

LICENÇA MATERNIDADE E LICENÇA PATERNIDADE

Mariana Pires Martins Mariano

Graduanda em Direito,
Faculdades Integradas de Três Lagoas – FITL/AEMS

Danilo Medeiros Pereira

Mestre em Teoria do Direito e do Estado pela Fundação Educacional Eurípides Soares da Rocha (Univem – Marília/SP); Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul; Advogado; Docente nas Faculdades Integradas de Três Lagoas – FITL/AEMS

RESUMO

A licença maternidade é um direito das mulheres de ficar com seu filho para o seu desenvolvimento sadio e necessário, já a licença paternidade é um direito dos homens, mas com pouco tempo de cuidar de seu filho, tal desigualdade será abordada ao longo desse presente artigo. A cultura patriarcal demonstra a dominação do homem sobre a mulher naquele tempo, a mulher tinha como função ser mãe e dona de casa na época dos patriarcas, entretanto, graças ao desenvolvimento ético onde as pessoas começaram a olhar a mulher como um ser integrante da sociedade, a cultura com a impulsão dos tratados internacionais foram sendo mudada no dia-a-dia da mulher e econômico onde as mulheres entraram no mercado de trabalho ganhando seu espaço e se capacitando para ser uma ótima profissional e isso ocorre cada vez mais, por isso a necessidade desse auxílio que é a licença maternidade. A licença paternidade foi necessária devida esse desenvolvimento cultural os homens passaram a ter mais responsabilidade com os deveres de casa, pois, além de trabalhar para garantir o sustento da família agora deve ser pai responsável. Houve uma mudança de paradigma no que diz respeito a adoção, os filhos fora do casamento eram considerados ilegítimos, agora são considerados legítimos buscando a proteção e melhor desenvolvimento da criança para reforçar esse direito temos o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990).

PALAVRAS-CHAVE: licença paternidade; licença maternidade; igualdade.

1 INTRODUÇÃO

Existe uma desigualdade entre a licença maternidade e a licença paternidade, a licença maternidade tem o período de 120 dias e a extensão para 180 dias, com a Lei 11.770/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã e a licença paternidade o período de 5 dias segundo o artigo 10, § 1º, da Atos de Disposições Constitucionais Transitórias e quem faz parte do Programa Empresa Cidadã é de 20 dias o período da licença. O princípio da igualdade segundo a Constituição Federal de 1988 busca igualar os direitos entre os gêneros. A história do direito do trabalho vem da necessidade humana de produzir seus meios de sobrevivência, sendo classificado pelos historiadores num processo de escravismo, feudalismo e capitalismo, o escravo era tratado como mercadoria valia dinheiro e depois não precisava mais pagar nada pelo seu trabalho, já o feudalismo a relação era com os Senhores Feudais uma troca de trabalho, com o liberalismo o Estado começou a atuar nas relações econômicas

deu-se o início do capitalismo que visa o acúmulo de capitais. Importante ressaltarmos as mudanças que houve com o Estatuto da Criança e do Adolescente no que diz respeito à adoção, ocorreu também a extensão da gestante adotante o direito da mulher gestante ter a licença maternidade no emprego e no que diz respeito à estabilidade da mulher gestante fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

2 HISTÓRIA DOS DIREITOS DAS MULHERES

Alguns pontos importantes da história dos direitos das mulheres são: a mulher alguns séculos atrás, não era considerada como pessoa “pública”, a sua origem era ser criada para casar, ser mãe, dona de casa e assim por diante, a vida era apenas do portão para dentro. A forma de tratamento de uma mulher era semelhante à de um escravo na época da escravidão, um ser “mandado”, imposto o modo de viver, não era digna de escolher nem o próprio companheiro e tudo isso para honrar o nome da família na qual esta fazia parte.

No processo da Revolução Francesa, a Olympe de Gauges, reclamou o direito de voto às mulheres, o direito de exercer alguma competência, essa mesma mulher propôs um “referendum”, mas a convenção mandou ela para a guilhotina, pelo direito “esquecido as virtudes de seu sexo e intrometer-se em assuntos da República” (VENUCCI, 1999, p.17), nesse contexto pode-se imaginar o quanto a mulher sofria pelo fato de não poder expressar a sua opinião, pelo simples fato de ser mulher.

Um documento não vinculativo, mas que foi um marco absoluto da democracia moderna chama-se: Declaração Universal dos Direitos Humanos. Com a Carta das Nações Unidas que já se mostra um compromisso dos Estados – Membros de cooperarem com a ONU para a promoção do respeito e observação universal dos direitos humanos e das liberdades, sem distinção de raça, sexo, língua e religião, para todos. A partir dos meados da década 70 que a ONU através da Comissão de Direitos Humanos passou a intervir, declarações e intervenções foram adotadas pela ONU, convém citar umas importantes à discriminação racial, à discriminação à mulher, à tortura e às crianças.

Nas conferências internacionais houve uma Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher que foi adotada em 1979,

envolveu a Conferência Internacional da Mulher no México de 1975, que inaugurou a década da Mulher. Na convenção de 1981, onde o Estado adotou medidas para acelerar o processo de equiparação dos direitos entre os homens e as mulheres, pode-se cita-los: direito de votar e ser votada para cargos públicos e órgãos públicos e de exercer funções públicas em todos os níveis; direito de participar da formulação de políticas governamentais e de organizações não-governamentais voltadas para a vida pública e política; igualdade perante a lei; direitos iguais quanto à nacionalidade; direito ao trabalho com igualdade de oportunidades e salários em relação aos homens; igualdade de acesso aos serviços de saúde pública e de planejamento familiar; direitos e responsabilidades iguais no casamento e na relação com os filhos; proteção contra o casamento infantil e a exploração sexual; medidas para modificar padrões culturais de cultura que mantêm as mulheres em situação de inferioridade; medidas para reprimir a prostituição e o tráfico de mulheres.

3 HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

Trabalho é a nomenclatura cujo o resultado deste, é o exercício da função que produz meios para a sobrevivência humana sob um aspecto financeiro e também psicológico. O começo da história do trabalho vem da necessidade humana de buscar meios para satisfazer o seu interesse, segundo os historiadores, houve um processo de trabalho: escravismo, feudalismo e capitalismo.

A relação de escravo com o seu dono era de submissão, o escravo era tratado como mercadoria, não tinha direito nem de falar, não havia jornada de trabalho e muito menos remuneração, um verdadeiro sofrimento. Na era do Feudalismo tinha os Senhores Feudais que tinha o controle de tudo, o trabalho era feito de trocas, trabalhava e em troca tinha proteção política e militar e não tinha condições de trabalhar meio precário, havia muita exploração nas jornadas de trabalho.

Com a Revolução Francesa, destaca-se uma lei chamada Lei *Chapelier* suprimindo as corporações de ofício, segundo destaca Vólia Bomfim Cassar (2012, n.p.) a essa lei:

Extingue as corporações de ofício por serem atentatórias aos direitos do homem e do cidadão, essa lei proibia qualquer agrupamento, coalizão ou reunião pacífica, porque não interessava ao Estado que estas pessoas se reunissem devido à forma política que tais movimentos poderiam obter.

Deu-se início ao liberalismo, o Estado começa a atuar nas relações econômicas, houve um crescimento populacional e a expansão do comércio com máquinas a vapor, mesmo com a industrialização os direitos dos trabalhadores não estava regulamentado, com essa necessidade nasce então os direitos dos trabalhadores. A fase da formação deu-se com a *Lei de Peel* na Inglaterra.

O capitalismo visa o acúmulo de capitais, é um sistema que predomina a propriedade privada, tem ligação com a com os campos econômico, políticos, sociais e culturais. Existe a divisão das classes da sociedade, sendo elas: burguesia – meios de produção; proletários – vivem através da sua força de trabalho e recebe o seu salário; latifundiários os donos de terras no meio agrário ganham lucro sobre os camponeses.

4 LICENÇA MATERNIDADE

A licença maternidade surgiu no Brasil em 1943, era de 84 dias e a mulher recebia pelo empregador, com o passar dos anos houve um crescimento profissional feminino, com a carta de recomendação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) a Previdência Social passou a arcar com os custos da licença maternidade.

A mulher grávida não tinha garantia de emprego e os empregadores dispensavam as mesmas, mesmo que as despesas eram arcadas com os cofres públicos essa situação mudou com a Constituição de 1988 e ampliou de 84 dias para 120 dias.

Depois disso, vieram mudanças infraconstitucionais, como o Decreto 6.690/2008, que assegura aos servidores públicos federais a extensão da licença maternidade para 180 dias, e a Lei 11.770/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã.

A empresa que amplia a licença a suas funcionárias em mais 60 dias, totalizando 180, obtém benefícios fiscais. Estados e Municípios também têm adotado as licenças estendidas a suas servidoras.

Vale lembrar que a mulher tinha como função ser dona de casa, mãe e cuidadora do lar, onde houve necessidade da licença maternidade ser aumentada pois a mulher passou a ser participante da vida econômica e ser uma profissional capacitada para a sua função dentro do mercado de trabalho.

Com a Proposta Emenda Constituição 1/ 2018 aumenta para 180 dias, para as mães, e 20 dias, para os pais, o prazo do afastamento remunerado, esse benefício para igualar a trabalhadores privados aos já garantidos para funcionários públicos.

Para a Senadora Rose de Freitas (PMDB-ES) diz que, o prazo é insuficiente para garantir o atendimento completo às exigências maternais e paternais, especialmente se considerar as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) para a amamentação exclusiva até os seis meses de vida do bebê.

Para a senadora, a ampliação do benefício estabelece parâmetros seguros de uma vida saudável e feliz, num momento crucial da formação, com o estabelecimento de vínculos afetivos entre pais e filhos e acolhimento do recém-nascido.

Art.7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...)
XXX- proibição de diferença de salários, de exercício das funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

Como se vê, o artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, menciona os direitos e garantias, dentro disto os direitos sociais que assegura a igualdade entre homem e a mulher.

4.1 Estabilidade a Mãe Gestante

Com objetivo de inibir a discriminação no mercado de trabalho quando a mulher entra em um estado de gravidez até que seja promulgada uma lei complementar, houve um ato de Disposições constitucionais que diz respeito a estabilidade da mulher gestante que assegura a condição de empregada não podendo ser despedida exceto se cumprir os requisitos que veremos a seguir a garantia de emprego no art. 10, inciso II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7.º, 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”. (BRASIL, 2019)

Há entendimento do Tribunal Superior do trabalho que a estabilidade é provisória no que diz a Súmula 244, inciso II:

Súmula 244: “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”. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2019)

No que diz respeito a empregada doméstica que está gestante também houve uma proteção constitucional que nos explica o doutrinador Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

O art. 7.º, parágrafo único, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional 72/2013, passou a prever expressamente que, atendidas as condições estabelecidas em lei, e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, é assegurado à categoria dos trabalhadores domésticos (no sentido de empregados domésticos), entre outros, o direito previsto no art. 7.º, inciso I, no sentido da “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Sendo assim, também no caso do *contrato de trabalho doméstico*, a confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 25, parágrafo único, da Lei Complementar 150/2015). Com isso, a empregada doméstica também tem direito à garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, válido até a promulgação da lei complementar a que se refere o art. 7.º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. (FILIPE, 2017, p. 618)

Quando o empregador descobria que a empregada estava grávida e fingia que não sabia da gravidez em razão disso despedia a empregada havendo então um cerceamento do direito de exercer a sua estabilidade na relação de emprego devido o fato de estar grávida, veio uma discussão que gerou polêmica a expressão “confirmação da gravidez”, prevista no art. 10, inciso II, do ADCT, temos o entendimento da orientação jurisprudencial que estabelece:

OJ 88: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, *b*, do ADCT)”. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2019)

Estamos nos referindo sobre uma responsabilidade objetiva do empregador quanto ao fato do desconhecimento do estado de gravidez da empregada como nos ensina o doutrinador Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

“Portanto, a responsabilidade do empregador no caso, quanto a essa ciência do estado de gravidez, é objetiva. A discussão que surge, atualmente, refere-se à ausência de ciência pela própria empregada, quanto a seu estado gestacional, no momento da dispensa sem justa causa. Há quem entenda que, se nem a empregada sabia da gravidez quando da cessação do vínculo de emprego, não seria justo assegurar-lhe o direito à garantia de emprego, inclusive em respeito à boa-fé objetiva no âmbito da relação de emprego. No entanto, interpretando-se a disposição constitucional, verifica-se que o direito surge a partir da “confirmação” da gravidez, o que deve ser interpretado de forma ampla e benéfica à gestante, por se tratar de norma de proteção, inclusive em conformidade com o princípio do *in dubio pro operario*, já estudado anteriormente. Desse modo, entendesse que a referida confirmação significa a existência da gravidez, ou seja, em termos médicos e científicos, o momento inicial da gestação. De todo modo, se a empregada encontra-se gestante quando da dispensa sem justa causa, mas só vem a tomar ciência desse seu estado no curso do aviso prévio, trabalhado ou mesmo indenizado (pois este é tempo de serviço), entende-se que a garantia de emprego deve ser reconhecida. A situação acima não se confunde com hipótese bem diferente, relativa a estado gestacional que se iniciou no curso do próprio aviso prévio (indenizado ou trabalhado), caso em que, embora possa existir controvérsia, por já se ter ciência da data de terminação do contrato, entende-se ausente a referida garantia de emprego, da mesma forma como prevê a Súmula 369, inciso V, quanto ao dirigente sindical.” (FILIPE, 2017, p. 2017)

No que diz respeito a empregada gestante no contrato por experiência na redação anterior da Súmula com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho não tinha direito a garantia à estabilidade:

Súmula 244, inciso III, do TST: “Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa”. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2019)

Conforme dito isso com a aplicação da atual redação da Súmula 244, inciso III, do Tribunal Superior do Trabalho, a empregada gestante tem sim direito a garantia à estabilidade no contrato por prazo determinado, isso nos mostra o doutrinador Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

“Entretanto, conforme a atual redação da Súmula 244, inciso III, do TST: “Empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”. Nos termos do art. 391-A da CLT, acrescentado pela Lei 12.812/2013, a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.” (FILIPE, 2017, p.619)

Outro tema polêmico que diz respeito a estabilidade concedida a empregada adotante, como o dito acima a estabilidade é a empregada gestante e como a adotante não tem a gestação embrionária e sim uma gestação de vínculo afetivo estaria descartada a possibilidade da estabilidade da empregada adotante, observaremos uma divergência entre a lei e a jurisprudência que está mencionado no livro do doutrinador Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

“Por fim, tema de grande relevância é saber se a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança (nos moldes do novo art. 392-A da CLT) é titular da estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A resposta, em princípio, é negativa. O mencionado dispositivo constitucional é claro e expresse ao mencionar que a “empregada *gestante*” é quem faz jus à garantia de emprego, tendo início “desde a confirmação da *gravidez* até cinco meses após o *parto*” (destaquei). A empregada adotante, como é evidente, não é gestante, não ocorrendo gravidez nem parto. Portanto, seria possível concluir que não está abrangida pela estabilidade em questão. Destaque-se que a Lei 10.421/2002 apenas estendeu a licença-maternidade e o salário-maternidade à mãe adotiva, institutos distintos e autônomos da garantia de emprego.” (FILIPE, 2017, p. 619)

“Entretanto, em sentido divergente, ou seja, reconhecendo o direito de estabilidade provisória à mãe adotante, cabe ressaltar a seguinte decisão: “I – Agravo de instrumento. Recurso de revista. Termo inicial da estabilidade provisória da mãe adotante. Direito social à fruição da licença-adotante indevidamente obstado. Provável violação do artigo 392-A, § 1.º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido Não tendo ocorrido disputa sobre a guarda, a carecer de decisão judicial que a definisse, tem-se que a estabilidade da trabalhadora, mãe adotante, restou assegurada a partir do momento em que expressou judicialmente o interesse em adotar a criança oferecida, daí computando-se o período de estabilidade, em que compreendida a licença adotante. Ou seja, tem direito ao gozo de licença-adotante, com a estabilidade necessária ao exercício do direito até cinco meses após o recebimento da criança a ser adotada. O entendimento de que a autora só se tornaria estável após a conclusão do processo de adoção simplesmente inviabilizaria, como inviabilizou, o exercício do direito à fruição da licença-adotante no curso do contrato, contrariando os objetivos do art. 392-A, caput e § 4.º, da CLT.(...) Aplica-se aqui, em última análise, a mesma solução dada à gestante, pela jurisprudência trabalhista. Assim como a confirmação da gravidez é fato objetivo, a confirmação do interesse em adotar, quer por meio da conclusão do processo de adoção, quer por meio da guarda provisória em meio ao processo de adoção, quer por meio de requerimento judicial, condicionado à concretização da guarda provisória, é também fato objetivo, a ensejar a estabilidade durante o prazo de cinco meses após a guarda provisória e a fruição da licença correspondente, de cento e vinte dias. 9. Verifica-se, portanto, que a empresa obstou o gozo da licença-adotante, assegurado à empregada a partir do momento em que expressou interesse em adotar a criança oferecida, ou seja, do ajuizamento do processo de adoção. Recurso de revista conhecido, por violação do artigo 392-A da CLT, e provido” (TST, 3.ª T., RR 200600-19.2008.5.02.0085, Rel. Min.Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 07.08.2015).” (FILIPE, 2017, p. 619/620)

Por fim é importante destacar que a empregada gestante que falece o que pode ocorrer no momento do parto ou após devido complicações na própria gravidez ou por em razão de doença por exemplo se estende a estabilidade aos que tiverem a guarda da criança conforme aprendemos na lição do doutrinador Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

“Deve-se frisar que a Lei Complementar 146, de 25 de junho de 2014, publicada no *DOU* de 26.06.2014, data em que entrou em vigor (art. 2.º), passou a estabelecer que o direito previsto no art. 10, inciso II, alínea *b*, do ACDT deve ser assegurado, nos casos em que ocorrer o falecimento da trabalhadora gestante, a quem detiver a guarda do seu filho. Com isso, a garantia de permanência no emprego, prevista originalmente no referido art. 10, inciso II, alínea *b*, foi ampliada, por meio de lei complementar (para atender à exigência prevista no art. 7.º, inciso I, da CRFB/1988), em favor de quem tiver a guarda do recém-nascido, na hipótese em que a genitora tiver falecido. (...) A guarda é de titularidade dos pais (art. 22 da Lei 8.069/1990). Por isso, ocorrendo o falecimento da mãe, automaticamente a guarda passa a ser exercida, em regra, apenas pelo pai, situação que só pode ser modificada por meio de decisão judicial, nos casos que justifiquem a colocação da criança em família substituta (art. 28 da Lei 8.069/1990). Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança (art. 33 da Lei 8.069/1990). É importante registrar que esse direito de permanecer no emprego pode ser de algum parente (como, por exemplo, a avó), e, na situação mais comum, até mesmo do pai, caso seja ele o titular da guarda do recém-nascido, em razão de falecimento da mãe.” (FILIPE, 2017, p. 620)

5 LICENÇA PATERNIDADE

A licença paternidade no Brasil iniciou-se em 1943, com artigo da CLT que concedia falta justificada de um dia no decorrer do nascimento de um filho. A Carta Magna criou a licença paternidade de cinco dias. Mas, diferente da licença maternidade, ela não fica a cargo da Previdência Social, é custeada pelo empregador. Hoje, ela também pode ser estendida graças ao Programa Empresa Cidadã, que permite a ampliação em 15 dias a licença dos pais trabalhadores nas instituições que aderiram ao programa, totalizando 20.

Mesmo sendo uma garantia constitucional que é nossa norma “maior” a ser seguida existe desigualdade dentro da nossa própria Constituição Federal de 1988, os dias concedidos ao pai para ficar com o filho são de extrema desconsideração com a filiação paterna, o pai deve estar presente da mesma forma que a mãe, mas infelizmente não é previsto em lei essa garantia, pode se dizer que vem de uma cultura enraizada dos patriarcas, que o homem cuidava de manter a casa com o seu trabalho e a mulher dona de casa.

Como demonstra a revista Mackenzie, estamos em um tempo de mudanças mas ainda a mãe é a principal responsável pela família, precisasse de uma inclusão dos pais no âmbito doméstico, para assim houver mais responsabilidade deste pai.

“A contemporaneidade pode ser classificada pela complexidade, sendo a diversidade das relações interpessoais um dos marcos destes novos tempos. Nesse sentido, vivemos em um momento de dúvidas quanto ao ser e estar no mundo, onde os papéis sociais e familiares estão cada vez menos definidos. Assim, este estudo discute como o homem vem se adaptando a essas transformações, mais especificamente quanto ao ser pai. Utilizando o referencial sistêmico de compreensão da realidade, que considera que a paternidade é construída na inter-relação de aspectos macro e microssistêmicos do contexto socio-histórico-cultural em que se encontra, percebe-se que a definição de pai na contemporaneidade tem se tornado cada vez mais elástica e difusa. Atualmente, coexistem elementos que reforçam a manutenção de uma estrutura tradicional nas relações, sendo a mãe a principal responsável pela família, e outros que atendem a uma demanda de maior inclusão e participação do homem na vida privada.” (Ana Cristina Pontello Staudt, Adriana Wagner, 2019)

6 ADOÇÃO

No Brasil esse instituto nasceu no Código Civil de 1916 que a adoção ganhou as primeiras regras formais no país. Algumas regras da época são: limitar a autorização para pessoas com idade superior a 50 anos, sem prole legítima ou legitimada. Transferia-se com a adoção o pátrio poder ao adotante. Só era possível a adoção por duas pessoas se fossem casadas. Exigia-se o consentimento da pessoa que tivesse a guarda do adotando. Procurava trazer para o núcleo familiar sem filhos a presença do adotando, atendendo interesse maior dos adultos/pais que não possuíam prole ou não podiam tê-la naturalmente.

A adoção no Código Civil de 1916, possuía caráter contratual: adotante e adotado, diante de simples escritura pública, podiam acertar a adoção, sem qualquer interferência do Estado para sua outorga. O parentesco resultante limitava-se ao adotante e adotado, o que levava à exclusão dos direitos sucessórios se os adotantes tivessem filhos legítimos ou reconhecidos. Os vínculos consanguíneos permaneciam com os pais biológicos, passando-se apenas o pátrio poder ao adotante.

Pode-se observar grande discriminação nesse Código de 1916, nessa época era muito forte a entidade familiar, filhos fora do casamento eram considerados bastardos, houve um novo Código de Menores (Lei 6.697/1979) incorporou duas novas modalidades de adoção: a simples e a plena. A simples, voltada ao menor que

se encontrava em situação irregular (“delinquente” ou “abandonado”), dependia de autorização judicial e apenas fazia uma alteração na certidão de nascimento. Na plena, rompia-se todo e qualquer vínculo com a família original (seguindo a Lei 4.655/1965).

Então veio a nossa Magna Carta de 1988 foi a primeira vez que prevaleceu, na legislação nacional, o interesse do menor no processo, reforçado com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990), adotando a doutrina jurídica da “proteção integral”. As novas regras procuravam simplificar o processo de adoção, modificando, entre outros critérios, a idade máxima para ser adotado (de 7 para 18 anos) ou a idade mínima para poder adotar (21 anos, e não mais 30) e abrindo a possibilidade a qualquer pessoa, casada ou não, desde que obedecidos os requisitos.

Em agosto de 2009, foi sancionada a Lei 12.010, que reforçou a filosofia do ECA quanto à ausência de distinção legal entre os filhos de um casal, independentemente de serem eles adotivos ou biológicos. Foram criadas novas exigências para os adotantes, implantado um cadastro nacional de crianças passíveis de adoção e reforçado o papel do Estado no processo.

6.1 Licença Maternidade de Mãe Adotiva

Entre os filhos biológicos e os filhos adotados não há distinção, isso traz a nossa Constituição Federal que veda a discriminação entre essa relação de pais e filhos, até em um contexto dentro e fora do casamento no art. 227 § 6.º da Constituição Federal estabelece:

art. 227 § 6.º, “Os *filhos*, *havidos* ou não da relação do casamento, ou *por adoção*, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2019)

Havia uma distinção na Consolidação das Leis trabalhistas no que diz respeito a idade dos adotados, mas com foi sancionada uma Lei que revogou os parágrafos que mencionava a referida distinção, assim nos explica o doutrinador Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

Mesmo sendo a empregada a titular do direito à licença-maternidade, e não a criança propriamente, não se pode negar que esta também é diretamente beneficiada pela possibilidade de gozar da presença constante da mãe durante o período do afastamento, favorecendo a adaptação no seio familiar e possibilitando os diversos cuidados necessários. Portanto, a igualdade absoluta entre os filhos, determinada pela Carta Magna, ganhou reforço e prestígio com a extensão da referida licença à mãe adotiva. A Lei 12.010, de 29 de julho de 2009 (*DOU* 04.08.2009), com entrada em vigor 90 dias após a sua publicação (art.7.º), além de dispor sobre adoção, revogou os §§ 1.º a 3.º do art. 392-A da CLT, que estabeleciam diversidade de períodos de licença, conforme a idade da criança. O art. 71-A da Lei 8.213/1991, com redação dada pela Lei 12.873/2013, passou a prever que *ao segurado ou segurada* da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 dias. (FILIPE, 2017, p.614)

Com a revogação dos parágrafos 1.º a 3.º do art. 392- A da CLT que fazia a distinção da idade da criança ficou estabelecido para a mãe adotante o benefício previdenciário da licença maternidade conforme o artigo 392-A da Consolidação das Leis Trabalhistas:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregados ou empregada. (BRASIL, 2019)

Como não há um vínculo consanguíneo entre o adotante com o adotado, não houve o tempo de gestação, mas sim o tempo de estágio probatório de 90 dias podendo ser prorrogado por igual período mediante decisão judicial fundamentada, como está disposto no ECA (art. 46 da Lei nº 8.069) independente da idade que foi adotado, deve ser tratado como um filho recém nascido pois os adotados vem em uma situação de vulnerabilidade que precisam de cuidado e atenção, é nesse sentido que houve a decisão do Desembargador Federal Fausto de Santis:

“(...) não se trata apenas de resguardar a saúde da mãe, interpretação que apenas teria sentido se mantida a proteção à mãe biológica, nos moldes da redação original da Lei nº 8.213/91. Com a extensão do direito à mãe adotiva, resta claro que se deve dar à palavra maternidade conotação mais ampla, dissociando-a daquela relacionada apenas ao parto e aleitamento, e ressaltando-se o direito da criança à vida, à saúde, à alimentação, garantido pela Constituição, no artigo 227, e instituído como dever da família (...). Hoje, a maternidade dita adotiva assume papel relevante no mundo jurídico, tendo em vista que não se pode discriminar os filhos adotivos dos naturais. Para o estudo do risco 'maternidade', devem ser levadas em consideração tanto a maternidade natural (biológica) como a adquirida, pelo fato de ambas possuírem proteção social específica. (AGRAVO DE INSTRUMENTO, 2019)”

7 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está mencionado na nossa Constituição Federal de 1988 dos direitos e garantias fundamentais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Esse artigo é um marco contra as discriminações, o princípio da igualdade atua segundo a lei e na eficácia desta lei, por igualdade segundo a lei entende-se o dever de aplicar o direito no caso concreto tendo por base a lei, já na eficácia desta lei pressupõe que as normas jurídicas devem ser aplicadas sem distinções no cotidiano das pessoas, exceto as que estão dentro da própria Constituição Federal

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social. (MORAES, 2002, p. 65).

O mencionado artigo serve como instrumento jurídico e deve ser respeitado, como pode-se perceber uma desigualdade entre gêneros pelo fato da quantidade de dias ser de extrema diferença a licença paternidade 180 dias com a PEC 1/2018 e a licença paternidade de 20 dias, são 160 dias que o pai deveria estar cuidando de seu filho, existe tanto deveres quando um bebê é recém nascido e percebe se que a mãe precisa de ajuda pois apenas amamenta sozinha o bebê todos os outros deveres o pai deveria dar assistência.

Também dentro de casa há os afazeres, haja vista que a mãe sozinha não consegue, por isso percebe-se uma necessidade da legislação mudar e para acontecer um balanceamento nas funções para ambos dar uma educação digna para a criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse artigo compreende-se que existe a necessidade de uma Emenda Constitucional em relação à licença paternidade e licença maternidade, a discriminação entre gêneros já foi superada e é protegida pela nossa própria Constituição Federal de 1988 no artigo 5º inciso I, a mulher já sofreu com desigualdades há anos atrás como sua função era apenas ser dona de casa mas isso já começou a mudar com o passar do tempo e a mulher se capacitou para ser uma ótima profissional no mercado de trabalho. Houve uma mudança benéfica tanto para as mães gestantes e adotantes, no que diz respeito a estabilidade da mulher gestante fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, ocorreu também a extensão a gestante adotante do direito de ter a licença maternidade no emprego.

REFERÊNCIAS

BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Ato de Disposições Constitucionais Transitórias. <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2134> (acesso 01 de jul. 2019)

BRASIL ESCOLA. <https://brasilescola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-capitalismo.htm>. (acesso em 24 abr. 2019)

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento 36057 SP 0036057-75.2012.4.03.000. Concessão de licença-paternidade nos moldes do salário maternidade. Relator: Desembargador Federal Fausto de Sanctis, 7ª Turma, 21 de out. 2013. Disponível em <http://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24579627/agravo-de-instrumento-ai-36057-sp-0036057-7520124030000-trf3> (acesso 01 de jul. 2019)

BRASIL, Consultor Jurídico - Conjur. <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea> (acesso em 25 abr. 2019)

BRASIL, Consolidação das Leis Trabalhistas. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm (acesso 01 de jul. 2019)

BRASIL, Jus Brasil. <https://brunnalotife.jusbrasil.com.br/artigos/111925458/a-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil>. (acesso em 24 abr. 2019)

BRASIL, Planalto
Federal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm (acesso em 25 abr. 2019)

BRASIL, Paternidade em tempos de mudança.
<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/750>. (acesso 01 de jul. 2019)

BRASIL, Senado
Federal. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/02/09/primeira-pec-de-2018-amplia-duracao-das-licencas-maternidade-e-paternidade>. (acesso em 24 abr. 2019)

BRASIL, Senado
Federal. <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx> (acesso em 25 abr. 2019)

BRASIL, Senado
Federal. https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_7_.asp (acesso em 25 mai. de 2019)

BRASIL Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.
http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html (acesso 01 de jul. 2019)

Direitosociais. https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_227_.asp (acesso 01 de jul. 2019)

FILIPPE, G. F. B. G. Curso de direito do trabalho. Editora Forense. 11º edição / 2017.

VERUCCI. F. O direito da mulher em mutação : os desafios da igualdade/ Florisa Verucci – Belo Horizonte: Del Rey, 1999.