

# **ANÁLISE DO INSTITUTO DA LICENÇA PARENTAL COMO MECANISMO DE PROMOÇÃO DA EQUIDADE DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO**

**Aluna: Rafaela Miotto de Almeida**  
**Orientadora: Adriana Vidal de Oliveira**

## **Introdução**

O presente estudo tem por objetivo defender a implantação da Licença Parental, frente à indubitável necessidade da aplicação de novos institutos ao direito brasileiro diante dos efeitos advindos da Constituição Federal de 1988. Tais efeitos propiciaram a construção de uma nova perspectiva jurídica que busca efetivar e dar normatividade aos princípios constitucionais e dos impactos sociais gerados por essa, como a reconceitualização da definição de família e dos papéis dos gêneros para a sua construção na sociedade brasileira e da crescente preocupação com o acesso e permanência do sexo feminino no mercado de trabalho.

## **Metodologia**

A metodologia empregada na presente pesquisa se faz através da pesquisa doutrinária interdisciplinar e da análise comparativa com a legislação estrangeira. A construção teórica é pautada na exposição e crítica do Ordenamento Jurídico Brasileiro atual, no que concerne sua abrangência das relações sociais de natureza trabalhista, entre os sexos. Busca-se esclarecer que a experiência legal vivenciada no âmbito do mercado de trabalho deveria pautar-se sob o prisma dos princípios isonômicos e igualitários.

As complexas e extensas mudanças das estruturas sociais, políticas e econômicas, principalmente as vivenciadas a partir da segunda metade do século XX, repercutiram na ordem jurídica nacional. Frente às crescentes demandas advindas dos movimentos sociais, e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tornaram-se inconcebíveis certas interpretações à legislação infraconstitucional, de modo que vários institutos de diversos ramos do direito viram-se obsoletos e incompatíveis com a realidade social.

Dessa maneira, o conceito de família até então apregoado, que consagrava como estrutura familiar àquela que correspondia à organização segundo a ordem patriarcal [1], hierarquizada e sacramentada pelo casamento; precisou ser revisto. A eleição do princípio da dignidade humana como uma das diretrizes do Estado Democrático de Direito, conferiu uma nova reformulação conceitual do que é família. Nos ensinamentos de Fabíola Santos Albuquerque: “o novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família” [2], ou seja, nessa nova conceitualização, o foco é o indivíduo e a construção-organização de suas relações afetivas.

Segundo a mesma prerrogativa, o ramo jurídico do direito do trabalho também sofreu influência constitucional, de forma que institutos do direito trabalhista necessitam ser interpretados à luz da Constituição. O professor e ministro do TST, Mauricio Godinho Delgado, em sua doutrina ensina que a Carta Magna de 88 consolidou no Brasil o conceito e estrutura normativos de Estado Democrático de Direito, de maneira que: “ocupam posições

cardeais a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com a valorização do trabalho, especialmente do emprego, o que insere o ramo justrabalhista no coração e mente jurídicos definidores do melhor espírito da Constituição”[3].

Nesse contexto de significativas modificações da hermenêutica jurídica, diante da realidade social e jurídica vigente, em que a relação familiar deve se pautar na organização das relações afetivas e que a relação de trabalho deve ser promotora de dignidade e igualdade, faz-se indispensável uma releitura e posterior reconceitualização do instituto da licença maternidade e da licença paternidade. Principalmente porque na ordem econômica brasileira 46,1% da sua população economicamente ativa pertence ao sexo feminino [4], o que por sua vez, torna a atual configuração do instituto insustentável.

Na ordem internacional, principalmente nos países integrantes da União Europeia, esse conceito já foi revisto e um novo implantado: a licença parental. Essa corresponde ao período de afastamento do trabalho concedido à mãe e ao pai, a fim de que os dois deem apoio e proteção familiar à criança, ou seja, há um alargamento da abrangência do benefício. Na licença parental, ambos os sexos podem ter igual acesso ao ambiente familiar, o que, de maneira indubitável favorece a igualdade entre os gêneros, tanto no âmbito doméstico quanto no mercado de trabalho.

## **Resultados**

### **1. Análise da licença maternidade e da licença paternidade no ordenamento jurídico brasileiro**

Antes da promulgação da Constituição, pela Consolidação das Leis Trabalhistas, a licença maternidade correspondia ao período de 90 dias em que a empregada gestante teria seu contrato de trabalho suspenso, e receberia integralmente o valor do salário pago pelo empregador, o que posteriormente seria abatido da quantia que deveria ser recolhida à Previdência Social. Entretanto, o artigo 7º, XVIII, da Carta de 88, determinou que esse período se ampliasse, fazendo com que fossem acrescidos mais 30 dias, totalizando o período de licença em 120 dias, pagos pelo empregador e custeados pelo INSS.

O cenário se manteve estável até o advento da Emenda constitucional nº 20, ao passo que essa determinava um limite máximo para o valor dos benefícios custeados pela previdência, sendo assim, em seu Art. 14, foi fixado um teto de R\$ 1.200,00. Tal fato repercutiu grandemente na esfera trabalhista e previdenciária, pois o empregador se achava obrigado a recolher somente esse valor. O INSS negava tal interpretação e afirmava que o empregador deveria pagar integralmente o salário, porém o valor descontado e custeado pela previdência seria o determinado na emenda. Ora, tal conjuntura visivelmente prejudicava as empregadas que recebessem um salário maior que o teto estipulado, ao passo que, se ocupassem cargos mais altos, com remuneração superior, representariam altos custos ao empregador. Era flagrante o prejuízo causado, pois havia o cerceamento do acesso da mulher ao mercado de trabalho.

Diante de tal violação ao princípio isonômico, foi ajuizada, pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, junto ao Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Constitucionalidade 1946, cujo conteúdo da decisão corresponde:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma

desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias".

2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. **Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença.** Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. (*Grifou-se*).

4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República.

5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, **a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante,** a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. (*Grifou-se*).

6. Plenário. Decisão unânime [5].

É importante ressaltar que além dos casos de empregadas gestantes, será concedido o benefício para empregadas adotantes de crianças e as que obtêm guarda judicial para fins de adoção, segundo o disposto no Art. 392-A da CLT, a duração do período de licença que antes era diferenciada conforme a idade da criança adotada (anteriormente, crianças de até 1 ano correspondiam ao período de 120 dias; até 4 anos, 60 dias; até 8 anos, 30 dias de licença) foi uniformizada pelo Art. 8º da Lei 12.010/2009, a Lei de Adoção, pois esse revogou a distinção existente, estabelecendo assim o período de 120 dias, idêntico da idade da criança. Vê-se assim que, o direito à licença-maternidade não está condicionado ao nascimento do filho, muito menos com a amamentação em si, conforme uma análise superficial poderia supor, a questão está ligada ao aspecto afetivo, de acolhimento da criança. O objetivo central do instituto aparece como o favorecimento da construção, nas palavras de Sergio Pinto Martins da: "sensibilidade da vida da criança"[6].

Ademais, regem a licença maternidade no Brasil, a lei nº 11.770/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã destinado a ampliar o período de duração da licença por mais 60 dias às empregadas das pessoas jurídicas que aderirem ao atinente programa. Também merece destaque o Dec. nº 4.377/2002, que aprovou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assinada pela República Federativa do Brasil, em Nova York, no dia 31 de março de 1981. Tal decreto é de primordial importância para a análise da questão de gênero no Brasil, conforme poderá constar-se adiante.

A licença paternidade, no Brasil, antes de se tornar um direito dos homens, era matéria frequente nas negociações coletivas. Posteriormente, o governo legislou sobre o tema e estabeleceu na Constituição Federal de 1988, a obrigatoriedade da licença paternidade com a fixação do ínfimo prazo de cinco dias. Tal prazo é manifestamente insuficiente para um

ordenamento que deveria, pelo princípio isonômico, reconhecer os homens também como sujeitos de direitos no exercício das responsabilidades familiares e na possibilidade de conciliar trabalho e família.

Vê-se que, no Brasil, a construção dos institutos apresenta trajetória conturbada e esses não são suficientes para suprir os objetivos que os constituíram, visto que eles subincluem diversas situações e não favorecem a igualdade entre homem e mulher, pois ao aplicá-los há a dificuldade da inserção e manutenção da mulher no mercado de trabalho.

## **2. Análise da licença parental nos ordenamentos jurídicos estrangeiros**

Enquanto o ordenamento legal brasileiro ainda demonstra-se em discrepância com os princípios apregoados pela nova ordem jurídica constitucional, o ordenamento estrangeiro, em contrapartida, apresenta-se em satisfatória conformidade com os direitos fundamentais e com os atuais arranjos principiológicos.

Ao vislumbrar efetivar princípios como a igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos, a igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento de homens e mulheres, no âmbito da atividade profissional e do emprego, visando facilitar aos progenitores a conjugação das responsabilidades profissionais e parentais e a sua posterior reintegração no mercado de trabalho, o Conselho da União Europeia, editou na cidade de Bruxelas, em 18 de junho de 2009, a Diretiva 2010/18/UE que revisa o acordo-quadro sobre licença parental, celebrado pelos parceiros sociais europeus, nos seguintes termos[7]:

(6) Em 18 de Junho de 2009, aquelas organizações assinaram o acordo-quadro revisto sobre licença parental ("acordo-quadro revisto") e transmitiram à Comissão um pedido conjunto para que apresentasse uma proposta de decisão do Conselho com vista à aplicação do acordo-quadro revisto.

(7) No decurso das suas negociações, os parceiros sociais europeus reviram completamente o acordo-quadro de 1995 relativo à licença parental. Por conseguinte, a Diretiva 96/34/CE, mais do que simplesmente alterada, deverá ser revogada e substituída por uma nova diretiva.

(8) Atendendo a que os objetivos da presente diretiva, a saber, melhorar a conciliação da vida profissional, privada e familiar dos trabalhadores com filhos e a igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho em toda a União, não podem ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros e podem, pois, ser melhor alcançados ao nível da União, a União pode tomar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5.º do Tratado da União Europeia. Em conformidade com o princípio da proporcionalidade consagrado no mesmo artigo, a presente diretiva não excede o necessário para atingir aqueles objetivos.

Dessa forma, acordaram-se as seguintes disposições:

**1.** Por força do presente acordo, é concedido aos trabalhadores de ambos os sexos um direito individual à licença parental pelo nascimento ou pela adoção de um filho, para dele poderem cuidar até uma determinada idade que poderá ir até aos oito anos, a definir pelos Estados-Membros e/ou pelos parceiros sociais.

**2.** A licença é concedida por um período mínimo de quatro meses e, no intuito de promover a igualdade de oportunidades e tratamento entre homens e mulheres, deve, em princípio, ser concedida numa base não transferível. Para incentivar uma maior igualdade entre ambos os progenitores no gozo da licença, pelo menos um dos quatro meses não

pode ser transferido. As modalidades de aplicação do período não -transferível são definidas a nível nacional, mediante legislação e/ou convenções coletivas, tendo em conta as disposições existentes nos Estados-Membros em matéria de licenças.

À vista disso, a licença parental mostra-se um instituto equalizador das condições de acesso e permanência no mercado de trabalho e também das relações familiares, pois permite que durante o período mínimo de quatro meses, pai e mãe participem ativamente do cuidado da criança. Conforme analisado nos trechos da Diretiva 2010/18/UE, cabem aos Estados-Membros, segundo o acordo estipulado, legislar sobre a aplicação da licença parental.

À título de exemplificação e comparação com nosso ordenamento, foram selecionadas para análise de aplicabilidade, as leis de licença parental dos seguintes Estados: Portugal, Espanha e Suécia [8].

### **2.1. Legislação portuguesa**

Em nome do conceito de maternidade segura e a fim de melhorar o acesso ao planeamento familiar, aos serviços de saúde reprodutiva, e preocupado em cumprir os compromissos assumidos nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio [9] 4 e 5, Portugal adota um ordenamento jurídico bastante sensível para as questões de gênero, apresentando a parentalidade como um mecanismo de objetivo duplo: preservar a saúde no âmbito familiar e assegurar a manutenção do emprego feminino. No ordenamento português a aplicação da licença maternidade é regida pelo Decreto Lei n.º 91/2009, o qual determina que [10]:

**Artigo 11.º** O subsídio parental é concedido durante o período de impedimento para o exercício da atividade laboral e compreende as seguintes modalidades:

- a) Subsídio parental inicial;
- b) Subsídio parental inicial exclusivo da mãe;
- c) Subsídio parental inicial de um progenitor em caso de impossibilidade do outro;
- d) Subsídio parental inicial exclusivo do pai.

#### **Artigo 12.º Subsídio parental inicial**

**1.** O subsídio parental inicial é concedido pelo período até 120 ou 150 dias consecutivos, consoante opção dos progenitores, cujo gozo podem partilhar após o parto, sem prejuízo dos direitos da mãe a que se refere o artigo seguinte.

**2.** Os períodos referidos no número anterior são acrescidos de 30 dias consecutivos nas situações de partilha da licença, no caso de cada um dos progenitores gozar, em exclusivo, um período de 30 dias consecutivo, ou dois períodos de 15 dias consecutivos, após o período de gozo de licença parental inicial exclusiva da mãe, correspondente a seis semanas após o parto.

**3.** No caso de nascimentos múltiplos, aos períodos previstos nos números anteriores acrescem 30 dias por cada gêmeo além do primeiro.

**4.** A concessão do subsídio parental inicial depende de declaração dos beneficiários dos períodos a gozar ou gozados pelos progenitores, de modo exclusivo ou partilhado.

#### **Artigo 16.º Subsídio parental alargado**

O subsídio parental alargado é concedido por um período até três meses a qualquer um ou a ambos os progenitores alternadamente, nas situações de exercício de licença parental alargada para assistência a filho integrado no agregado familiar, impeditivas do exercício de atividade laboral, desde que gozado imediatamente após o período de concessão do subsídio parental inicial ou subsídio parental alargado do outro progenitor.

#### **Artigo 17.º Subsídio por adoção**

**1.** O subsídio por adoção é concedido aos candidatos a adoptantes nas situações de adoção de menor de 15 anos, impeditivas do exercício de atividade laboral, exceto se se tratar de adoção de filho do cônjuge do beneficiário ou da pessoa com quem o

beneficiário viva em união de facto e corresponde, com as devidas adaptações, ao subsídio parental inicial e ao subsídio parental alargado.

2. Em caso de incapacidade física ou psíquica, medicamente comprovada, ou de morte do beneficiário candidato a adoptante sem que este tenha esgotado o direito ao subsídio, o cônjuge que seja beneficiário tem direito ao subsídio pelo período remanescente ou a um mínimo de 14 dias, ainda que não seja candidato a adoptante, desde que viva em comunhão de mesa e habitação com o adoptado.

3. No caso de adopções múltiplas, aos períodos previstos nos números anteriores acrescem 30 dias por cada adopção além da primeira.

Além disso, o presente decreto cria a possibilidade de prolongamento da licença parental inicial por mais seis meses adicionais que serão subsidiados pela segurança social. O subsídio parental alargado com a duração de três meses é concedido a um ou a ambos os cônjuges alternadamente, desde que a respectiva licença seja gozada no período imediatamente subsequente à licença parental inicial ou à licença complementar, na modalidade de alargada, pelo outro cônjuge. Cabe também ressaltar que em Portugal existe um mecanismo nacional de igualdade entre homens e mulheres no trabalho e no emprego, sob a tutela do Ministério da Economia e do Emprego, denominado Comissão para Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) que tem como uma das suas principais atribuições: promover a igualdade e a não discriminação entre mulheres e homens no mundo laboral; a proteção na parentalidade e fomentar a conciliação da vida profissional, familiar e pessoal dos cidadãos portugueses.

Dessa maneira, vê-se que a proteção prevista na lei portuguesa concretiza-se na atribuição de prestações pecuniárias destinadas a garantir rendimentos substitutivos originados, em sua maioria da maternidade, paternidade e adoção.

## **2.2. Legislação espanhola**

Conforme os demais países integrantes da União Europeia, a Espanha teve que adaptar sua legislação para que essa estivesse em consonância com a Diretiva 2010/18/UE, dessa forma, ampliou a ação protetora da Seguridad Social no Real Decreto 295/2009, que em seu preâmbulo afirma como objetivo a igualdade efetiva entre homens e mulheres, favorecendo a vida laboral e familiar. O Real Decreto 295/2009 estabelece:

### **Artigo 3. Beneficiários.**

1. Serão destinatários do subsídio de maternidade, os trabalhadores, empregados ou autônomos, qualquer que seja seu sexo, incluída no âmbito de aplicação deste capítulo, que desfrutem das pausas ou autorizações referidas no artigo 2, desde que satisfaçam a condição geral de serem filiados e registrados, ou em situação equivalente em um regime de sistema de seguridad social e provar os períodos mínimos de contribuição necessária em cada caso.

2. Enquanto o período de licença de maternidade, adoção ou famílias de acolhimento é apreciado, simultânea ou sucessivamente, pelos progenitores, adotivos ou acolhedores, terão ambos a condição de beneficiários de prestações, sempre que reúnam de forma independente os requisitos mínimos.

### **Artigo 7. Cálculo de benefício.**

1. Para o cálculo do subsídio de maternidade, o salário-base será equivalente ao o que é estabelecido para os benefícios por incapacidade temporária derivadas das contingências comuns, com referência à data de início do período de descanso. No entanto, durante o disfrute dos períodos de descanso em regime de jornada a tempo parcial, a base reguladora do subsídio se reduzirá em proporção inversa a redução que tenha experimentado na jornada laboral.

2. No caso dos trabalhadores contratados a tempo parcial, a base diária do subsídio será determinada pela divisão do somatório das bases de contribuição creditadas na empresa durante os doze meses imediatamente anteriores à data de início do período de suspensão do trabalho, entre os 365 dias. Se o período de antiguidade do trabalhador na empresa for inferior, a base regulamentar do benefício será determinada pela divisão do somatório das bases de contribuição creditadas no número de dias de calendário a que a estes correspondem.

#### **Artigo 8. Nascimento, duração e extinção do direito**

6. Também, no caso de ambos os progenitores trabalharem, quando a mãe, ao início do período de licença de maternidade, tenha optado para que o outro progenitor disfrute de uma parte do dito período, este poderá seguir fazendo uso do período de suspensão por licença maternidade, inicialmente cedido e receber, se reunir os requisitos, o correspondente subsídio, ainda que o momento previsto para reincorporação da mãe ao trabalho já se encontre em situação de incapacidade temporal.

Logo, observa-se que na Espanha, ainda que se utilize a nomenclatura “licença maternidade”, o subsídio é concedido a ambos os progenitores e é aplicado aos adotantes e acolhedores, mostrando mais uma vez que o instituto preza pelo interesse da família, e principalmente pela promoção do cuidado à criança.

### **2.3. Legislação sueca**

No território sueco, a licença parental é regida pela Lei de Licença Parental (1995: 584), presente no Código Sueco dos Estatutos. Nesse Estado, ambos os pais, de maneira conjunta, têm direito a 16 meses de licença remunerada por criança. Durante este período, por 13 meses têm direito a 80% da renda anterior, de acordo com limites impostos pela legislação. O pai, como indivíduo, tem o direito à licença parental remunerada de dois meses, essa é intransferível durante o período total dos 16 meses. Dessa forma, os restantes 12 meses podem ser livremente compartilhados entre os pais. O direito de se ausentar do trabalho em tempo integral termina com os completos 18 meses da criança. Dentre as demais postulações, destacam-se as seguintes:

#### **Quem se sujeita à lei**

§ 1 O empregado tem o direito como um pai para tirar a licença de seu emprego nos termos da presente lei.

#### **Um acordo entre patrões e empregados**

§ 2 Um acordo em que os direitos dos trabalhadores ao abrigo desta lei são restritos é inválido a esse respeito.

#### **Proibição de tratamento injusto**

§16 Um empregador não pode discriminar um candidato a emprego ou trabalhador por motivos relacionados com a licença parental nos termos desta Lei.

Nota-se uma grande preocupação do Estado sueco com a efetividade do instituto da licença parental, pois evita que acordos entre empregados e empregadores possam diminuir a abrangência do benefício, assim como busca impedir a discriminação por conta da utilização do mesmo.

Também é importante acrescentar o presente na análise de Carlos Aurélio Pimenta de Faria, o autor destaca que em 1974, quando a Suécia se tornou o país pioneiro na implementação do sistema de licença parental remunerada não existiam os meses de usufruto exclusivo. Assim, os pais deliberavam por conta própria o modo como a licença seria

compartilhada. Entretanto, como o objetivo oficial era fomentar a igualdade entre os sexos, a legislação foi modificada e os meses de uso exclusivo foram introduzidos em 1995 [11].

### **3. Interpretação do instituto da licença parental à luz dos princípios constitucionais brasileiros**

O ordenamento jurídico e as políticas públicas nacionais, genericamente, foram arquitetados para um modelo padronizado de família tradicional, ou seja, patriarcal e heterossexual. Nele, o homem ocupa o lugar principal, de provedor e a mulher aparece como a auxiliadora, assumindo sempre um papel social secundário.

Percebe-se que há uma naturalização pela sociedade de que a ideia de maternidade está predestinada a todas integrantes do sexo feminino. Os conceitos de fertilidade, procriação, cuidado, atenciosidade, zelo, são expostos como se esses estivessem necessariamente atrelados ao gênero [12] e por isso, compõem o arcabouço de características que teoricamente constituem a definição de mulher. Pode-se, portanto, compreender que se esses são conceitos construídos e as funções exercidas por homens e mulheres são determinadas através de papéis sociais [13]. Contudo, assumir que há esse tipo de predeterminação e que o sexo é um fator de diferenciação no convívio social, de modo que um sexo exerça um papel social que lhe confere posição privilegiada, em detrimento do outro, vai de encontro com as diretrizes que constituem os postulados da chamada Constituição Cidadã.

O inciso IV do Art. 3º da Constituição dispõe que dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está a promoção do bem-estar de todos, sem distinções de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de discriminação. Segundo essa lógica, é evidente que uma sociedade que elenque o princípio da isonomia, que é conceituado nas palavras do constitucionalista José Afonso da Silva, como: “signo fundamental da democracia” [14] deve buscar mecanismos para que ela seja efetiva e ultrapasse meros enunciados escritos em uma folha de papel.

Segundo Carlos Roberto de Siqueira Castro, o princípio da isonomia padece de um grande dilema: sua impotência virtual para diminuir ou eliminar a desigualdade material. Devido à sua falta de conteúdo concreto, o princípio como letra isolada não é capaz de mudar a realidade, nem as ideologias que baseiam o pensamento social [15], justamente por isso, o professor defende que:

A tendência do constitucionalismo contemporâneo é no sentido de não mais limitar-se à enunciação de um postulado formal e abstrato de isonomia jurídica, mas sim de fixar na Constituição medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados do Estado, ou, então de exigir, mediante coordenadas e indicativos precisos, que o legislador ordinário adote tais medidas [16].

Nessa perspectiva, a licença parental, ao proporcionar que ambos os pais cuidem da criança, seja ela recém-nascida, ou adotada, fomenta a igualdade de tratamento entre os sexos. Por tal razão, seria uma medida efetiva por parte do Estado para concretizar o princípio da isonomia. Tendo em vista que a ordem social patriarcal, que apresenta como obrigação exclusivamente feminina o cuidado do lar, torna-se insustentável diante da relevante participação da mulher na vida ativa social e no mercado de trabalho, a mera aceitação e naturalização da dupla jornada, não condizem com modelo de sociedade apregoadó na Constituição, aqui, representado em maestria no art. 226, §5º, CF [17]. Coaduna-se a essa visão o excerto do Decreto Legislativo nº 4.377/2002:

Tendo presente a grande contribuição da mulher ao bem-estar da família e ao desenvolvimento da sociedade, até agora não plenamente reconhecida, a importância social da maternidade, a função dos pais na família e na educação dos filhos, e



conscientes de que o papel da mulher na procriação não deve ser causa de discriminação, mas sim que a educação dos filhos exige a responsabilidade compartilhada entre homens e mulheres na sociedade, como conjunto, de forma que para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher é necessário modificar o papel tradicional, tanto do homem, como da mulher na sociedade e na família. (Grifou-se).

Sendo assim, o instituto da licença maternidade, nos moldes que atualmente impera no nosso ordenamento, apresenta-se em descompasso com o princípio da isonomia, pois favorece a manutenção de uma estipulação social que, culturalmente, utiliza mecanismos discriminatórios entre os gêneros, para compor os “papéis sociais”.

Além disso, a licença parental preza pela proteção à infância, que também é princípio constitucional, inserido no rol de direitos fundamentais, consagrado no Art. 227 [18], pois visa que essa seja acolhida e possa conviver com ambos os pais para crescer de maneira saudável e feliz, salva de toda a forma de negligência.

Pode-se fundamentar também a aplicação do instituto no direito à busca da felicidade, recentemente consagrado na jurisprudência brasileira, visto que ao proporcionar a possibilidade de maior contato com a criança para o pai, se oferece a ele o direito à convivência familiar. Ademais, prevê situações em que diferentes tipos de família, como a monoparental e a homoafetiva, poderão ser também beneficiados diante de um nascimento ou adoção de uma criança.

Baseando-se em tais princípios, a magistrada Ângela Cristina Carvalho Mota Luna, da 4ª Vara do Trabalho de São Luís, em abril de 2013, estendeu o benefício da licença em igual período ao da licença maternidade a um pai solteiro que havia adotado uma criança. Na decisão, que foi de ampla circulação na mídia, a juíza deferiu o pedido de tutela antecipada feita pelo empregado e concedeu-lhe 120 dias de licença. Embora a concessão de tal período não estivesse expressamente prevista no texto legal para um pai solteiro que adotasse um filho menor, evidentemente não poderia ser negada, porque o fundamento da mesma é justamente o de proporcionar à criança um período de tempo integral a família. Conforme a decisão nota-se que a responsabilidade pela concretização do direito fundamental à proteção da infância e do princípio da dignidade humana, contidos na Constituição, não está atrelada ao sexo [19].

Pode-se perceber, portanto, que a diversidade de arranjos familiares atualmente existentes e a urgente necessidade de modificação da visão cultural do gênero trazem ao ordenamento jurídico e ao aplicador do direito o desafio de concretizar as estipulações constitucionais formais em reais.

#### **4. A construção de um mercado de trabalho mais equitativo**

Segundo a socióloga Cristina Bruschini [20] as necessidades e as possibilidades de trabalho da mulher dependem tanto de fatores econômicos como da posição que a mulher ocupa no grupo familiar. Logo, em sua visão, o trabalho feminino sofre imposição de limites pelos fatores familiares, posto que é diretamente afetado pela responsabilidade pela guarda, do cuidado e da educação dos filhos e pela insuficiência de creches. Diante disso, a autora conclui em sua análise que uma nova divisão de trabalho na família mostra-se primordial.

No Brasil, a entrada da mulher no mercado de trabalho não foi engendrada com um arcabouço de medidas sociais estratégicas. Elizabeth de Souza-Lobo afirma tal fato e ao comparar a inserção feminina no mercado brasileiro com outros países e analisar as diferenças entre eles, atesta que a ausência do desenvolvimento de tais medidas sociais faz com que ainda haja, no Brasil, a manutenção estrutural discriminatória e nociva das condições de trabalho das mulheres [21].

Uma melhoria, contudo, pode ser presenciada no ano de 2002, quando o Estado brasileiro promulgou no Dec. Nº 4.377/2002 a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assinada desde 1981, na cidade de Nova York. Tal

Convenção determina que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, de modo que constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família. Por tal motivo, a aplicação dessa lei faz-se urgente. Um dos destaques do presente decreto, que merece máxima atenção no que tange a esse estudo, está no artigo 11, 2, c, que determina o que se segue:

**Artigo 11**

2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-Partes tomarão as medidas adequadas para:

c) Estimular o fornecimento de serviços sociais de apoio necessários para permitir que os pais combinem as obrigações para com a família com as responsabilidades do trabalho e a participação na vida pública, especialmente mediante fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinados ao cuidado das crianças.

Vê-se, portanto, que já é reconhecida, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a necessidade de se adotar medidas que assegurem que a mulher possa cumprir dignamente o seu direito de trabalhar. Uma das determinações apontadas encontra respaldo justamente no argumento central que justifica a implantação da licença parental como medida social estratégica: a divisão das obrigações dos pais para com a família.

A notável doutrina de Mauricio Godinho Delgado ensina que há uma relação estreita entre trabalho e direitos humanos, ao passo que é por meio do ramo trabalhista e previdenciário que “os direitos humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana [22], pois, segundo o ministro, o direito do trabalho regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema social e busca através disso, assegurar a esses assegurar a individualidade no meio econômico e social ao postular direitos e garantias no âmbito de expressão laboral.

Ora, sendo o direito ao trabalho uma vertente próxima aos direitos humanos, tamanha sua importância na construção individual e social, de forma alguma pode ser cerceado ou negado. Pelo contrário, sua efetividade deve ser estimulada.

Em contrapartida, ainda existe o entendimento de que os encargos gerados ao empregador serão maiores se ele optar pela contratação de pessoas do sexo feminino, sendo assim, nota-se que as condições biológicas de progenitora repercurtem socialmente no mercado de trabalho. Entretanto, sabe-se que essa interpretação é inconcebível sob o prisma dos direitos fundamentais e não pode ser mantida.

Os danos sofridos pela mulher estendem-se desde o momento da contratação, em que normalmente é questionada sobre o desejo de ser ou não mãe, até a manutenção do emprego, pois quando se afasta do ambiente de trabalho por diversos meses, em nome do cuidado da criança, logicamente encontra dificuldades no momento da reintegração.

É com esse quadro de reivindicações que alguns projetos relativos ao tema já tramitam no Congresso Nacional brasileiro. O Projeto de Lei nº 3.935, do ano de 2008, que atualmente tramita em fase conclusiva, para apreciação na Câmara dos Deputados [23], de cunho mais modesto, propõe que a licença paternidade seja estendida para 15 dias, fulcrado no argumento de maior aproximação do pai e da criança. De forma mais arrojada, o Projeto de Lei nº 4.853, do ano de 2009, que tramita apensado ao PL nº 3.935/2008, propunha uma extensão do benefício de licença paternidade para 30 dias, porém no último parecer, do relator da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, prevaleceu o período de 15 dias do primeiro projeto, o que, evidentemente, foi um manifesto retrocesso. Contudo, também

segue em tramitação, o Projeto de Lei nº 6.753, do ano de 2010, que apresenta o caráter mais avançado, pois em sua proposta, equipara o tempo de licença entre os sexos e assume a expressão: “licença parental”. Entre as determinações do projeto os seguintes dispositivos podem ser destacados:

**Art. 393-A.** Ao empregado é assegurada a licença paternidade por todo o período da licença maternidade ou pela parte restante que dela caberia à mãe, em caso de morte, de grave enfermidade, ou do abandono da criança, bem como nos casos de guarda exclusiva do filho pelo pai.

**Art. 393-B.** O empregado faz jus à licença paternidade, nos termos do art. 392-A, no caso de adoção de criança, desde que a licença-maternidade não tenha sido requerida.

Por conseguinte, é notório que a regulação da proposta de licença parental é indispensável, pois se a responsabilidade familiar for dividida por ambos os progenitores, o peso dos ônus sofridos pelo sexo feminino no acesso e na permanência do mercado de trabalho será diminuído, o que por sua vez, torna a situação entre os sexos no âmbito trabalhista mais párea e equitativa.

### **Conclusões**

O presente estudo gira em torno de problemas que ainda estão em debate e apresenta um balanço provisório e conjuntural da aplicabilidade do instituto da licença parental no ordenamento jurídico brasileiro, à luz dos princípios constitucionais, no que concerne à construção de um mercado de trabalho que possibilite a igualdade de condições entre homens e mulheres.

Nessa perspectiva, a licença parental encontra respaldo na atual conjuntura do direito brasileiro. A demanda pela normatividade dos princípios constitucionais traz à tona as insuficiências que determinados institutos, como a licença maternidade e da licença paternidade, apresentam. As mudanças hermenêuticas vivenciadas por diversos ramos da ciência jurídica, influenciadas pela leitura constitucional, possibilitaram a construção de uma visão de direito que ultrapassa a mera exegese da análise fria da lei. Sendo assim, um instituto que sustenta estruturas arcaicas e discriminatórias necessita de revisão urgente, visto que não pode encontrar aplicação diante de manifesta inconstitucionalidade.

A necessidade de mudança da atual estrutura de aplicação da licença maternidade e da licença paternidade se faz notória diante da gama de necessidades sociais que não são abarcadas por ela. Como correção e resposta a demandas sociais, já houve essa mudança em alguns países do cenário internacional, como se constar.

A igualdade de oportunidade e de tratamento entre homens e mulheres deve ser efetivada através de medidas sociais estratégicas, como a qual aqui se defende, pois é inconcebível, diante da perspectiva do direito de gênero e que a naturalização da responsabilidade familiar recaia exclusivamente sobre o sexo feminino. Uma legislação que tem estabelecido como fundamental em sua Carta Magna, o princípio isonômico deve zelar pela sua efetividade, posto que, nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha: “igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção imperativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental” [24].

Como já visto, a visão que prega a obrigação exclusivamente feminina no cuidado do lar, advém da estrutura cultural patriarcal que necessita ser combatida. A relevante participação da mulher na população economicamente ativa e no mercado de trabalho torna a naturalização e favorecimento da dupla jornada absurda, principalmente porque não apresenta congruência com arquétipo de sociedade difundido na Constituição.

Sob o prisma da igualdade, das mudanças estruturais no conceito de família e do reconhecimento do direito do trabalho como vertente próxima aos direitos humanos, a licença parental aparece como alternativa ideal. Justamente por proporcionar que ambos os pais estejam presentes no cuidado da criança, favorece a igualdade de tratamento entre os sexos no âmbito familiar e consequentemente no âmbito laboral.

## Notas

[1] Adota-se o conceito de patriarcado difundido por Heleieth Saffioti. A autora o define como uma sistemática social de dominação-exploração, que estabelece relações hierárquicas entre homens e mulheres, em que essas vivenciam uma situação de opressão. Em suas palavras: “Isto posto, pode-se concluir que o patriarcado não se resume a um sistema de dominação, modelado pela ideologia machista. Mais do que isto, ele é também um sistema de exploração. Enquanto a dominação pode, para efeitos de análise, ser situada essencialmente nos campos político e ideológico, a exploração diz respeito diretamente ao terreno econômico”. SAFFIOTI, H.I.B. **O poder do macho**, p.50.

[2] ALBUQUERQUE, F. S. *apud* DIAS, M. B., **Manual do Direito das Famílias**, p. 43.

[3] DELGADO, M.G. **Curso de direito do trabalho**, p. 77.

[4] FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego 2003-2011. Disponível em:

<[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/Mulher\\_Mercado\\_Trabalho\\_Perg\\_Resp\\_2012.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf)>, acesso em 27 jul. 2013.

[5] STF, ADI 1946 DF, DJ 16-05-2003 PP-00090 EMENT VOL-02110-01 PP-00123, Rel. Sydney Sanches, julgamento: 02/04/2003.

[6] MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**, p. 263.

[7] Os termos de número 6,7 e 8 foram selecionados para melhor compreensão do objetivo da Diretiva.

[8] Por opção metodológica foi feito o recorte temático dos principais artigos da legislação concernentes ao objetivo visado no presente artigo. A exposição de todos, embora desejável para uma completa compreensão das legislações estrangeiras, estaria além do objetivo central da pesquisa.

[9] Disponível em:

<[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/gender\\_julho.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/gender_julho.pdf)>, acesso em 10 mai. 2013.

[10] O presente Decreto Lei trata de diversos outros tipos de subsídios que também promovem a parentalidade em Portugal, como o por risco clínico durante a gravidez; o por interrupção da gravidez; o por riscos específicos; o para assistência a filho; o para assistência a filho com deficiência ou doença crônica e o para assistência a neto, todos esses benefícios demonstram a preocupação da legislação portuguesa em proteger as relações familiares. Contudo, devido ao recorte temático adotado, suas análises foram abdicadas.

[11] FARIA, C. A.P., Entre marido e mulher, o estado mete a colher: reconfigurando a divisão do trabalho doméstico na Suécia. *Revista brasileira de Ciências Sociais*. 2002. vol.17, n.48, pp. 173-196.

[12] O conceito de gênero é amplamente discutido na esfera acadêmica pelas diversas correntes doutrinárias, a linha adotada é similar a da antropóloga americana, Judith Shapiro. Segundo a autora, o conceito de gênero refere-se ao conjunto de construções culturais e psicológicas que se impõem às condições biológicas, cominando assim na atribuição de diferenças sexuais, que por sua vez são arbitrarias e convencionadas de acordo com cada manifestação cultural. SHAPIRO, J., **Anthropology and the study of gender**. *Soundings, an interdisciplinary journal*. 64, n.4, pp. 446-465, 1981.

- [13] Segundo a teoria dos papéis sociais, há fatores externos que influenciam o comportamento humano. De acordo com a postulação de Alice H. Eagly, Wendy Wood e Amanda B. Diekman, tal teoria é originada justamente do esforço para entender as causas das diferenças e similitudes sexuais no comportamento social. EAGLY, A. H.; WOOD, W.; DIEKMAN, A. B., **Social rule theory of sex differences and similarities: a current appraisal**. In ECKES, T.; TRAUTNER, H. M., **The Developmental Social Psychology of Gender**, p. 123.
- [14] SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. p. opressão.
- [15] CASRTO, C.R.S. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. p.52.
- [16] Ibid., p. 52.
- [17] Art. 226. § 5º, CF. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
- [18] 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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
- [19] Disponível em: <<http://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/100485254/juiza-do-trabalho-concede-licenca-paternidade-a-pai-solteiro-que-adotou-menor>>, acesso em 15 jul. 2013.
- [20] BRUSCHINI, C. **O trabalho da mulher no Brasil: tendências recentes**. In SAFFIOTI, H.I.B; MUÑOZ-VARGAS, M. **Mulher brasileira é assim**, pp. 67-68214.
- [21] SOUZA-LOBO, E.. **Masculino e feminino na prática e nos discursos sindicais no Brasil**. In: SOUZA-LOBO, E.. **A Classe Operária tem dois sexos**, pp.64-65.
- [22] DELGADO, M.G. Op. cit., pp. 81-82.
- [23] O projeto de lei é de autoria da Senadora Patrícia Saboya, PDT/CE, e tramitava no Senado sob o número 666/07.
- [24] Rocha, C.L.A. apud SILVA, J.A. Op. Cit. P. 217.

### Referências Bibliográficas

- CASTRO, C. R. S. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983. 298p.
- DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 862p.
- DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. 1488p.
- ECKES, T.; TRAUTNER, H. M. **The Developmental Social Psychology of Gender**. Nova Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2000. 488p.
- FARIA, C. A. P. **Entre marido e mulher, o estado mete a colher: reconfigurando a divisão do trabalho doméstico na Suécia**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. 2002. vol.17, n.48.
- MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 895p.
- SAFFIOTI, H. I.B. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987. 120p.
- SAFFIOTI H. I.B.; MUÑOZ-VARGAS, M. **Mulher Brasileira é assim**. Rio de janeiro: Rosa dos Tempos, 1999. 283p.

SHAPIRO, J., **Anthropology and the study of gender**. Soundings, an interdisciplinary journal. 64, n.4, pp. 446-465, 1981.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. 863p.

SOUZA-LOBO, E. **A classe operária tem dois sexos: trabalho, dominação e resistência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991. 285p.