pessoa lhe proporciona.

Para tanto, o convívio e a disponibilidade para cuidar do filho e acompanhar o seu desenvolvimento, são aspectos importantíssimos para adaptação tanto da criança quanto dos próprios pais à nova realidade familiar e, sobretudo, para formação do vínculo afetivo. A constituição Federal prevê que a família é a base da sociedade⁴⁸ e que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Nesse sentido, ambos os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores⁴⁹.

No entanto, apesar do disposto constitucionalmente, a própria legislação brasileira promove um tratamento diferenciado quanto à promoção das responsabilidades familiares entre homens e mulheres, de modo que desvaloriza a paternidade em detrimento da maternidade, atribuindo implicitamente às habilidades femininas os cuidados e educação dos filhos.

Vale observar que não se pretende, neste estudo, discutir as diferenciações temporais no que diz respeito às licenças-maternidade e paternidade nos casos biológicos. Nesses, embora questionável, verifica-se uma preocupação do legislador não somente com a maternidade em relação ao filho, mas também à mãe que passou pelo período gestacional e necessita de tempo para se recuperar psíquica e fisiologicamente e também se compreende um incentivo implícito ao aleitamento materno. Em virtude disso, o legislador constituinte discriminou homens e mulheres ao conceder períodos diferenciados de licença e, portanto, a norma originária não pode ser considerada inconstitucional.

Nos casos de maternidade e paternidade por adoção, os fatores biológicos não estão presentes, e por esse motivo o que se questiona não é o gênero, mas a capacidade de vinculação afetiva dos pais com o filho adotado. Nesse sentido, teorias psicológicas foram desenvolvidas acerca do vínculo e do apego e sua importância para as relações familiares.

A criança se apega a alguém, ao se sentir segura, acolhida e aconchegada. Se a formação dos laços afetivo se baseiam na convivência dos pais

⁴⁸CRFB/88 - 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.

⁴⁹ CRFB/88 - 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.

com a criança, à ótica da Teoria do Apego⁵⁰, o ambiente familiar deve ser acolhedor e favorável a proporcionar o bem-estar daqueles que dele fazem parte. Assim, comportamento de apego é definido como “qualquer forma de comportamento que resulta em uma pessoa alcançar e manter proximidade com algum outro indivíduo, considerado mais apto para lidar com o mundo” (Bowlby, 1989, p.38).

Percebe-se então a importância do apego e da afetividade, visto que a criança demonstra um sentimento de segurança e conforto na presença dos pais e com isso consegue se desenvolver melhor e se relacionar com o mundo. Compreende-se a importância da criança conviver tanto com a mãe quanto com o pai, especialmente nos casos de adoção, para que se fortaleçam as relações de afeto. Nesse sentido, o desenvolvimento da criança não é determinado pelo gênero do cuidador e sim pelo amor que lhe é oferecido e pela forma como é cuidada e tem suas necessidades suprimidas.

Afirma a autora francesa Badinter apud Thomé (2009, p46) que, “mesmo entre as pessoas que acreditam em um instinto materno natural, muitas afirmam que não apenas as mães são capazes de senti-lo, mas também os pais e terceiros” e, assim, deve-se considerar, sobretudo, o amor, “já que a premissa é de que o instinto maternal é contingente e progressivo”.

Portanto, partindo da igualdade constitucional entre homens e mulheres, e da responsabilidade de ambos os pais na educação e desenvolvimento dos filhos, os homens tem a capacidade e o dever de compartilhar dos cuidados e criação dos mesmos. Soma-se ainda à argumentação, o fato de não haver, conforme ensina a socióloga e psicóloga Nancy Chodorow apud Laund de Paula (2011), “nenhuma razão de cunho biológico ou psicológico que justifique a prioridade do direito de guarda à mãe”.

Partilhando deste entendimento, verifica-se uma desvalorização da paternidade, que se evidencia também pelo lapso temporal da licença-maternidade ser superior à paternidade nos casos de adoção. Deste modo, não havendo necessidades de cunho biológico envolvidas nesse tipo de relação paterno-filial, e

⁵⁰ A Teoria do Apego foi desenvolvida pioneiramente por John Bowlby, conceituado psiquiatra que, entre a década de cinquenta e sessenta, investigou e elaborou a teoria que procura explicar como ocorre – e quais as implicações para a vida adulta - dos fortes vínculos afetivos entre o bebê humano e o provedor de segurança e conforto

sim, somente afetividade, constata-se uma discriminação de gênero. Nesse sentido, a diferenciação da licença, é constitucionalmente válida?

3 LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Este capítulo tem a finalidade de estudar, a luz do princípio constitucional da igualdade, a questão de *gênero* como fator atualmente determinante para distinção temporal dos benefícios de licença-maternidade e licença-paternidade nos casos de adoção. Para tanto, o capítulo se subdivide em duas seções.

Primeiramente será estudada a fundamentação jurídica do princípio da igualdade e sua aplicabilidade. Nesse contexto será analisada a razoabilidade da desigualdade de gênero relacionada à maternidade e à paternidade adotivas. No segundo momento, serão apresentadas as possibilidades da concessão de *licença-maternidade* aos pais, atualmente reconhecidas e concedidas pelo RGPS.

3.1 A DEFINIÇÃO JURÍDICA DE IGUALDADE E A QUESTÃO DE GÊNERO

A igualdade constitui um dos pilares de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito. Princípio basilar do ordenamento jurídico, fundamenta toda a ordem constitucional brasileira. Disciplinado no art. 5º *caput* da Lei Maior, preceitua a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O princípio da igualdade assegura aos cidadãos residentes no país, brasileiros ou não, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Impõe tratamento igualitário aos indivíduos, tanto na elaboração das leis como na aplicação delas, como forma de impedimento à legislação de privilégios de classes.

Como exemplo de tratamento igualitário perante a lei e às relações trabalhistas, utiliza-se do art. 7º, XXX da Constituição Federal, que proíbe expressamente a diferenciação de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

No entanto, a consagrada e por vezes repetida lição Aristotélica, ensina que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Nesse mesmo entendimento, Rui Barbosa⁵¹ afirma que “nesta

⁵¹ Trecho extraído da obra *Oração aos Moços* - edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Disponível em: http://casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.Pdf.

desigualdade social, proporcional à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

Assim, a igualdade não deve ser um simples princípio uniformizador, mas sim, forma de respeito à dignidade das pessoas. Deve-se compreender que além das desigualdades biológicas naturais e também dos interesses pessoais, elas se diferenciam ainda, pelos contextos sociais, ambientais, culturais e econômicos em que se encontrem inseridas.

Por ser de fato evidente e inconcebível o tratamento idêntico entre sujeitos de determinadas classes, as próprias normas legais discriminam situações e o princípio da igualdade assume um caráter não absoluto ao admitir tais diferenciações. A aplicação da igualdade é assim uma equiparação, uma analogia. Mas como saber quem são os iguais e quem são os desiguais se a lei não fornece critérios objetivos para tal distinção?

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, analisa o princípio e afirma ser preciso indagar quais discriminações são juridicamente toleráveis. Para tanto, o autor questiona: “quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Ou seja: quais os limites que adversam este exercício normal, inerente à função legal de discriminar?” (Mello, 2012, p. 13).

Na prática, verifica-se que a norma elege diferenças as quais atribui relevância para os efeitos jurídicos desuniformes. Desta forma, não viola o princípio da igualdade, por exemplo, a edição de concurso para o preenchimento de vagas para carceragem em presídios femininos, no qual seja vedada a participação de homens, pois de fato, o critério discriminatório sexo é coerente com a peculiaridade do caso.

Portanto, o tratamento desuniforme enseja a necessidade de uma correlação lógica entre o fator diferenciador e a desequiparação procedida, e para isso, a relação de desigualdade deve estar em conformidade com os preceitos constitucionais. Assim, uma regra só será considerada válida se os critérios distintivos dos sujeitos guardarem razoabilidade entre o tratamento diferenciado e o fato gerador da desigualdade. (Mello, 2012, p.17, 38-39)

Em suma, verifica-se que o ordenamento jurídico pretende impossibilitar desequiparações injustificadas nas quais os critérios de desigualdade não demonstrem relação lógica com o fato gerador da discriminação. E que, havendo a necessidade de tratamento diferenciado, este esteja fundado em harmonia com os valores enaltecidos pelo sistema normativo constitucional. Na inobservância cumulativa das condições de validade, a norma poderá ser considerada inconstitucional.

Nesse contexto, flagra-se a desigualdade de gênero⁵² como suscetível desequiparação legal. Embora o art. 5º *caput* da lei Constitucional vede expressamente a discriminação em razão do fator sexo, nada impede que a lei ao se deparar com situações que ensejem tratamento diferenciado assim proceda, desde que o critério discriminador observe coerência com a prática discriminatória.

A idéia de *gênero* tem a ver com as construções sociológicas que diferem homens e mulheres em diversas áreas da vida em sociedade. E por este motivo, a questão da desigualdade de gênero é assunto recorrente e motivador de discussões e questionamentos na sociedade em geral, e também no âmbito jurídico.

Para uma melhor compreensão da questão da igualdade de gênero no ordenamento jurídico, tanto no que reporta a igualdade de direitos sem distinção de sexo, quanto nos tratamentos diferenciados nas relações de trabalho, é preciso fazer uma breve apresentação histórica⁵³ sobre a formação da sociedade contemporânea.

Com a passagem do século XX, o mundo comumente referenciado como pós-patriarcal, passou por inúmeras transações e demonstrou uma tendência a individualização das sociedades e da autonomia pessoal, inclusive das mulheres, com reflexos na sua sexualidade, fecundidade e independência. Devido à inserção da mulher como sujeito ativo de direitos, os padrões de conjugalidade e família também sofreram mudanças.⁵⁴

Assim, com a igualdade entre os sexos, a família abandona o antigo modelo patriarcal, que sujeitava a mulher à condição de submissão ao marido, sem

⁵² No contexto desse estudo, *gênero* é considerado um elemento que diferencia socialmente homens e mulheres, não cabendo nesta análise as diferenças de caráter estritamente biológico.

⁵³ Redação em conformidade com o texto: *Igualdade e desigualdade de gênero no Brasil: um panorama preliminar, 15 anos depois do Cairo*. Texto escrito para o Seminário Brasil, 15 anos após a Conferência do Cairo, da Abep, realizado em 11 e 12 de agosto de 2009, em Belo Horizonte Disponível em: http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/outraspub/cairo15/Cairo15_3alvescorrea.pdf

⁵⁴ *Idem*.

qualquer poder de opinião e decisão e abre espaço a um novo modelo familiar. A legislação demonstra claramente esta transição, isto porque, durante grande parte do século XX o Brasil conviveu com os preceitos legais essencialmente patriarcais.⁵⁵

O Código Civil de 1916 trazia esculpida a discriminação de gênero, subestimando a mulher em diversos preceitos, tais como: a permissão da anulação do casamento quando a mulher não fosse mais virgem, o afastamento da herança da filha considerada desonesta, o não reconhecimento dos filhos tidos fora do casamento. Ainda, afastava o direito a plena capacidade civil da mulher após o casamento, sendo que todo ato civil devia ser precedido de autorização do marido, o patriarca.⁵⁶

Após o longo processo das reivindicações feministas, as mulheres foram gradativamente conquistando direitos no espaço civil. A Constituição Federal brasileira em 1988 gravou em seu texto o direito de igualdade entre homens e mulheres no rol dos direitos fundamentais dos cidadãos. Assim insurge o Estado como promotor de políticas públicas afirmativas para minimização das desigualdades.

As normas que protegem os direitos dos trabalhadores trazidos pela CLT demonstram claramente o reconhecimento da mulher enquanto trabalhadora através da edição do Capítulo III, que trata especificamente da proteção do trabalho da mulher. Assim, é vedado ao empregador, por exemplo, recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, ou estado gravídico.

A legislação trabalhista, na preocupação de tentar elidir práticas discriminatórias ao trabalho da mulher, e principalmente da gestante, proibiu expressamente a exigência de atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, no momento da admissão e do mesmo modo, na permanência no emprego.⁵⁷

Ao prever a igualdade entre o homem e a mulher de forma ampla, a Constituição Federal instituiu⁵⁸ a igualdade de direitos e deveres inerentes a relação

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Em conformidade com o Art. 373-A, II e IV da CLT.

⁵⁸ CRFB/88 - 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. 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.

conjugal e ainda, que ambos os genitores têm legitimidade para desempenhar o poder familiar em relação aos filhos. No entanto, é visível a diferença no tratamento dos benefícios das licenças maternidade e paternidade, tanto nos casos biológicos quanto nos adotivos.

Ocorre que a lei não deve conceder benefícios compensatórios a uma classe historicamente desfavorecida de modo a prejudicar ou desigualar equivocadamente outra classe que esteja na mesma situação de direitos. O Estado deve sempre buscar, para além da implantação de políticas afirmativas, o respeito aos seus próprios valores constitucionais, onde prezar pela igualdade é valorizar o estado democrático de direito que rege o país.

Nesse sentido, a revista Estudos Feministas apresenta um dossiê-retrato das desigualdades de gênero e raça, à ótica dos *Novos arranjos familiares e das velhas convenções sociais de gênero*⁵⁹:

A despeito das inúmeras transformações observadas ao longo dos anos nas estruturas familiares brasileiras - tanto em termos de composição quanto de valores e atitudes reproduzidas -, a legislação nacional ainda mantém um viés extremamente sexista no que diz respeito ao entendimento de quais sejam as competências e responsabilidades de homens e mulheres no exercício da paternidade e da maternidade. Se o Brasil é um dos países que garantem um dos períodos mais extensos de licença-maternidade, é também o que assegura um período mínimo de licença para que os pais exerçam exatamente o mesmo direito garantido às mulheres. Tal percepção não apenas desestimula a participação dos pais, como também reforça a ideia da maternidade como destino feminino, do cuidado como habilidade natural das mulheres e do trabalho feminino como mais custoso para empregadores.

Percebe-se que mesmo diante das atuais tendências do direito de família, as searas trabalhista e previdenciária mantém ainda um viés extremamente conservador. A licença-paternidade encontra-se desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 pendente de regulamentação. Por outro lado, as mães biológicas e também as adotivas (e as que obtiveram guarda judicial para fins de adoção) têm atualmente assegurado o direito de gozar entre 120 e 180 dias de licença-maternidade, enquanto os pais, nas mesmas situações, dispõem somente de cinco dias a título de licença-paternidade. Nesse aspecto, a própria norma constitucional que protege, discrimina.

⁵⁹ Rev. Estud. Fem. vol.17 no.3 Florianópolis Set./Dez. 2009. Autores: Luana Pinheiro; Marcelo Galiza; Natália Fontoura. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2009000300013&script=sci_arttext

Ao se buscar respostas para as desigualdades legalmente permitidas entre homens e mulheres, não se pode aceitar argumentações preconceituosas permissivas de legislações de privilégios. A razoabilidade para desequiparação legal deve guardar observância entre a peculiaridade diferencial acolhida e o tratamento desigual procedido devendo ser compatível com os preceitos constitucionais.

A Constituição Federal ao prever em seu art. 7º os direitos as licenças maternidade e paternidade buscou alcançar, e procurou manter com a edição da lei n. 10.421/02, a isonomia entre os gêneros ao garantir aos pais independentemente da forma de filiação (biológica ou adotiva) o direito de se afastar de suas atividades por tempo determinado sem prejuízo de sua remuneração.

Embora exista diferenciação temporal entre os benefícios nos casos biológicos, se apresenta razoável, ainda que sujeita a questionamentos, pela própria necessidade que advém do período gestacional e pós-parto e pela promoção de políticas públicas à importância e incentivo da amamentação. Entretanto, não se pretende neste estudo indagar e ponderar as motivações que levaram o legislador constituinte a editar a norma com tamanha disparidade temporal nos casos biológicos, mas apenas, nos casos adotivos.

A discriminação legal de ordem temporal entre os benefícios das licenças nos casos de adoção merece atenção e análise de sua razoabilidade. Para que se alcance esta finalidade, deve-se aplicar um teste baseado em critérios que sejam capazes de averiguar uma possível violação do princípio em estudo. Conforme os critérios de identificação apresentados por Celso Antonio Bandeira de Mello (2012), para o reconhecimento e análise das diferenciações, o teste se subdivide basicamente em três questões.

Inicialmente deve-se apontar aquilo que é adotado como critério de *discrimen* e verificar se existe ao menos uma justificativa racional que fundamente esta prática. Em seguida há a necessidade de aplicação de uma correlação lógica entre o fator de desequiparação e a desigualdade juridicamente acolhida. Por fim, é indispensável analisar se a fundamentação lógica existente apresenta-se em conformidade com os preceitos fundamentais abrigados pela ordem constitucional positiva. Definidos estes critérios, passa-se à análise do caso em tela.

Em princípio, quanto ao direito às licenças, cumpre salientar que se tratam de normas *gerais e abstratas*⁶⁰. Isso porque, abrangem duas classes de pessoas (pais e mães) e não apenas indivíduos determinados e ainda, possibilitam sua aplicação aos sujeitos futuros e não somente àqueles existentes ao tempo da edição da norma. Entretanto, tais características não são suficientes para sustentar a discriminação normativa.

Neste ponto, é importante ressaltar ser inadmissível perante a isonomia, a discriminação de pessoas ou situações mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residente. (Mello, 2012, p. 29). Verifica-se que a lei ao conceder períodos distintos de licença entre pais e mães, utilizou do fator sexo como critério distintivo. Embora não exista justificativa expressa, esta se deve provavelmente, a ideia conservadora e de caráter extremamente sexista de que mães e pais têm papéis diferenciados na instituição familiar.

Na segunda etapa desta análise, busca-se por uma correlação lógica que seja capaz de sustentar a desigualdade legalmente erigida pela norma entre os gêneros. “Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.” (Mello, 2012, p. 37).

Cabe destacar, que ao se considerar o tempo a que foi editada a lei, esta poderá se apresentar ora ofensiva e ora compatível a princípio da igualdade. Entretanto, este estudo busca averiguar se a norma apresenta razoabilidade no *discrímen* diante das atuais mudanças civis, principalmente do direito de família.

Primeiramente, ao se tratar destas licenças, é necessário considerar que são justificadas constitucionalmente tendo-se em vista que a criança necessita de cuidados e atenção, devendo ser preservado sobretudo seu direito à convivência familiar.

O objetivo da criação da licença-maternidade, é o amparo inicial da criança que está chegando ao núcleo familiar. Estes primeiros momentos de adaptação não ocorre somente entre mãe e filho, mas com todas as

⁶⁰ A lei se diz *geral*, quando apanha uma classe de sujeitos. *Generalidade* opõe-se a *individualização*, que sucede toda vez que se volta para um único sujeito [...] caso em que se deve nominá-la lei *individual*. Convém denominar de *abstrata* a regra que supõe situação reproduzível [...] O contraposto do preceito abstrato é o *concreto*, relativo a situação única, prevista para uma só ocorrência; portanto, sem hipotetizar sua renovação. (Mello, 2012, p.26)

peças que pertencem a família. Todos os familiares participam deste período criando um vínculo afetivo com a criança. Assim, deve-se entender que a licença-maternidade não é visando o bem dos pais, mas sim, visando o bem da criança.⁶¹

Partindo-se desse pressuposto, não haveria como o legislador presumir por suas convicções, o que seria melhor para a criança adotada: se passar mais tempo com a mãe ou com o pai. Nesse sentido, a deputada Érika Kokay na propositura do Projeto de Lei 901/11, que visa ampliar o lapso temporal da licença-paternidade, afirma ser a convivência paterna nesse período da primeira infância, fundamental para estreitar os laços de amor e segurança que são imprescindíveis para a construção de bases familiares bem estruturadas.

Por este motivo, ao tratar da distinção temporal entre as licenças, Barroso e Catalan (2012)⁶², consideram injustificável a discriminação praticada contra os pais adotivos, haja vista que a formação socioafetiva de vínculo familiar por adoção requer na mesma medida o convívio do homem e da mulher com o adotado.

É como se a presença do pai fosse menos importante do que a da mãe, gerando diretamente uma desigualdade de direitos e, indiretamente, uma discriminação ao trabalho da mulher, que certamente será preterida por um homem na obtenção de um emprego, tendo em vista que o dispêndio é muito maior com uma empregada mulher do que com um homem, v.g. contratação e treinamento de empregado temporário para suprir a falta da gestante durante o período de licença. (SOUZA, 2011)

Essa presunção da supremacia materna na criação dos filhos é motivada por razões históricas, culturais e sociais (DE PAULA, 2011) e enseja o dito comum de que *mãe é mãe e pai é pai*, razão pela qual, genericamente se atribui a mulher às obrigações domésticas e com os filhos. Mas o que de fato fundamenta esse pensamento? A Constituição Federal, a biologia ou a própria natureza, determinam o que é *ser mãe e ser pai*? Definem e delimitam o papel e a importância de cada um na criação dos filhos?

Valendo-se da premissa de que na adoção não existem fatores de caráter biológicos e/ou genéticos envolvidos, e sim somente a formação da socioafetividade,

⁶¹ Trecho extraído da decisão de antecipação de tutela ao direito de licença-maternidade a casal adotante homoafetivo, proferida pela 1ª Câmara do Julgamento do CRPS, sendo relatora Nadia Cristina P, dos Santos e presidente Ana Cristina Evangelista. Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1236__447d5460fe51e9f5a0f0ca0adef8796b.pdf

⁶² Artigo: A licença-paternidade e a demanda por equidade na formação socioafetiva de vínculo familiar por adoção.

o que justifica dizer que a mulher tem o direito de passar mais tempo com a criança adotada do que o homem? Porque a mãe deve, implicitamente, se dedicar e participar mais do desenvolvimento do filho do que o pai?

Nesse sentido, as próprias diferenças fisiológicas que poderiam ser aplicadas aos casos biológicos como justificativa ao *discrímén*, não são possíveis de aplicação na adoção, diante da inexistência de necessidades de cunho fisiológico envolvidas nesta modalidade de filiação.

Ao final desta segunda etapa, considera-se incoerente a discriminação por não demonstrar correlação lógica quando relacionada ao fator originário desta. As pessoas na relação envolvidas encontram-se na mesma situação de direito e deste modo, o fator de discriminação sexo em nada justifica a desigualdade procedida.

Mesmo diante do resultado negativo na fase anterior, o teste de razoabilidade deve seguir todas as etapas. É evidente que a ofensa aos requisitos anteriormente discutidos na primeira e segunda etapa seriam por si só, suficientes a desqualificar a norma em face da igualdade, no entanto, somente a conjunção cumulativa dos três aspectos é que permite uma análise correta do problema. (Mello, 2012)

Diante disso, nesta terceira e última etapa, cumpre verificar se a discriminação legalmente imposta guarda consonância com os preceitos fundamentais albergados pela ordem constitucional. Para tanto se questiona: existe respeito ao princípio da igualdade na distinção temporal entre as licenças maternidade e paternidade nos casos de adoção?

Conforme verificado anteriormente, não há no caso em discussão, razoabilidade para discriminação de gênero. Não sendo a lei capaz de sustentar a necessidade da distinção temporal entre as licenças maternidade e paternidade nos casos de adoção, acaba permitindo tratamento desigual entre os iguais. Portanto considera-se a disparidade promovida pela Constituição Federal no art. 7º, incisos XVIII e XIX e pelo RGPS diante da Lei n. 10.421/2002, uma afronta a isonomia entre homens e mulheres, pela inobservância aos limites e critérios que sejam capazes de justificar a discriminação dos direitos entre os gêneros.

3.2 A POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE LICENÇA E SALÁRIO-MATERNIDADE AO PAI PELO ATUAL RGPS

A Constituição Federal ao tratar da Seguridade Social, instituiu a Previdência Social, a qual sob a forma de regime geral atende em conformidade com a lei, as necessidades⁶³ de seus beneficiários. Verifica-se novamente a preocupação do legislador constituinte com a especial proteção ao momento da maternidade, ao assegurar-lhe o benefício do salário-maternidade por 120 dias devidos pelo INSS.

Por outro lado, o legislador não despendeu a mesma atenção ao evento da paternidade, sendo a licença direito constitucional assegurado aos pais apenas no âmbito do direito trabalhista, o qual garante ao empregado o direito a ausência do serviço por cinco dias sem prejuízo de sua remuneração.

Entretanto, diante das atuais mudanças no direito de família e pela possibilidade de formação de novos arranjos familiares, os pais têm sentido a necessidade de ampliação temporal do seu direito a licença. Isso porque⁶⁴, não pode haver coerência no argumento que pretenda justificar que aquele que se propõe a ser pai, independentemente do meio escolhido, possa desenvolver uma convivência plena e duradoura com seu filho em um lapso temporal de apenas cinco dias.

A entidade familiar, compreendida como referência primária de socialização e desenvolvimento do ser humano, recebe prioridade absoluta na Constituição Federal resguardando o direito da criança à convivência em família, independentemente de sua forma ou natureza.

Regulamentando esse princípio, o ECA vem destacar a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta. Mais do que um direito da criança, constitucionalmente garantido, a convivência familiar vai se mostrar como verdadeira exteriorização da valorização do afeto, tão invocada na atual conjuntura brasileira. (TEIXEIRA; et al, 2010, p. 245).

⁶³ Art 201, CRFB/88 - A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

⁶⁴ Em conformidade com o entendimento de Barroso e Catalan (2012).

Deste modo, para Barroso e Catalan (2012)⁶⁵, duas conclusões restam evidentes a contar da redação original da Constituição de 1988: (a) a *desbiologização* do conceito de maternidade, evoluindo da proteção à gestante à tutela da afetividade; e (b) a socialização da licença-maternidade, recepcionando um maior número de hipóteses fáticas.

A democratização das relações de família redimensionou a atuação do ente masculino e rompeu a dicotomia dos gêneros humanos, prova cabal de que o legislador brasileiro não vislumbrou a abrangência que lograriam tais figuras jurídicas com o passar dos anos, ao convalidar uma política de desigualdade que coloca a licença-paternidade, em um patamar máximo, três dúzias de vezes menor que o prazo da licença-maternidade. (BARROSO; CATALAN, 2012)

Percebe-se que a norma originária editada a vinte e cinco anos em perspectiva extremamente sexista, não deixou espaço para as mudanças e as necessidades dos novos modelos familiares. Embora a constituição federal reconheça a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes, como entidade familiar (art. 226, §4º), não vislumbrou a possibilidade da família homoparental, por exemplo. Do mesmo modo, também não se preocupou com as necessidades paternas dos cuidados e da construção do vínculo afetivo com seu filho, sobretudo nos casos de adoção.

A ausência da figura materna na entidade familiar pode ocorrer por diversas circunstâncias, tais como o divórcio, óbito da cónyuge/companheira, abandono do lar, adoção unilateral, entre outras e nesse momento o Estado deve possibilitar que o pai possa desempenhar efetivamente sua paternidade ao assumir integralmente as responsabilidades com o filho.

Se o objetivo da licença-maternidade é proporcionar cuidados à criança e promover a criação de laços afetivos entre mãe e filho, do mesmo modo também se deve conceder o benefício da licença e salário, ao pai que necessite assumir tais responsabilidades. Assim, amparados pelos princípios da igualdade e do melhor interesse da criança, alguns pais têm ingressado junto ao judiciário requerendo a equiparação de seus direitos aos maternos.

⁶⁵ Artigo: A licença-paternidade e a demanda por equidade na formação socioafetiva de vínculo familiar por adoção.

As normas de proteção à criança e ao adolescente elencadas pelo ECA e pela Constituição Federal, são oriundas do princípio do melhor interesse da criança. Assim, existindo conflitos, deve-se sempre buscar a solução que melhor preserve os direitos e interesses do menor, proporcionando-lhe um ambiente sadio que atenda as necessidades de seu desenvolvimento

Diante disso, mesmo o INSS alegando ausência de previsão legal que possibilite ao pai o direito de gozar da licença-paternidade na proporcionalidade da licença-maternidade, o RGPS tem concedido o benefício em atenção às necessidades de casos específicos, que seguem exemplificados neste estudo.

No ano de 2008 um pai impetrou recurso requerendo o pagamento da remuneração do salário-maternidade pelo INSS, tendo em vista a dificuldade de conciliar os cuidados de seus dois filhos gêmeos recém-nascidos, com seu trabalho habitual. Ocorre que a mãe após dar a luz, abandonou os filhos entregando-os aos cuidados do genitor.

Neste caso, o Juiz do Trabalho Marcelo Bueno Pallone, fundamentou sua decisão⁶⁶ explicando que o real destinatário da norma em apreço é o nascituro e não a genitora. Por isso, por mais insólito que pudesse parecer conceder a licença-maternidade (e o salário) a uma pessoa do sexo masculino, sendo analisada a real intenção da norma, se concluiu absolutamente possível tal hipótese, sendo que por circunstâncias da vida, competiu ao pai o cuidado dos filhos sem o auxílio da genitora.

Nesse mesmo entendimento, diante da evolução do conceito de família, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho ao julgar no ano de 2009 decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, entendeu que a licença-maternidade também deve ser concedida ao pai solteiro adotante, conforme segue:

(...) tem-se como essencial uma interpretação sistemática do artigo 210 da Lei nº 8.112/90 com o artigo 5º, caput, da Constituição da República, que consagra o princípio da isonomia. Com efeito, se o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 42 da Lei nº 8.069/90) confere a qualquer pessoa com idade superior a 21 (vinte e um) anos, independente do sexo, o direito à adoção. Afigura-se-me normal que um servidor, ainda que não casado, opte por adotar ou obter a guarda judicial de uma criança. [...] Não é menos verdade que o lapso temporal de 90 dias previsto no artigo 210 da Lei nº 8.112/90, para gozo de licença da servidora, deve-se ao fato de, em se

⁶⁶ Decisão referente ao processo n. 01479-2008-071-15-00-2. Disponível em http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1236__447d5460fe51e9f5a0f0ca0adef8796b.pdf.

tratando de criança com idade inferior a 1 (um) ano, serem imprescindíveis, tanto cuidados especiais e essenciais à adaptação ao novo ambiente familiar, como a aquisição de materiais a serem utilizados pela criança e, quiçá, a contratação de uma babá de confiança para zelar pelo menor. Esses cuidados, como se sabe, não deixam de ser primordiais à boa adaptação da criança, apenas por ser o adotante um servidor do sexo masculino que não tenha firmado sociedade conjugal. Aliás, eventual conclusão no sentido de se obstaculizar o direito do servidor implicaria, a meu ver, manifesta ofensa ao princípio constitucional da isonomia, além da consagração de tese que, certamente, não conseguiu acompanhar a evolução da nossa sociedade.⁶⁷

Outro caso aconteceu com um pai viúvo, que perdera sua esposa em virtude de complicações do parto. Foi então concedido em maio de 2012 pelo (a) Juiz Federal Ivani Silva da Luz, em sede de mandado de segurança⁶⁸, a declaração do direito do impetrante de gozar a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade prevista no art. 207 da Lei 8.112/90 c/c art. 2º, § 1º, do Decreto 6.690/2008.

Na fundamentação da decisão o (a) M.M Magistrado (a) destacou que a ausência de previsão legal não é empecilho para o gozo da licença nos moldes concedidos na sentença, visto que ao se tornar viúvo, o servidor assumiu o papel essencial da manutenção da vida (sentido amplo) do filho recém-nascido.

Registrou ainda, que ambos os genitores são responsáveis pela concretização do direito fundamental à proteção da infância e que o texto constitucional estabelece, genericamente, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações também quanto à responsabilidade pela criação dos filhos.

Destacou a importância de uma interpretação constitucional não literal, mas sim, sistemática e que 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.

Em agosto do mesmo ano, após dois anos de espera em litígio, um casal adotante que vive em união estável *homoafetiva* (masculina), teve seu direito ao salário-maternidade reconhecido. A decisão ocorreu de forma inédita no âmbito

⁶⁷ Trecho extraído da decisão do CSJT – 150/2008-895-15-00-0. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula – Conselheiro-relator. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e938572d-7979-4f8a-a9e9-415116ac0979&groupId=955023

⁶⁸ Processo n. 6965-91.2012.4.01.3400. A autenticidade da sentença proferida em 25/05/2012 poderá ser verificada em <http://www.trf1.jus.br/autenticidade>, mediante código 11798703400229.

administrativo do Ministério da Previdência Social, através do CRPS. Assim, “o que sobrepôs foi o direito. A constituição ampara essa criança a ter o contato com a família”⁶⁹.

Estamos falando da Previdência reconhecendo salário-maternidade para um homem. Não poderíamos negar um direito que existe de fato por causa de uma questão semântica [na legislação, consta que 'beneficiária' tem direito ao salário]. A criança tem o direito, o ECA assegura e esse foi o entendimento da composição da Câmara. Isso foi um grande avanço tanto para a área administrativa quanto para a previdenciária. (EVANGELISTA, 2012)

Entretanto, mesmo diante destas conquistas no direito previdenciário, não significa que o benefício do salário-maternidade é extensivo a todos os pais que estejam em situações semelhantes aos casos anteriormente exemplificados. A Lei nº 10.421/02 e o RGPS garantem os benefícios de licença e salário por 120 dias somente as mães adotivas. Neste caso, como assegurar os mesmos direitos aos pais adotivos?

⁶⁹ Ana Cristina Evangelista, presidente da 1ª Câmara de Julgamento do CRPS. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-08-28/em-decisao-inedita-previdencia-concede-salario-maternidade-um-homem>

4 A POSSIBILIDADE DA AMPLIAÇÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE EM CASOS DE ADOÇÃO ATRAVÉS DE ADPF

De acordo com o exposto neste estudo, encontra-se diante de uma lesão ao preceito fundamental da igualdade pela aplicação da lei n. 10.421/2002 e pelo RGPS. Diante disso, o presente capítulo tem como objetivo analisar a possibilidade da ampliação da licença-paternidade através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Para que a análise suscitada cumpra seu objetivo, o estudo fora dividido em duas seções. A primeira seção versará sobre os elementos da ADPF *in abstracto*. A segunda seção, por sua vez, analisará a possibilidade da utilização da ADPF como meio constitucional de efetivação dos direitos e interesses paternos nos casos de adoção.

4.1 ELEMENTOS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF está prevista no § 1º, do art. 102 da Constituição Federal e representa uma das formas do controle concentrado de constitucionalidade. Regulada pela Lei n. 9.882/99, tem como principal objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º) e, portanto, manter a supremacia da norma constitucional e a segurança jurídica.

As ações de controle de constitucionalidade têm, em geral, a finalidade de retirar do ordenamento jurídico as normas que não estejam compatíveis com a ordem constitucional, visando a garantir a supremacia formal da Constituição e dos direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito. (Kelsen *apud* Moraes, 2010, p.711)

Ao se tratar do controle de constitucionalidade através de argüição de descumprimento de preceito fundamental, surge a necessidade de se compreender o significado de *preceito fundamental* utilizado pelo legislador ordinário. Tendo em vista que a Constituição Federal e a Lei 9.882/99 não conceituaram, cabe desta forma, à doutrina e à jurisprudência demonstrar seu entendimento sobre a matéria.

Em um primeiro momento, a expressão *preceito fundamental* poderia ser associada ao sentido de princípio constitucional, entretanto, esta relação não parece adequada. A leitura da constituição revela que a palavra *preceito* aparece unicamente relacionada à ADPF, ao contrário de princípio, que é encontrado diversas vezes ao longo da redação constitucional. Ora, se o legislador constituinte desejasse que preceitos fundamentais e princípios constitucionais fossem sinônimos, não teria diferenciado a expressão uma única vez.

Ao tratar isoladamente do vocábulo preceito, De Plácido e Silva em sua obra Vocabulário Jurídico (*apud* Tavares, 2001, p.117), trazem que a expressão deriva do latim *praeceptum*, e significa *a ordem, a regra ou o mandado que se deve observar*. Portanto, preceito assume o sentido de norma, podendo ser uma regra ou um princípio.

Partindo do pressuposto de que preceito é norma, cumpre observar o que significa o seu caráter *fundamental*. Nesse sentido, o doutrinador André Ramos Tavares (2001, p.124) afirma que o fundamental “apresenta a conotação daquilo sem o que não há como se identificar uma Constituição. São preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional”. Assim, preceito fundamental será toda norma, seja regra ou princípio, que for essencial para a sustentação da soberania constitucional.

No julgamento da ADPF n. 33 (por maioria conhecida pelo Tribunal), o relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁷⁰ apresentou ao decorrer da decisão monocrática, ideias que remetem à abrangência da expressão *preceito fundamental*, conforme segue:

Parâmetro de controle — É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da argüição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto

⁷⁰ ADPF 33, p.11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>.

constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados 'princípios sensíveis', cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional. (ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04)

Deste modo, será cabível ADPF desde que a lesão a preceito fundamental seja mais do que uma *possível* afronta e que seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional, sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição⁷¹. Para tanto, o legitimado deverá demonstrar fundamentação para além de seus interesses particulares. Assim, será relevante o fundamento quando:

seu deslinde tiver repercussão geral, que transcenda ao interesse das partes em litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu alcance político, econômico, social ou ético.⁷²

A arguição poderá se apresentar sob duas formas distintas, quais sejam: na forma *preventiva* se o objetivo for evitar lesões a princípios, direitos, e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, e, *repressiva*, se for para repará-las quando causadas por conduta omissiva ou comissiva de qualquer dos poderes públicos. (Moraes, 2010, p.791-792)

No entanto, é importante destacar que não será cabível arguição de descumprimento de preceito fundamental contra súmula do STF, visto que “não

⁷¹ Em conformidade com a Lei n. 9.882/99, art. 1º, P.ú, I.

⁷² BARROSO, 2004, p.229.

podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental” pois “os enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim como se formam os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição de verbetes”.⁷³

Como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, a ADPF possui duas características processuais distintas, podendo assumir um caráter *principal* (ou autônoma) ou um caráter *incidental*. No primeiro caso, opera-se de forma direta e imediata, de maneira objetiva em relação à lei ou a ato normativo em defesa aos preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer ato do poder público. Por outro lado, pelo caráter incidental, questiona-se a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em determinado caso concreto submetido à jurisdição ordinária (Branco; Coelho; Mendes, 2008, p. 1147)

A ADPF difere das demais formas de controle concentrado de constitucionalidade, por possuir uma característica peculiar, qual seja seu *caráter subsidiário*⁷⁴. Ocorre que a lei regulamentadora veda expressamente a possibilidade de ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, no caso, a preceito fundamental. “O princípio da subsidiariedade exige, portanto, o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão”⁷⁵ e somente então será cabível o ajuizamento da arguição.

Neste ponto, Gilmar Ferreira Mendes (2007, p.111) faz uma ressalva. Para ele, à primeira vista, em perspectiva estritamente subjetiva, pode mesmo parecer necessária uma exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito jurídico. Mas, que, no entanto, uma leitura mais cuidadosa, revela que sobre a eficácia de proteção de preceito fundamental, deve predominar um enfoque objetivo, em outros termos, que o princípio da subsidiariedade, deve ser apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

Pelo caráter objetivo da ADPF, o juízo de subsidiariedade deve observar os demais processos existentes, e a capacidade de afastar lesão a direitos fundamentais. Assim, de forma prática, não caberá arguição de descumprimento de

⁷³ Informativo STF nº 431 ADPF 80 AgR/DF, rel. Min. Eros Grau, 12.6.2006.

⁷⁴ Lei 9.882/99, art. 4º, § 1º.

⁷⁵ Direito Constitucional. Alexandre de Moraes, 2010, p.789.

preceito fundamental, sempre que for admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (Mendes, 2007, p.114).

Existe uma corrente da doutrina que rejeita o caráter subsidiário que a lei reservou à ADPF, sob o argumento principal de que o art. 102,§1º, da Constituição Federal atribuiu à lei a regulamentação quanto à forma, e não quanto à restrição do conteúdo da arguição. Devido a isso, sustenta a autonomia da ADPF como controle de constitucionalidade, sendo ela cabível sempre que houver violação a preceito fundamental. Nesse sentido, faz-se importante transcrever a lição de André Ramos Tavares⁷⁶:

Verificar-se-á que a arguição é cabível sempre, e absolutamente sempre, que se observar a violação de preceito constitucional de natureza fundamental. [...] Não obstante admitir-se a possibilidade de que mais de uma ação preste-se ao mesmo objetivo, a verdade é que, com a introdução da arguição, para ela desviam-se todos os descumprimentos de preceitos fundamentais da Constituição.

Entretanto, em que pese o respeito aos argumentos, não parece o entendimento mais adequado. A constituição, ao determinar que a ADPF fosse apreciada pelo STF *na forma da lei*, atribuiu a ela a regulamentação do instituto. Deste modo, sendo inegável o caráter subsidiário da arguição, deve-se buscar a interpretação mais adequada e abrangente, afastando-se, portanto, a exclusiva literalidade da norma.

Deste modo, entende-se que não deve haver necessariamente um esgotamento efetivo de utilização de outras ações constitucionais, como ocorre no exaurimento processual das instâncias. Mas sim, uma eliminação objetiva das ações constitucionais cabíveis, a fim de se identificar o meio mais adequado e eficaz para sanar eventuais lesões a preceitos fundamentais.

O procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seja ela autônoma ou incidental, inicia-se por petição que satisfaça os requisitos do art. 3º da Lei 9.882/99. Não sendo cabível arguição ou faltando à inicial requisitos constantes na lei, o relator poderá indeferir-la liminarmente, decisão da qual caberá recurso de agravo (art. 4º, §2º).

⁷⁶ TAVARES, 2002, p. 42-48

Em relação aos legitimados ativos⁷⁷ para arguição de descumprimento de preceito fundamental, a lei regulamentou serem os mesmos colegitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade⁷⁸. Assim sendo, são legitimados o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Entretanto, mesmo diante do veto presidencial ao art. 2º, II, que assegurava legitimidade a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Pública”, a redação do § 1º ainda faculta a qualquer interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República. Este, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

Em relação à competência de julgamento, ficou instituído o Supremo Tribunal Federal⁷⁹, o qual cabe precipuamente, a guarda da Constituição. Por esta prerrogativa, é o órgão responsável por processar e julgar as ações de controle de constitucionalidade e, portanto, também a ADPF. No entanto, a decisão somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros (art. 8º da lei).

Será cabível o deferimento do pedido de medida liminar no processo de ADPF, desde que seja voto pacífico da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 5º, caput). No entanto, não haverá necessidade deste *quorum* especial em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno (§1º do art. 5º).

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Deste modo, transitada em julgado, deverá ser publicada no Diário Oficial (§2º do art. 10). Importante destacar, que a própria lei permite ao Tribunal, por dois terços de seus membros, excepcionar a regra e atribuir efeitos

⁷⁷ Conforme Art. 2º, I da Lei 9.882/99.

⁷⁸ CRFB/88 – Art. 103, I a IX.

⁷⁹ CRFB/88 – Art. 102, I, § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

mais limitados ou constitutivos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Assim sendo, sob o fundamento da segurança jurídica ou em caso de excepcional interesse social, é defeso ao Tribunal restringir os efeitos da declaração para uma eficácia *ex nunc* (a partir da declaração) ou *pro futuro* (a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento superveniente a ser fixado). De qualquer modo, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da ADPF será irrecurável, não podendo, portanto, ser objeto de ação rescisória.⁸⁰

4.2 A DESIGUALDADE DE GÊNERO E A POSSIBILIDADE DA ADPF PARA EQUIPARAÇÃO DAS LICENÇAS NOS CASOS DE ADOÇÃO

Encerrada a lição sobre os elementos *in abstracto* que envolvem a arguição de descumprimento de preceito fundamental, pode-se passar a análise de cabimento diante do caso concreto, objeto deste estudo. Por entender ser o período diferencial entre as licenças-maternidade e paternidade nos casos de adoção uma afronta ao princípio da igualdade, e por este se tratar de um preceito fundamental basilar do ordenamento constitucional, pretende-se nesta seção demonstrar a possibilidade de se buscar através do controle de constitucionalidade, a adequação da norma mediante ADPF.

Inicialmente, observado o caráter subsidiário da arguição, cumpre verificar se há existência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade ao preceito fundamental que não seja a própria ADPF. Deste modo, proceder-se-á o esgotamento de todas as vias de controle de constitucionalidade possíveis de sanar a referida lesão, quais sejam: ADI, ADO e ADC.

A Ação direta de inconstitucionalidade – ADI, é uma das formas de controle concentrado de constitucionalidade e encontra-se disciplinada no texto constitucional nos artigos 102, I, alínea a, (ADI genérica) e art. 36, III (ADI interventiva). Poderá ser proposta ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, cabendo ao STF o processo e julgamento.

Conforme ensina Alexandre de Moraes (2010, p. 737), será cabível ADI para declarar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual e

⁸⁰ Redação em conformidade com a Lei n.9882/99, artigos 11 e 12.

distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e que ainda estejam em vigor. “A declaração de inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, diferentemente do ocorrido no controle difuso”.

Entretanto, não há motivo para se buscar a inconstitucionalidade da Lei n. nº 10.421/2002, visto que esta se apresenta em conformidade com a própria norma constitucional ao estender à mãe adotiva o direito a licença-maternidade e salário-maternidade do mesmo modo que é garantido constitucionalmente às gestantes (art. 7º XVIII). Deste modo, afasta-se a possibilidade da utilização da ação direta de inconstitucionalidade como meio para reparar a lesão do preceito fundamental da igualdade sofrido pela referida norma.

Outro meio de controle de constitucionalidade é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO, que tem a finalidade de declarar a inconstitucionalidade da norma por omissão, em virtude da ausência de regulamentação infralegal, ou ainda em função de inércia da autoridade administrativa competente. Nesse sentido, para Moraes (2010, p. 775) o objetivo do legislador constituinte de 1988, foi conceder através da ADO, plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Deste modo, será cabível “quando o poder público se abstém de um *dever* que a Constituição lhe atribuiu”.

Assim, do mesmo modo que a ADI, a ADO não se apresenta como meio possível e eficaz de sanar a lesividade do presente caso. Ora, não há que se falar em inconstitucionalidade da norma por omissão, pois a Lei. 10.421/2002 trata-se de norma federal, e não norma constitucional pendente de complemento infraconstitucional para ter eficácia plena.

Por último, para se verificar de forma adequada e exaustiva todas as possibilidades de controle de constitucionalidade, cumpre verificar a propositura da ação direta de constitucionalidade – ADC. Esta ação, também disciplinada no art. 102, I, alínea a da Constituição, tem a finalidade de declarar constitucional lei ou ato normativo federal.

A ação declaratória de constitucionalidade visa afastar a insegurança jurídica ou a incerteza sobre a validade da lei ou ato normativo federal, buscando deste modo preservar a ordem jurídica constitucional. Assim, tem-se a finalidade da

ADC: “transformar a presunção relativa da constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes”. O objetivo primordial é transferir ao STF a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo contrariado nas instâncias inferiores. (Moraes, 2010, p. 779)

Diante disso, a ADC também não se apresenta como meio ideal para finalidade que se pretende alcançar. Não existe controvérsia e nem incerteza quanto a constitucionalidade da Lei federal que estende às mães adotivas o direito a licença e salário em virtude da maternidade. A pretensão deste estudo é demonstrar que a lei viola o princípio da igualdade com relação aos pais; não que isso torne a lei, necessariamente inconstitucional. Mas, uma vez constatada a lesividade causada pela norma em desfavor de uma classe, há de se buscar meios para ajustá-la a necessidade social.

Não havendo inconstitucionalidade e nem dúvida quanto a constitucionalidade da Lei nº 10.421/02, não há como buscar o resguardo do direito através dos remédios constitucionais da ADI, ADO, ADC. Portanto, superada a subsidiariedade pela inexistência de outros meios, a ADPF se apresenta como meio cabível e eficaz de afastar a lesão pela norma.

É exatamente a *adequação da norma* que se pretende alcançar mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental, com a finalidade de alcançar a efetivação da igualdade entre os gêneros no que concerne aos direitos e deveres oriundos da maternidade e da paternidade. Deste modo, prosseguir-se-á com a análise dos pressupostos de admissibilidade de ADPF para o aludido caso.

Inicialmente, cumpre observar a indicação dos preceitos fundamentais que se entende estarem sendo vulnerados, quais sejam: art. 5º *caput* (princípio da igualdade) associado ao art. 5º, II (princípio da liberdade e autonomia da vontade) ambos da Constituição Federal. Ocorre que, ao se fazer uma análise ponderada da discriminação de gênero em questão, verifica-se que a violação aos preceitos fundamentais não alcança somente o princípio da igualdade. O Estado, na tentativa de promover a igualdade entre homens e mulheres acabou fazendo o contrário, interferindo também nos princípios da liberdade e da autonomia da vontade dos indivíduos da família.

Como visto anteriormente, ambos os pais são responsáveis pela concretização do direito fundamental à proteção da infância, e a própria lei

estabelece a isonomia entre eles quanto às responsabilidades pelo casamento/união estável e pela criação dos filhos⁸¹. No entanto, o Estado, ao distinguir o lapso temporal entre as licenças, interfere ainda na liberdade familiar e acaba limitando o direito do homem de vivenciar amplamente sua paternidade.

A violação dos preceitos fundamentais invocados decorrente da lei n.10.421/2002 e do RGPS, que concedem somente às mães adotivas o benefício trabalhista e previdenciário do afastamento das atividades por 120 dias. Entretanto, alguns juízes e tribunais⁸², têm decisões das quais se extraem possibilidades de extensão temporal (120 dias) do direito de licença-maternidade ao pai em casos de adoção. Ora, verifica-se, pois, uma controvérsia na aplicação da norma. Percebe-se que o próprio judiciário admite que o direito às licenças existe em razão de um direito da criança, e por esse motivo, acaba reconhecendo a existência de situações em que seja necessária a concessão da licença-maternidade ao pai e que este possui do mesmo modo que a mãe, pleno direito e capacidade de cuidar do filho.

Deste modo, cumprem-se também os requisitos da relevante controvérsia constitucional e da repercussão geral, visto que a matéria envolve o direito de família e as searas trabalhista e previdenciária, portanto *erga omnes* aos que se encontrem na mesma situação. Percebe-se o quão urgente e necessária é a adequação dos direitos à realidade fática da atual família brasileira, de modo a superar esta visão conservadora de que os cuidados dos filhos dependem exclusivamente da mãe. É necessário reconhecer que o *gênero* masculino também tem direitos e é capaz de cumprir com seus deveres paternos, imprescindíveis para a proteção e adaptação do filho que está sob seus cuidados.

Importante ressaltar que no processo de adoção a família se forma pelo afeto e não por laços biológicos. Assim, considera-se injustificável a discriminação praticada contra os pais adotivos, tendo em vista que a formação do vínculo familiar ocorre pela socioafetividade e por isso se faz importante, de igual modo, tanto o convívio do pai quanto da mãe com o filho. O que se pretende demonstrar é que para além das convenções das atribuições sociais dos gêneros, para a criança o que

⁸¹ Art. 226, CRFB/88 - 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.

⁸² Conforme entendimento dos tribunais citados nos casos apresentados no item 3.2.

realmente importa é ampla convivência familiar e a capacidade de vinculação afetiva envolvida.

A ideia criada pelo senso comum de que a criança estará mais bem amparada na presença materna, demonstra um pensamento antiquado e preconceituoso. Ora, presumir que o homem, na situação de pai, será menos importante ou menos necessário para seu filho adotivo, sobretudo nos primeiros momentos dessa nova fase, é embargo ao sentimento e à formação do tão importante vínculo paterno-filial. Isso porque, para além das relações jurídicas, a adoção significa a concretização do desejo de formar família.

Ademais, há de se considerar que a espera pela adoção é um processo longo e os pretendentes, uma vez habilitados, vivenciam um tempo de espera não determinado. Nesse tempo, os futuros pais do adotado estarão, por exemplo, se especializando, programando e buscando aperfeiçoamento e também almejando oportunidades nas demais áreas civis, especialmente no que tange às relações de emprego.

Existem ainda, grupos familiares nos quais há uma inversão dos tradicionais papéis atribuídos a homens e mulheres como, por exemplo, uma família em que a mãe seja a provedora e o pai seja o responsável por cuidar do ambiente doméstico. Também existe a possibilidade de ambos serem provedores, mas que, no entanto, a mãe exerça atividade da qual seja inviável se afastar integralmente. Pode ser que ela seja empresária ou exercente de mandato político, por exemplo, e que nessa situação tendo em vista o direito da criança, o pai necessite se afastar de suas atividades profissionais para prestar-lhe os cuidados e a atenção necessária.

É importante destacar que muitos impedimentos podem surgir. Pode ocorrer de a mãe estar enferma ou em período pós-operatório, situação em que ela mesma necessite de cuidados. Nesse caso, como conseguirá despender atenção necessária a criança que acaba de chegar ao novo lar? E ainda, se independentemente de circunstâncias fortuitas e transitórias, os pais sentirem a necessidade e desejem tanto quanto as mães, passar mais tempo com seu filho recém-chegado?

Nesse aspecto, não é difícil vislumbrar que o chamado à adoção possa surgir num momento em que o modelo tradicional de que *a mãe deve cuidar do filho enquanto o pai trabalha* não se aplica a realidade da família por questões

particulares, que não cabe neste estudo discutir uma a uma. Além do mais, considerando que nos casos de adoção os efeitos biológicos das partes em nada influenciam, não se pode falar que do ponto de vista do melhor interesse da criança é preferível que ela passe mais tempo com a mãe do que com o pai.

Desta forma, diante de todas as discussões aqui expostas, resta evidente que a lei n. 10.421/2002 acaba por violar o preceito fundamental da isonomia com relação à paternidade adotiva. Ao conferir o direito de 120 dias de licença tacitamente as mães, inviabiliza que os pais possam usufruir do mesmo direito. A redação da norma afronta além da isonomia, outros preceitos consagrados na Constituição Federal, tais como a autonomia e à liberdade no âmbito familiar.

Portanto, considera-se ao fim deste estudo, que seria viável buscar através de ADPF uma adequação da lei n. 10.421/2002 aos preceitos fundamentais, sobretudo, da igualdade entre o homem e a mulher. Talvez a forma mais adequada de solucionar a questão das licenças nos casos de adoção, seria desconsiderar o gênero, e elevar os interesses dos indivíduos envolvidos na relação.

Nesse sentido, seria preferível que a lei proporcionasse às famílias o direito de decidir a melhor forma de dispor do lapso temporal das licenças. Isso não significa dizer que o pai deveria ter 120 dias de licença da mesma forma que a mãe, até porque seria inconstitucional, visto que a constituição traz expressamente licença de 120 dias a gestante e de cinco dias ao pai. Além do mais, beneficiar a adoção com 240 dias de licença seria de igual modo, visível afronta ao princípio da igualdade com relação à filiação biológica.

Pois bem, ocorre que não se trata de filiação biológica e, portanto, não está se tratando das necessidades fisiológicas e sim, afetivas. Assim, nos casos de adoção, o ideal seria que a entidade familiar pudesse ter os 125 dias constitucionais de licença como simples parâmetro de referência temporal, mas que pudesse decidir a melhor forma de distribuir os dias entre os pais. Deste modo a norma alcançaria os valores constitucionais e garantiria o convívio com a criança para ambos os pais de maneira isonômica e sem interferir na liberdade familiar.

4.3 LEI N. 12.873 DE 24 DE OUTUBRO DE 2013 E SALÁRIO-MATERNIDADE: ANÁLISE VALORATIVA DAS MUDANÇAS

Na data de 24 de outubro de 2013 a presidente Dilma Rouseff sancionou a lei nº 12.873, que traz alterações em diversas leis e dispositivos e dentre elas a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei 8.213/91. No entanto, a lei fora editada a época que o presente trabalho encontrava-se concluso para apresentação, razão pela qual, surge neste momento a necessidade de se apresentar as mudanças relativas à licença-maternidade e ao salário-maternidade. Para tanto, far-se-á um juízo de valor da norma, de modo a analisar se esta veio a contemplar as necessidades até então discutidas no presente trabalho, ou se ainda promove a discriminação de gênero.

A aludida norma trouxe alteração no artigo 71-A e incluiu os artigos 71-B e 71-C à lei nº 8.213/91 que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social. Modificou também o artigo 392-A e incluiu os artigos 392-B e 392-C na CLT. A atual redação do art. 71-A estende expressamente ao *segurado* que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, o salário-maternidade pago diretamente pela Previdência Social pelo período de 120 dias. Portanto, ao utilizar o termo *segurado* a lei garante o benefício também aos casais adotantes homoafetivos masculinos. No entanto, a percepção do salário está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade profissional que exerça, sob pena de suspensão do benefício, conforme dispõe o art. 71-C.

Pela inclusão do art. 71-B a lei estende ao cônjuge ou companheiro o pagamento do salário-maternidade no caso de falecimento da segurada ou segurado. Até então, caso a segurada viesse a óbito o pagamento do benefício cessava e não podia ser transferido. Agora a transferência ocorrerá ao cônjuge sobrevivente que tenha a qualidade de segurado e este fará jus por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito o segurado que faleceu, exceto em caso de falecimento do filho ou de seu abandono.

Ressalvado os casos do pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o caso de falecimento do segurado ou segurada, o benefício não poderá ser concedido a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção

ou guarda, mesmo que os cônjuges estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social (art. 71-A, §1º).

A licença-maternidade e o salário-maternidade são direitos que ocorrem concomitantemente e, por este motivo, a lei teve que adequar a norma trabalhista à previdenciária. Assim sendo, acrescentou ao art. 392-A da CLT o §5º, que preceitua a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiões empregado ou empregada.

O art. 392-B em consonância ao 71-B da lei nº 8.213/91, versa sobre a eventualidade do falecimento da genitora, situação na qual será assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período ou pelo tempo que ainda restava à mãe⁸³. Com a edição da nova lei, o direito a licença-maternidade em caso de adoção que antes somente era concedido à mulher, agora também será ao homem adotante (art. 392-C). Entretanto, vale ressaltar que em casos de adoção conjunta, seja por casais heterossexuais ou homoafetivos, a licença será destinada a apenas um dos adotantes.

Ao se fazer uma análise da lei n. 12.873/2013, cumpre inicialmente ovacioná-la pelas importantes e gratificantes mudanças trazidas no âmbito previdenciário e trabalhista. A família brasileira tem ao longo dos anos, assumido uma pluralidade de formas e com elas surgiram novas necessidades que até então não eram contempladas em lei. Felizmente em 24 de outubro de 2012 o ordenamento jurídico atendeu ao clamor de muitos pais e equiparou o direito de homens e mulheres ao benefício do salário-maternidade.

A nova lei trará benefícios a muitas famílias, pois como visto no item 4.2, muitos pais tinham a obrigação de cuidar e zelar sozinhos pelos filhos, mas não tinham o direito de se afastar do trabalho para exercer sua paternidade, como era o caso de pais adotantes solteiros, viúvos ou ainda casais homoafetivos. Agora será possível também que em uma família na qual somente o pai seja segurando da previdência social, este poderá requerer o benefício e se afastar por 120 dias de suas atividades sem prejuízo de seu salário.

⁸³ Do mesmo modo que o salário-maternidade, a licença também não será devida em casos de falecimento do filho ou abandono.

Muitas outras possibilidades existem, mas o importante é o reconhecimento do direito; a certeza de que o benefício será concedido sem a necessidade do desgaste judicial. Sem dúvida esta foi uma grande conquista no ordenamento jurídico brasileiro, mas ainda carece de melhorias. A ampliação da licença-paternidade é medida que há muito tempo vem sendo pleiteada e que talvez com esse primeiro passo em direção ao direito dos pais, ganhe força e seja reconhecida sua necessidade.

Ora, se um casal adota uma criança e ambos os pais sejam segurados da previdência, um usufruirá o direito em detrimento do outro. Caso a mãe seja a beneficiada o pai continuará tendo o direito somente a cinco dias de licença-paternidade, o que continua sendo injustificável e desigual. A lei 12.873/2013 não vislumbrou a possibilidade de divisão do lapso temporal da licença, que seria talvez, uma forma de satisfazer a igualdade entre os pais adotivos, de modo a oportunizar períodos iguais de convívio com a criança para construção dos laços afetivos.

Com a nova redação, o RGPS e a CLT estenderam o direito a licença e salário-maternidade aos pais tendo em vista o direito da criança e o princípio da igualdade. Com essa alteração, caberá a família a escolha de qual dos pais gozará do direito, mudança essa que vem a contemplar a autonomia da vontade e o princípio da liberdade no âmbito familiar.

A lei 12.873 possui um valor de conquista, de busca pela igualdade e no que seu alcance, manteve a isonomia. Por outro lado, é evidente que mesmo diante da nova lei, os períodos diferenciados entre as licenças-maternidade e paternidade foram mantidos pela constituição federal, o que continua sendo considerado tratamento desigual que merece adequação.

No entanto, o objetivo do presente trabalho era demonstrar que os períodos diferenciados de licença entre pais e mães adotivos de forma tácita pela lei nº 10.421/2002 e pelo RGPS, violava preceitos fundamentais da ordem constitucional. Pois bem, com a edição da lei 12.873 esta problemática fora solucionada e homens e mulheres possuem o mesmo direito, cabendo à família o poder de decisão.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o raciocínio elaborado ao longo dos capítulos no presente trabalho monográfico, pôde-se perceber o quão intensa é a preocupação e quão cautelosa é a proteção do ordenamento jurídico ao momento da maternidade da mulher trabalhadora. Em contraste, observa-se o descaso com o momento da paternidade, ainda tão desprotegido mesmo após duas décadas da promulgação da Constituição Federal.

O poder constituinte concedeu às mães o direito a licença e salário por 120 dias, também estendido as mães adotivas, e aos pais o direito de apenas 5 dias. A diferenciação temporal no caso biológico, apresenta-se justificável pelas necessidades e dificuldades do período gestacional e pós-parto e também pelo incentivo ao aleitamento materno. Entretanto, ao submeter-se a norma ao teste de razoabilidade, não se observou na lei 10.421/2002 e no RGPS limites e critérios que fossem capazes de justificar a distinção temporal entre as licenças nos casos de adoção.

Ocorre que, na filiação por adoção inexistem fatores biológicos, entretanto a construção do vínculo afetivo e do apego é essencial. Conforme estudado, o relacionamento da criança com o pai é tão importante quanto com a mãe para o estreitamento dos laços de amor. Nesse sentido, a presunção social de que a presença materna é mais importante ou necessária, não condiz com a realidade, visto que existem muitos casos em que o pai é figura tão presente quanto a mãe, ou que ele seja a única referência de família para a criança, razão pela qual se considerou a distinção entre as licenças uma afronta a isonomia.

Diante disso, surgiu a necessidade de se buscar uma medida constitucional que fosse capaz de elidir a problemática e garantir o mesmo direito entre mães e pais adotivos, por força das necessidades socioafetivas envolvidas e pela isonomia entre os gêneros. Não havendo inconstitucionalidade e nem dúvida quanto à constitucionalidade da Lei nº 10.421/02 e superada a subsidiariedade pela inexistência de outros meios cabíveis, a ADPF se apresentou como medida eficaz para afastar a lesão causada pela norma ao preceito fundamental da igualdade.

Com a arguição de descumprimento de preceito fundamental seria possível buscar a adequação da norma, de modo a alcançar a efetivação da

igualdade entre pais e mães nos direitos e deveres com os filhos. Entretanto, em 24 de outubro de 2013, fora sancionada a lei 12.873 que trouxe profundas e importantes mudanças nas esferas trabalhista e previdenciária.

Ao estender aos pais adotivos o direito à licença e ao salário-maternidade, anteriormente somente concedido às mães, trouxe mais segurança para todos os pais que queiram ou necessitem afastar-se do trabalho para assumir as responsabilidades com a criança adotada. Para aqueles que resolvam sozinhos adotar uma criança, para os que vivem em união estável homoafetiva e também para os que em razão do falecimento da companheira(o) tenham que assumir as responsabilidades com o filho.

Ao garantir licença e salário-maternidade para qualquer segurado e concedendo a família o poder de escolha, a lei nº 12.873/2013 reconheceu a necessidade da liberdade de escolha e da autonomia da vontade familiar. A lei absteve-se de decidir aquilo que em princípio compete aos pais, pois cada família possui suas características e necessidades próprias.

Tal medida é de suma importância para a sociedade, pois reconhece a capacidade e importância da participação dos homens na entidade familiar, o que proporciona uma melhor formação do vínculo socioafetivo paterno-filial que traz benefícios tanto para a criança quanto para os pais, sobretudo na fase de adaptação à nova realidade familiar, que irão refletir por toda a vida.

As mudanças trazidas pela lei, ao equiparar homens e mulheres no direito reflete sem dúvida, um passo ao reconhecimento de igualdade entre os gêneros. O que não significa dizer que se alcançou com ela a plenitude da igualdade, pois é preciso lembrar que a lei traz a possibilidade de estender ao pai segurado os benefícios da licença e do salário-maternidade, mas que por outro lado, não alterou o lapso temporal da licença-paternidade, mantendo ainda a discriminação entre os gêneros. Sem dúvida, a lei 12.873 é um avanço, e se espera que com ela novas conquistas sejam alcançadas em nome da isonomia entre os gêneros.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hemes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. 4.ed.rev.e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009.

ALVES, José Eustáquio Diniz; CORRÊA, Sônia. Igualdade e desigualdade de gênero no Brasil: um panorama preliminar, 15 anos depois do Cairo. Disponível: http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/outraspub/cairo15/Cairo15_3alvescorrea.pdf. Acesso em: 25 de agosto de 2013

ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas. A extensão da licença-maternidade à adotante em face do princípio da igualdade. **Jus Navigandi**, Teresina, maio, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9928>>. Acesso em: 14 maio 2013.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.Pdf> Acesso em: 04 de agosto de 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2008. 1384 p.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011. 1104.p

BARROSO, Lucas; CATALAN, Marcos.: A licença-paternidade e a demanda por equidade na formação socioafetiva de vínculo familiar por adoção. **IBDFAM**. Disponível em: <<http://ufes.academia.edu/LucasAbreuBarroso/Papers>>. Acesso em: 15 de junho de 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 299 p.

BORGES, Marcelo Krás. **Sentença da ACP nº 5019632-23.2011.404.7200/SC** Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/vejaNoticia.php?id=46605>>. Acesso em 14 de maio de 2013.

BOWLBY, John. **Formação e rompimento dos laços afetivos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, 165 p.

_____. **Uma base segura: aplicações clínicas de teoria do apego**. Porto Alegre: Artmed, 1989. 170 p.

BRASIL. **Ação Civil Pública nº 5019632-23.2011.404.7200/SC**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/4_120601-160912-602.pdf> Acesso em 14 de maio de 2013.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2013.

_____. **Decreto Nº 3.048 de 06 de maio de 1999.** Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/23/1999/3048.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2013.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2013.

_____. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010.** Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_2.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2013.

_____. **Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm. Acesso em: 05 de abril de 2013.

_____. **Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2013.

_____. **Lei nº 12.010, de 29 de julho de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2013.

_____. **Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2013.

_____. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 20 de setembro de 2013.

_____. **Programa Empresa Cidadã.** Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/empresacidada/default.htm>>. Acesso em: 10 de abril de 2013.

_____. **Proposta de Emenda a Constituição.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4CCFE7362E359491D9BD398112216967.node2?codteor=970727&filename=PEC+146/2012>. Acesso em 14 de maio de 2013.

_____. **Súmula n.244 do TST.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 14 de maio de 2013.

_____. **Súmula n.396 do TST.** Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-396. Acesso em: 14 de maio de 2013.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier. O valor jurídico do afeto: filiação socioafetiva x monetarização das relações de afeto. **Revista da Faculdade Direito – UFU.** 2012. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/22369>>. Acesso em: 28 de maio de 2013.

CAMANO, Luiz; SCHOR, Nestor. **Guia de obstetrícia.** Barueri, SP: Manole, 2003.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho:** legislação complementar/jurisprudência. 38. ed São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito Previdenciário.** 13. ed., rev. atual. São Paulo: Conceito, 2011.

DE PAULA, Tatiana Wagner Lauand. O direito do pai de concorrer em igualdade com a mãe pela guarda dos filhos. Ponderação da supremacia materna presumida em respeito ao princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente. **Jus Navigandi,** Teresina, fevereiro, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18487>>. Acesso em: 30 de maio 2013.

Decisão referente ao processo n. 01479-2008-071-15-00-2. Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1236__447d5460fe51e9f5a0f0ca0a0def8796b.pdf>. Acesso em: 13/10/2013

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. **Adoção e o direito constitucional ao afeto.** Disponível em:<http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/ado%E7%E3o_e_o_direito_constitucional_ao_afeto_-_marta.pdf> . Acesso em: 27 de março de 2013.

EVANGELISTA, Ana Cristina Evangelista. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-08-28/em-decisao-inedita-previdencia-concede-salario-maternidade-um-homem>>. Acesso em: 13/10/2013.

EVANGELISTA, Ana Cristina. **Decisão de antecipação de tutela ao direito de licença-maternidade a casal adotante homoafetivo**. Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1236__447d5460fe51e9f5a0f0ca0adef8796b.pdf. Acesso em: 20/10/2013.

HASHIMOTO, Francisco; SIMÕES, Fátima I. Watanabe. Mulher, mercado de trabalho e as configurações familiares do século XX. **Revista Vozes dos Vales**. São Paulo, outubro, 2012. Disponível em: <http://www.ufvjm.edu.br/site/revistamultidisciplinar/files/2011/09/Mulher-mercado-de-trabalho-e-as-configura%C3%A7%C3%B5es-familiares-do-s%C3%A9culo-XX_fatima.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2013.
<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/879/886>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. 21ª tiragem. São Paulo: Melheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários a Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Salário-maternidade**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=24>>. Acesso em: 14 de maio de 2013.

MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa; REZENDE FILHO, Jorge de. **Obstetrícia fundamental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011. Viii.

NEME, Bussâmara. **Obstetrícia básica**. 3.ed. São Paulo: Sarvier, 2006.

O crescimento de crianças alimentadas com leite materno exclusivo nos primeiros 6 meses de vida . **Jornal de Pediatria** (Rio J.) vol.80 n.2. Porto Alegre/ 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0021-75572004000200005&script=sci_arttext. Acesso em: 14 de junho de 2013.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **Decisão do CSJT – 150/2008-895-15-00-0**. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e938572d-7979-4f8a-a9e9-415116ac0979&groupId=955023> Acesso em 30/06/2013

PINHEIRO, Luana; GALIZA, Marcelo; FONTOURA, Natália. Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões. **Estudos Feministas**. Florianópolis, setembro/dezembro, 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104026X2009000300013&script=sci_arttext>
. Acesso em: 10 de abril de 2013.

POBLACION, Ana Paula. **Aspectos nutricionais do aleitamento materno**. Disponível em: <http://www.pucpr.br/servicos/programas_saude/palma/arquivos/aspectos_nutricionais_aleitamento.pdf>. Acesso em 08 de junho de 2013.

REZENDE, Jorge de. **Obstetrícia**. 10.ed Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.
Sentença do processo n. 6965-91.2012.4.01.3400. Disponível em:
<http://www.trf1.jus.br/autenticidade,mediante_codigo_11798703400229>. Acesso em: 13/10/2013

SOUZA, Ana Cláudia Vilvert. **Aspectos psicológicos que contribuíram para o atendimento das necessidades afetivas da criança adotada**. 2006. 67 f. Monografia (Bacharel em Psicologia) – Universidade do Vale do Itajaí – Centro de Educação da Univali, Biguaçu.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.868/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Tratado de arguição de preceito fundamental**: (Lei n.9.868/99 e Lei n. 9882/99). São Paulo: Saraiva, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; et al. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

THOMÉ, Candy Florêncio. A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero. Um estudo comparativo entre Brasil e Espanha. **Revista TRT 3ª Região**. Belo Horizonte, julho/dezembro, 2009. Disponível em:
<http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/candy_flarencio_thome.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2013.