

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

LUÍSA TIAGO BRONZATTO

**A GARANTIA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA
PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

SÃO PAULO
2023

LUÍSA TIAGO BRONZATTO

A GARANTIA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA PERANTE
O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia a ser apresentada à Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
(PUCSP), como exigência parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Maria Garcia

SÃO PAULO
2023

Dedico este trabalho à Clarisse Souto de Moura, pelo amor incondicional e por ser a mais pura definição de mãe.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Dr^a. Maria Garcia, pelas aulas de Direito Constitucional ministradas no início da Graduação, assim como pela sua orientação e conhecimentos transmitidos durante a execução deste trabalho.

Agradeço também a todos os Professores e Professoras com os quais tive aula durante o curso de graduação de Direito na PUC/SP.

Agradeço à minha família toda pelo apoio e incentivo aos estudos desde sempre. Agradeço especialmente aos meus pais, José Luís Bronzatto e Liliane Souto Tiago, que sempre me incentivaram no decorrer da Graduação, e pelo carinho. Agradeço aos meus irmãos, Mariana Tiago Bronzatto e Vítor Tiago Bronzatto pelo apoio, suporte, parceria e carinho; e ao meu cunhado, Eric Daniel, que sempre me incentivou a dar o melhor de mim.

Agradeço com especial carinho à minha tia Lucia Souto e tio Paulo Otto que me introduziram ao estudo do Direito e me incentivaram a seguir essa carreira, além de estarem sempre presentes com muito acolhimento e carinho.

Agradeço à Adriana Souto, Natália Souto e Letícia Souto pelo amor incondicional e apoio de sempre.

Agradeço à Flora Bronzatto pelas orações no decorrer da Graduação.

Agradeço às minhas amigas que se tornaram essenciais para mim e que me acompanharam durante toda a Graduação: Isabel Ahmar, Laura Ferrari, Luísa Beatriz, Yasmin Cardoso, Yasmin Gomez. Agradeço também aos demais amigos que também tiveram participação especial na Graduação: Lucas Souza e Maria Carolina Vitorino.

*“Vamos pegar nossos livros e nossas canetas,
essas são as armas mais poderosas”*

Malala Yousafzai

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro garante em sua Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art. 6º, ou seja, no formato de um direito social, e notoriamente como um direito e garantia fundamental: a proteção à maternidade, assim como a proteção à infância.

Vale ressaltar também o art. 227 da Constituição da República, este que explicita que consiste no dever da família, da sociedade e do Estado, a garantia, 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.

Dada a importância do convívio familiar e da proteção à maternidade e à infância, o presente trabalho visa aprofundar conhecimentos jurídicos acerca desta temática de um ponto de vista analítico e crítico, assim como, visa consolidar os diversos posicionamentos que regulamentam as garantias fundamentais perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Vale mencionar que será abordada também a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual concedeu, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.327, uma interpretação mais benéfica aos direitos das mulheres, quanto à maternidade, e também quanto aos infantes.

Palavras chave: maternidade, infância, convívio familiar.

ABSTRACT

The Brazilian legal system guarantees in the Brazilian Federal Republic Constitution of 1988, in its 6th article, in the form of a social right, and knowingly also as a fundamental law and guarantee of: the protection to maternity, as well as the protection to childhood.

It is worth mentioning as well, the article 227 from the Brazilian Constitution, which makes explicit that it's a duty to the Family, to the Society and to the State to guarantee, with absolute priority, the right of life, of health, of nutrition, of education, of leisure, of work, of culture, of dignity, of respect, of freedom, of family conviviality and community conviviality.

Due to the importance of family coexistence, of maternity protection and of childhood protection, this essay aims to study profoundly, from an analytical and critical point of view, the legal knowledge on this topic, as well as, it aims to consolidate the different opinions that regulate fundamental rights in the Brazilian legal system.

In addition, this essay will also discuss the recent decision made by the Brazilian Supreme Federal Court, which allowed, by a Direct Action of Unconstitutionality n. 6327, a more beneficial interpretation to women's rights regarding maternity and the infants.

Keywords: *maternity, childhood, family conviviality*

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BBC	<i>British Broadcasting Corporation</i>
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
OPAS	Organização Pan-Americana de Saúde
PBPS	Planos de Benefícios da Previdência Social
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PL	Projeto de Lei
PPP	<i>Permiso Parental Postnatal</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
UNICEF	<i>United Nations International Children's Emergency Fund</i> (Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância)

A garantia da proteção à maternidade e à infância perante o ordenamento jurídico brasileiro

SUMÁRIO:

Introdução.....	09
1. A proteção à maternidade e os direitos da mãe trabalhadora.....	10
1.1. A licença-maternidade e o salário-maternidade: a interdisciplinaridade da proteção no Direito Constitucional, Trabalhista e Previdenciário.....	12
1.2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.327 no Supremo Tribunal Federal.....	16
1.3. A saúde da mulher quanto ao convívio familiar com o recém nascido.....	18
1.4. As dificuldades e preconceitos do “ser-mulher” no mercado de trabalho e sua relação com a maternidade.....	21
2. A proteção à infância e os direitos da criança.....	25
2.1. As garantias constitucionais dos infantes no Brasil.....	26
2.2. As garantias infraconstitucionais dos infantes.....	29
2.3. A saúde e desenvolvimento do recém nascido e o direito ao convívio familiar.....	31
3. Um conceito inclusivo e amplo de “família” e o direito à convivência familiar.....	33
3.1. A relação entre adoção e proteção à maternidade e à infância.....	35
3.2. A licença-maternidade e a licença-paternidade em relações homoafetivas.....	37
3.3. A licença-maternidade, licença-gestante, licença-paternidade e sua relação com o princípio da igualdade.....	39
4. A proteção à maternidade e à infância no Direito Comparado.....	43
4.1. O direito à maternidade sob o ponto de vista europeu.....	43
4.2. A maternidade nos países vizinhos ao Brasil: Chile e Uruguai.....	46
4.3. A proteção à maternidade nos países menos desenvolvidos.....	48
Conclusão.....	51
Referências.....	53

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal proferiu como precedente decisão referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.327 acerca da possibilidade de concessão da licença-maternidade a partir da alta hospitalar da mãe ou do recém nascido, e não apenas a partir do nascimento do infante. Essa decisão desencadeou a possibilidade de se analisar a presença e a eficácia dos demais direitos presentes no ordenamento jurídico brasileiro que envolvessem as garantias constitucionais quanto à proteção à maternidade e à infância.

Nesse sentido, verificou-se a possibilidade de se explorar uma análise jurídica que englobasse os direitos da mãe trabalhadora, assim como os direitos do nascituro. Ademais, a análise da proteção à maternidade e à infância está correlacionada a diversos direitos presentes no ordenamento jurídico brasileiro como, por exemplo, o direito à saúde, à convivência familiar, a licença-maternidade, licença-paternidade, e o salário-maternidade. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 se apresenta como base hierarquicamente relevante, ao envolver toda uma interdisciplinaridade quanto a diversos ramos do Direito a fim de se proteger as mães trabalhadoras e seus infantes, uma vez que trata do tema nos diversos âmbitos dos direitos: trabalhistas, previdenciários e direitos da criança e do adolescente.

No mais, é possível destacar a análise quanto à aplicação dos princípios constitucionais, como o princípio da isonomia e o princípio do melhor interesse à criança no âmbito das garantias promovidas pelos direitos fundamentais, constitucionalmente positivadas, além de se fazer uma análise crítica referente a como ocorre a garantia desses direitos na prática da sociedade brasileira.

Sendo assim, analisamos as normas jurídicas brasileiras quanto aos direitos trabalhistas e previdenciários da mãe trabalhadora e suas implicações quanto à garantia do princípio constitucional da isonomia e as dificuldades da mulher brasileira envolvendo as problemáticas referentes às questões de gênero, dos preconceitos no ambiente de trabalho, além das dificuldades quanto à conciliação com os cuidados dos infantes no âmbito da convivência familiar.

Por fim, a fim de se identificar o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro num contexto globalizado, foi realizada a análise de algumas normas e realidades do Direito Comparado, tanto de Estados que se aproximem da realidade sociodemográfica brasileira, quanto de Estados com uma economia mais avantajada.

Por conseguinte, a presente monografia tem como objetivo fazer uma análise jurídica das normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim como uma reflexão acerca das aplicações das garantias constitucionais pelo Poder Judiciário, a fim de se verificar como o Estado Brasileiro pode aprimorar a eficácia dos direitos fundamentais garantidos, assim como se fazer valer seus princípios constitucionais.

1. A proteção à maternidade e os direitos da mãe trabalhadora

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 defende como direito e garantia fundamental, os direitos sociais, amparados no seu capítulo II do Título II. O art. 6º da Carta Magna, conferiu uma especial proteção à maternidade e à infância, entre outros direitos, *in verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.¹

Verifica-se a relevância e a importância da maternidade e da infância ao colocarem tais aspectos como direitos e garantias fundamentais, na base de todo o ordenamento jurídico brasileiro que constitui a Constituição Federal de 1988. Essa relevância dada à maternidade, adequadamente colocada pela Constituição Federal, se dá pelo fato de que a existência humana e o direito à vida, constituem-se como base e pressuposto para todos os demais direitos colocados pela Constituição. Sendo assim, a proteção à maternidade se destaca como essencial para a garantia da existência da humanidade e por conseguinte aos demais direitos. A proteção à maternidade constitui como berço a todos os direitos que constituam a existência humana.

Semelhantemente a esse entendimento, Paulo Gustavo Gonet Branco, referente ao direito fundamental à vida, expõe em sua doutrina que: “*Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais*”².

Sendo assim, verificada a relevância do direito à vida, o constituinte também o coloca como valor básico dos direitos fundamentais, consagrados no art. 5º, o qual dispõe:

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/04/2023

² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “*Curso de direito constitucional*” 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Capítulo 4. Item I. Pg. 256

*“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”.*

Quanto à titularidade de direitos fundamentais nos limites da vida e dos direitos do embrião, Ingo Wolfgang Sarlet, esclarece que: *“no caso dos embriões (e fetos) em fase gestacional, com vida uterina, nítida é a titularidade dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne à proteção da conservação das suas vidas.”*³ Segundo o autor, também é possível conceder a esse titular de direitos o reconhecimento de direitos à personalidade. Por conseguinte, temos que a garantia da proteção à maternidade, assim como conceder direitos à mãe trabalhadora, constitui uma forma de preservação e conservação da vida do nascituro.

Seguindo essa linha de pensamento o constituinte, coloca como dever, não apenas dos indivíduos responsáveis, mas também da sociedade e do Estado o de preservar o direito à vida e à convivência familiar da criança. Nesse sentido, o art. 227 da Constituição Federal determina que:

*“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.”*⁴ (Grifos nossos)

A proteção à maternidade, amparada pelo art. 6º da Constituição Federal constitui pré-requisito a fim de se fazer garantir o direito da convivência familiar do infante com a sua mãe, colocada pelo art. 227 da Constituição Federal. Nesse sentido, faz-se necessária a garantia de direitos à mãe trabalhadora, dado que aquela mulher que trabalha e que ao mesmo tempo é mãe, precisa de direitos que possam garantir o direito constitucional da convivência familiar nos primeiros momentos de vida do infante, estes que são essenciais para o desenvolvimento da criança.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *“A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”* 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Capítulo 6. Item 6.6. Pág. 220.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/04/2023

1.1. A licença-maternidade e o salário-maternidade: a interdisciplinaridade da proteção no Direito Constitucional, Trabalhista e Previdenciário.

O salário-maternidade, antes da Constituição de 1988, era previsto no art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), também conhecido como Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. A seção V da Consolidação das Leis do Trabalho prevê os direitos a favor da proteção à maternidade. Antigamente à Constituição em vigor, o art. 392 da CLT proibia o trabalho da mulher grávida por doze semanas, ou seja equivalente a 84 dias, sendo estas seis semanas antes do parto e seis semanas depois.

Ocorre que, com o advento da Constituição de 1988, a garantia da proteção à maternidade aprimorou-se, beneficiando a situação da mãe trabalhadora. A Constituição, garante no seu art. 7º, XVIII a licença à gestante, o qual dispõe: “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”⁵. Ademais, vale mencionar também o inciso XX do art. 7º da Constituição, o qual garante a proteção do mercado de trabalho da mulher. Sendo assim, temos que a licença-maternidade consiste no afastamento da mãe trabalhadora do seu trabalho durante determinado período de tempo a fim de que possa se dedicar ao cuidado da criança.

Dessa forma, a nova disposição colocada pela Consolidação das Leis do Trabalho concederam à mãe trabalhadora direitos em conformidade das novas garantias constitucionais, conferindo à empregada gestante um período de 120 dias de licença maternidade, *in verbis*:

“Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. [\(Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002\)](#) [\(Vide Lei nº 13.985, de 2020\)](#)”

§ 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. [\(Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002\)](#) [\(Vide ADI 6327\)](#)”

§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. [\(Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002\)](#) [\(Vide ADI 6327\)](#)”

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/04/2023

vinte) dias previstos neste artigo.

(Redação dada pela Lei nº 10.421,

15.4.2002)

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

(Redação dada pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

(Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

(Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999).”⁶

(Grifos nossos)

Observa-se a interdisciplinaridade da regulamentação do salário-maternidade e licença-maternidade quanto à sua natureza jurídica, seja ela de hierarquia constitucional quanto infraconstitucional, no âmbito do direito trabalhista e previdenciária. Ocorre que, mesmo com sua regulamentação na Consolidação das Leis Trabalhistas, há autores, como Maurício Godinho Delgado que afirmam que o salário-maternidade, embora já tenha sido uma questão concomitantemente de Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, hoje constitui apenas de matéria previdenciária, segundo o autor:

“A natureza jurídica do salário-maternidade, hoje, é estritamente previdenciária, qualquer que seja o mecanismo observado para o seu pagamento (Lei n. 8.213/91). Esta natureza jurídica definiu-se, no Direito brasileiro, a partir das Lei ns. 6.136/74 e 6.332/76, que suprimiram a parcela do conjunto de obrigações trabalhistas do empregador, transferindo-a ao encargo da Previdência Oficial. Até essa época, o salário-maternidade caracterizava-se como o conjunto de parcelas contratuais (salariais, inclusive) devidas pelo empregador à obreira no período de interrupção do contrato derivado do afastamento da gestante. Não tinha a parcela, naquele período, portanto natureza previdenciária, mas trabalhista.”⁷

(Curso de Direito do Trabalho - grifos nossos)

Segundo o autor Maurício Godinho Delgado, o salário-maternidade constitui em uma renda mensal igual à remuneração integral da gestante a ser paga durante o período de

⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 29/04/2023

⁷ DELGADO, MAURICIO GODINHO. “Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: Editora LTr. 2019. Capítulo XXI. Item III.C. Página 851.

afastamento previdenciário para o parto e aleitamento materno, ou até mesmo no caso de adoção de criança ou guarda judicial para sua adoção, conforme disposto no art. 71-A da Lei n. 8.213/91 (Planos de Benefícios da Previdência Social - PBPS).

Ademais, a Constituição de 1988, também passou a garantir a partir da Emenda Constitucional n. 20 de 1998, a proteção previdenciária social à maternidade, nos termos do art. 201, inciso II da Constituição, conferindo especial proteção à gestante. Logo observamos que a proteção previdenciária à gestante foi conferida à gestante apenas 10 anos após a promulgação da nova Constituição. *In verbis*:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019\)](#)”

(...)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)”⁸

A Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991, que dispõe acerca dos Planos de Benefícios da Previdência Social (PBPS), em sua subseção VII, regulamenta o salário-maternidade. Sendo assim, o art. 71 da referida lei confere à segurada, 120 dias de salário maternidade, conforme disposição a seguir:

“Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. [\(Redação dada pela Lei nº 10.710, de 2003\)](#) [\(Vide Lei nº 13.985, de 2020\)](#) [\(Vide ADI 6327\)](#)”⁹

(Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991 - Grifos nossos)

Segundo Marisa Santos, e com base no Decreto 3.048/99 (Regime da Previdência Social), no seu art. 93, §3º, a regra geral do período do salário-maternidade é dentro dos 28 dias que antecedem o parto, podendo ser antecipado em 2 semanas em casos excepcionais e

⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/04/2023

⁹ Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Art. 71. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 27/04/2023

com atestados médicos. No caso de adoção o período se inicia na data da adoção ou da guarda judicial para fins de adoção. Por fim, no caso de segurado sucessor, o período inicial é a data do óbito do segurado falecido. Já o termo final do salário-maternidade, em regra, se dá aos 91 dias após o parto, podendo crescer duas semanas em casos excepcionais, com atestado médico. Quanto aos casos específicos, a autora explica que o período termina nos seguintes prazos:

“a.aborto não criminoso: no último dia de 2 semanas;

b.para o(a) segurado(a) que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção: a Lei (art. 71-A do PBPS) e o RPS (art. 93-A) distinguem os períodos de duração do salário-maternidade, nessas hipóteses, com vistas à idade da criança adotada ou sob guarda judicial para fins de adoção. A regra foi modificada pela Lei n. 12.873/2013, que alterou o art. 71-A do PBPS. Daí resulta que o termo final do benefício, nesse caso, será ao cabo de 120 dias após a adoção ou o termo de guarda judicial para fins de adoção.”¹⁰

Além dos 120 dias de licença-maternidade garantidos pela Constituição, no seu art. 7º, XVIII, é possível também à mãe trabalhadora conseguir mais 60 dias de licença, totalizando em 180 dias, caso a empresa em que ela trabalhe seja participante do Programa Empresa Cidadã. O programa mencionado foi instituído pela Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que criou o Programa Empresa Cidadã, sendo este destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, além de alterar também a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. No mais, o Programa Empresa Cidadã, também permite a prorrogação da licença-paternidade, nos termos da legislação mencionada:

“Art. 1ª É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal; (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)”¹¹

¹⁰ SANTOS, Marisa. “**Previdência social:** saiba mais sobre as regras e benefícios”. São Paulo: Expressa, 2021 1 recurso online. ISBN 978655598407. Cap. 1. Item 1.8. Disponível em: <<https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php>> Acesso em: 29/04/2023

¹¹[BRASIL]. Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111770.htm>. Acesso em: 30/04/2023.

1.2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.327 no Supremo Tribunal Federal

A decisão que inspirou a elaboração do presente trabalho, foi proferida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.327. A ADI em questão abordou expressamente a interpretação dada aos artigos supramencionados, quanto à proteção à maternidade e à infância, conferindo uma interpretação mais benéfica ao direito de convivência familiar da mãe trabalhadora e do nascituro.

Segundo o Partido Solidariedade, que ajuizou a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.327, havia decisões judiciais no território nacional que tinham dado interpretações distintas às normas do ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o autor, nos casos de bebês prematuros ou submetidos a longos períodos de internação hospitalar, o termo inicial da licença-maternidade, vinha sendo logo a partir da data do parto. Ocorre que, esse período de internação não constitui, de fato, convivência familiar entre a mãe e o bebê, conferindo em sua realidade uma situação hospitalar. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal conferiu a seguinte decisão, na qual há a possibilidade da contagem do início da licença-maternidade e do salário-maternidade a partir da alta hospitalar do bebê ou da mãe:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONVERTIDA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. POSSIBILIDADE. CONTAGEM DE TERMO INICIAL DE LICENÇA-MATERNIDADE E DE SALÁRIO-MATERNIDADE A PARTIR DA ALTA HOSPITALAR DO RECÉM-NASCIDO OU DA MÃE, O QUE OCORRER POR ÚLTIMO. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO §1º DO ART. 392, DA CLT, E DO ART. 71 DA LEI 8.213/1991. NECESSÁRIA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE E À INFÂNCIA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Cumpridos os requisitos da Lei n.º 9.882/99, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) entende possível a fungibilidade entre ADI e ADPF. 2. A fim de que seja protegida a maternidade e a infância e ampliada a convivência entre mães e bebês, em caso de internação hospitalar que supere o prazo de duas semanas, previsto no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Decreto n.º 3.048/99, o termo inicial aplicável à fruição da licença maternidade e do respectivo salário-maternidade deve ser o da alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido, o que ocorrer por último, prorrogando-se ambos os benefícios por igual período ao da internação. 3. O direito da criança à convivência familiar deve ser colocado a salvo de toda a forma de negligência e omissão estatal, consoante preconizam os arts. 6º, caput, 201, II, 203, I, e 227, caput, da Constituição da República, impondo-se a interpretação conforme à Constituição do §1º do art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e do art. 71 da Lei n.º 8.213/1991 4. Não se verifica critério racional e constitucional para que o período de licença à gestante e salário-maternidade sejam encurtados durante a fase em que a mãe ou o bebê estão alijados do convívio da família, em ambiente hospitalar, nas hipóteses de nascimentos com prematuridade e complicações de saúde após o parto. 5. A jurisprudência do STF tem se posicionado no sentido de que a ausência de previsão

de fonte de custeio não é óbice para extensão do prazo de licença-maternidade, conforme precedente do RE n.º 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016. A prorrogação de benefício existente, em decorrência de interpretação constitucional do seu alcance, não vulnera a norma do art. 195, §5º, da Constituição Federal. 6. Arguição julgada procedente para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, §1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei n.º 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto n.º 3.048/99), de modo a se considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, prorrogando-se em todo o período os benefícios, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Decreto n.º 3.048/99.”¹²

(Grifos nossos)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.327 foi julgada procedente, conforme indicado pela ementa citada. No mais, a referida decisão transitou em julgado em 15 de novembro de 2022. Vale mencionar que a decisão buscou estar em conformidade não apenas no âmbito jurídico nacional, mas também internacional, ao buscar uma interpretação que estivesse de acordo com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030.

Trata-se do compromisso assumido pelos países membros da Assembleia Geral das Nações Unidas, inclusive do Brasil, de atingir os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável até o ano de 2030, a fim de promover o Estado de Direito, os direitos humanos e a responsabilização das instituições políticas. Sendo assim, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, os objetivos relacionados à ADI do caso concreto constituem nas ODS's: *1 - Erradicação da Pobreza; 3 - Saúde e Bem-Estar; 5 - Igualdade de Gênero; 8 - Trabalho Decente e Crescimento Econômico; e 10 - Redução das Desigualdades.*

Ressalta-se que a ausência ou redução do período de convivência familiar entre a mãe e o nascituro, não consiste apenas em mera convivência entre os familiares, mas trata-se também do período de aleitamento materno do recém-nascido, conferindo portanto em momento indispensável para o desenvolvimento da criança, podendo por conseguinte afetar a saúde da criança.

Segundo a parte autora da ADI, dados do Ministério da Saúde, demonstram que o Brasil registrou por volta de 279.300 nascimentos de bebês prematuros por ano. O nascimento de bebês prematuros leva à necessidade de internação hospitalar por um período longo, tanto das mães, quanto dos bebês. Sendo assim, viu-se necessária a adaptação das normas do

¹² Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 6327/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5870161>> Acesso em: 29/04/2023.

ordenamento jurídico brasileiro a fim de se fazer valer o princípio da isonomia desses casos especiais.

O Relator da ADI n. 6327, Ministro Edson Fachin, ressaltou no seu voto a necessidade da omissão legislativa (referente à licença nos casos de nascimento prematuro) ser conformada judicialmente, mesmo que haja debate no âmbito legislativo acerca da possibilidade de ampliação do direito para 240 dias, visto que as proposições tramitam na via legislativa há mais de cinco anos, consistindo portanto em uma mora das proposições das PEC n. 181/2015 e do PL n° 5.186/2020.

Sendo assim, o Tribunal decidiu unanimemente pelo conhecimento da ADI n. 6.327 como arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), julgando o pedido procedente. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 392, §1º da CLT e art. 71 da Lei n° 8.213/91, além do art. 93 do Regulamento (Decreto n. 3.048/99), considerando o início do período da licença-maternidade e do salário-maternidade a alta hospitalar do bebê ou da mãe, qual ocorrer primeiro, prorrogando-se em todo o período o benefício, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto n. 3.048/99.

1.3. A saúde da mulher quanto ao convívio familiar com o recém nascido

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o período pós-natal, que consiste nas primeiras seis semanas após o nascimento do bebê consiste em um período crítico para garantir a sobrevivência do recém-nascido e da mãe, tanto na questão do desenvolvimento do recém nascido, quanto na recuperação do saúde mental e física da mãe no período pós-parto. De acordo com os dados da Organização, mais de três em cada dez mulheres e bebês no mundo não recebem os cuidados necessários do período após o nascimento, sendo este o período em que mais ocorrem mortes das mães e bebês.

Dado a relevância do período pós-parto, a Organização Mundial da Saúde, lançou diretrizes inéditas apoiando às mulheres e bebês nesse momento crucial. Sendo assim, segundo a OMS, as primeiras semanas são essenciais para a convivência familiar entre mãe e filho(a), pois a construção desse vínculo pode afetar o desenvolvimento e saúde da criança.

Portanto, as diretrizes consistem em orientar os pais quanto à amamentação, assim como fornecer informações necessárias quanto aos cuidados referentes aos recém-nascidos.

Uma das recomendações é que sejam realizados pelo menos três exames pós-natais nas seis semanas iniciais, inclusive com visitas domiciliares. Outra diretriz consiste em que as mulheres recebam aconselhamento quanto ao aleitamento materno, acesso à contracepção pós-natal e promoção da saúde, orientações quanto à depressão e ansiedade pós-parto.

No mais, as diretrizes informam quanto ao tempo mínimo de permanência hospitalar pós nascimento, assim como informações quanto aos critérios de alta, podendo o tempo variar de acordo com cada caso.

Ademais, vale mencionar que estudos demonstram que o período pós-parto, por conseguinte o desenvolvimento da criança, podem ser afetados em razão do vínculo precário entre mãe e filho(a), causado por exemplo por depressão pós-parto. De acordo com dados da OMS, aproximadamente “20% das gestantes no mundo sofrem com transtornos mentais após o nascimento do bebê”¹³, dificultando os cuidados com o recém-nascido e a amamentação. Sendo assim, transtornos mentais como a depressão pós-parto interferem negativamente no desenvolvimento social, afetivo e cognitivo da criança, podendo gerar sequelas na infância e adolescência.

Outro estudo comprovou que o período de convivência familiar entre a mãe e o recém nascido pode afetar o desenvolvimento psicossocial da criança. Logo, resta comprovada a importância da garantia constitucional da convivência familiar, amparada pelo art. 227 da Constituição Federal. Trata-se do estudo acerca da influência do aleitamento materno no desenvolvimento psicossocial do infante:

“Há evidências substanciais em apoio a um possível vínculo entre aleitamento materno e desenvolvimento psicossocial da criança. O aleitamento materno tem sido associado consistentemente a escores cognitivos mais altos e é provável que possa ser capaz de evitar o início da obesidade na infância e na adolescência, condição que prejudica seriamente a autoestima e o desenvolvimento psicossocial geral da criança. A plausibilidade biológica das constatações relativas a desenvolvimento intelectual é alta, uma vez que: a) o leite humano contém compostos bioativos que normalmente não estão presentes no leite em pó e que são essenciais para o desenvolvimento máximo do sistema nervoso central; e b) a interação mãe-bebê durante o processo de amamentação pode ser substancialmente diferente para bebês alimentados por aleitamento materno e por mamadeira. Da mesma forma, as

¹³ EQUIPE SEMPRE FAMÍLIA, 7 dicas para cuidar da saúde mental da mulher durante e após a gravidez, Gazeta do Povo, disponível em: <<https://www.semprefamilia.com.br/saude/como-cuidar-saude-mental-mulher-durante-e-apos-gravidez/>>. acesso em: 30 abr. 2023.

constatações sobre prevenção de obesidade são plausíveis, uma vez que indivíduos alimentados ao seio quando bebês podem ter sido precocemente “programados” para conseguir regular melhor seu apetite e obter o melhor padrão de deposição de gorduras.”¹⁴

(Grifos nossos)

No entanto, vale mencionar também os benefícios psicológicos que a volta da mãe ao mercado de trabalho podem proporcionar. Segundo Salanova, Gracia e Peiró, mencionados pelo artigo *“Implicações do retorno ao trabalho após licença-maternidade na rotina e no trabalho da mulher”* por Carla Fernandes Garcia e Juliane Viecili, o trabalho formal e remunerado pode *“proporcionar sentido à vida, realização pessoal e melhora na autoestima”¹⁵*, trata-se além da simples venda força braçal, ou intelectual, pois envolve uma relação de significação para o sujeito.

Para os autores Nascimento e Villas, também mencionados no artigo referente às implicações do retorno ao trabalho, as transformações culturais que inseriram as mulheres no mercado de trabalho, aumentaram as suas tarefas, uma vez que, além dos cuidados das tarefas domésticas, passaram a ter responsabilidades também quanto ao trabalho formal. Sendo assim, às mulheres foram atribuídas: a profissionalização, a maternidade e cuidados do lar, exigindo muitos atributos físicos e psíquicos das mulheres. A interdisciplinaridade da mulher como sujeito, concomitantemente como mãe e trabalhadora trazem diversos desafios à mulher, tendo ela de se adaptar tanto com a nova realidade de ser mãe, quanto ao retorno ao trabalho, segundo o artigo mencionado:

“Schlickmann (2010) em sua pesquisa identificou que mulheres que exercem trabalho remunerado sentem dificuldade para conciliar os múltiplos papéis exercidos por elas após a maternidade, entre eles o profissional. Spindola e Santos (2004) vão além, mencionando que a relação mãe-filho-trabalho implica necessariamente que a mulher vivencie a situação ambígua de ser trabalhadora e mãe, não somente logo após seu retorno ao trabalho, mas a longo prazo, enquanto tiver que conciliar os dois contextos e tentar atender tantas solicitações e exigências diferenciadas. Krause (2017) afirma que as participantes de seu estudo se sentiam cansadas (87,5%), sobrecarregadas (79,2%), com pouco tempo (85,4%) e sempre ou frequentemente pensavam em desistir do trabalho para ficar somente cuidando do bebê (49,2%), e apesar disso, seguiam trabalhando, assim como as participantes

¹⁴ ESCAMILLA, Rafael Pérez. A influência do aleitamento materno sobre o desenvolvimento psicossocial | Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância, Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância, disponível em: <<https://www.encyclopedia-crianca.com/aleitamento-materno/segundo-especialistas/influencia-do-aleitamento-materno-sobre-o-desenvolvimento>>. Acesso em: 30 abr. 2023.

¹⁵ GARCIA, C. F. ; VIECILI, Juliane. Implicações do retorno ao trabalho após licença-maternidade na rotina e no trabalho da mulher. **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 30, n. 2, p. 272, 2018. Disponível em:<<https://periodicos.uff.br/fractal/article/view/5541/7061>>. Acesso em: 30/ 04/2023.

*do presente estudo.*¹⁶

Sendo assim, apesar da relevância quanto à proteção da convivência familiar entre a mãe e o recém-nascido, temos de considerar também os benefícios psicológicos da mulher trabalhadora ao retornar ao seu trabalho, visto que o trabalho possibilita uma sensação de pertencimento e realização profissional. No entanto, esse retorno deve ser cauteloso e gradual, visto que, o período pós parto consiste em momento crucial para o desenvolvimento cognitivo e psicossocial do infante. O estudo quanto às implicações do retorno da mulher ao trabalho, refletiu:

“Confirmou-se que o trabalho é um importante constituidor da sua subjetividade e individualidade, considerado como um importante papel desempenhado por elas que agrega sentimento de valorização e reconhecimento social. As mulheres que retornam ao trabalho após a licença maternidade perceberam três principais vantagens no retorno ao trabalho, que foi a) a valorização pessoal, a identificação, o prazer; b) a significação que extraem da atividade desempenhada e; c) os relacionamentos propiciados pelo trabalho exercido. Aspectos, esses que também estão relacionados aos onze benefícios psicossociais que o trabalho é capaz de proporcionar aos sujeitos, arrolados por Salanova, Gracia e Peiró (1996 apud SANTOS, 2006). Entende-se que o retorno ao trabalho após a licença maternidade foi motivado por estes fatores pessoais, pelo sentimento de estarem atuantes, produtivas, ampliando seus papéis sociais para além dos papéis de mãe e de dona de casa, apesar da ambivalência de sentimentos produzidos por esse retorno.”¹⁷
(Grifos nossos)

1.4. As dificuldades e preconceitos do “ser-mulher” no mercado de trabalho e sua relação com a maternidade

As mulheres são obrigadas a enfrentar diversos desafios diariamente na sociedade e em inúmeras situações pelo simples fato de “ser-mulher”. Embora a Constituição, determine no seu art. 5º, inciso I, a necessidade de tratamento isonômico entre homens e mulheres, sabemos que no cotidiano muitas vezes o princípio da isonomia não vem aplicado.

“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:

¹⁶ GARCIA, C. F. ; VIECILI, Juliane. Implicações do retorno ao trabalho após licença-maternidade na rotina e no trabalho da mulher. **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 30, n. 2, p. 271–280, 2018. Disponível em:<<https://periodicos.uff.br/fractal/article/view/5541/7061>>. Acesso em: 30/ 04/2023.

¹⁷ GARCIA, C. F. ; VIECILI, Juliane. Implicações do retorno ao trabalho após licença-maternidade na rotina e no trabalho da mulher. **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 30, n. 2, p. 271–280, 2018. Pág. 278 (8-10) Disponível em:<<https://periodicos.uff.br/fractal/article/view/5541/7061>>. Acesso em: 30/ 04/2023.

*I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*¹⁸

Essa situação não é muito diferente no âmbito do mercado de trabalho. Embora as mulheres já estejam inseridas há muitos anos, o fato de “ser-mulher”, acaba condicionando as trabalhadoras a muitas situações desvantajosas em relação aos homens, causadas por preconceito estrutural da sociedade atual.

Seguindo essa linha de pensamento, sabemos que o fator “ser-mãe” também acrescenta dificuldades que as mulheres acabam por enfrentar no mercado de trabalho. A condição de ser mãe, muitas vezes dificulta à mulher encontrar o emprego em si. Segundo a pesquisa da plataforma de negociação de dívidas Acordo Certo: “49% das mulheres relatam que já teve dificuldade para conseguir um emprego por terem filhos”¹⁹. Trata-se essencialmente de um problema estrutural, cultural, criado pela nossa sociedade, que acredita que as tarefas domésticas e relacionadas à casa devem ser realizadas apenas, ou pelo menos em sua maioria, por uma figura feminina. Sendo assim, o mercado de trabalho, face ao acúmulo de responsabilidades causada pelo sobrecarregamento da mulher nas funções tanto domésticas, quanto profissionais, acaba por optar por figuras masculinas para preencher as vagas de trabalho.

Esse sobrecarregamento no acúmulo de funções domésticas e profissionais foi relatado pelas mulheres que participaram do estudo no artigo mencionado anteriormente, “*Implicações do retorno ao trabalho após licença-maternidade na rotina e no trabalho da mulher*” por Carla Fernandes Garcia e Juliane Viecili. Segundo as seis participantes da pesquisa, essa sobrecarga ocorre dado que: “*as tarefas domésticas e os cuidados para com o bebê são de sua responsabilidade, cabendo ao esposo prestar auxílio quando solicitado*”²⁰. Sendo assim, fica visível que se trata de um problema estrutural, cultural e coletivo ao observar o mesmo problema em todas as casas das participantes, não se tratando de casos isolados ou individuais. Ademais, o fato de que as mulheres são exigidas a ter a mesma performance ao desempenhar os trabalhos profissionais, mas ao chegar em casa são as

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30/04/2023

¹⁹ FILGUEIRAS, Isabel. “Em pesquisa, 49% das mulheres com filhos relatam dificuldade de conseguir emprego.” Valor Investe. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/objetivo/empreenda-se/noticia/2022/09/01/em-pesquisa-49percent-das-mulheres-com-filhos-relatam-dificuldade-de-conseguir-emprego.ghtml>>. Acesso em: 30/04/2023.

²⁰ GARCIA, C. F. ; VIECILI, Juliane. Implicações do retorno ao trabalho após licença-maternidade na rotina e no trabalho da mulher. **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 30, n. 2, p. 271–280, 2018. Pág. 275 (5-10) Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/fractal/article/view/5541/7061>>. Acesso em: 30/04/2023.

“únicas” responsáveis pelas tarefas domésticas acaba, por conseguinte, em causar uma sobrecarga nas figuras femininas de um modo geral. Segundo o artigo:

“Dados publicados pela Organização Internacional do Trabalho (2016) evidenciou que as mulheres realizam 2,5 vezes mais tarefas domésticas e de cuidados do que os homens. Esta realidade está atrelada à histórica divisão sexual das demandas familiares, onde a mulher era responsável pelas demandas do lar e o homem, pelo sustento financeiro da família. Ao encontro disto, Noor (2002 apud LINDO et al, 2007) afirma que, em famílias que possuem filhos pequenos, as mulheres exercem cerca de 90 horas de trabalho por semana, somando-se as horas de atividade empregatícia formal e as horas em atividades domésticas, enquanto os homens, companheiros dessas mulheres, exercem cerca de 70 horas quando as mesmas atividades. Isso representa uma diferença de quase três horas diárias em atividades de trabalho – sejam estas em trabalho formal ou doméstico – por dia. Estas horas a mais, realizadas pelas mulheres, implica que estas abram mão de outros interesses ou outras atividades, para darem conta de toda a demanda, gerando cansaço, sobrecarga e desgaste físico e emocional.”²¹

Ademais, em razão do preconceito estrutural que existe em nossa sociedade contra as mulheres, temos a realidade de que pouquíssimos cargos de liderança são ocupados pelas mulheres. Segundo André Luiz Maia, em artigo publicado no site do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (PB), são poucos os cargos de liderança ocupados por mulheres, aproximadamente 25%, sendo que algumas posições nem realmente influem no andamento das corporações e instituições. Segundo o autor: *“Ao fazer o recorte e pensarmos nas mulheres negras, o percentual cai para um percentual ainda mais alarmante, 8%.”²²*

Ademais, vale mencionar a diferença salarial concedida às mulheres, pelo simples fato de “ser-mulher”. Em diversos trabalhos na sociedade contemporânea mulheres ainda recebem um percentual a menos que o salário dos homens, mesmo que desempenhem as mesmas atividades que estes. Segundo um estudo feito pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2020: *“em mais de 100 países, foi atestado que homens recebem salários 14% maiores que os das mulheres.”²³*

Segundo a Juíza do Trabalho Ana Paula Porto, embora a legislação proíba diferença de salários ou de contratações em razão de gênero, o mercado de trabalho ainda reproduz comportamentos historicamente aceitos como, por exemplo, o preconceito quanto a que

²¹ GARCIA, C. F. ; VIECILL, Juliane. Implicações do retorno ao trabalho após licença-maternidade na rotina e no trabalho da mulher. **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 30, n. 2, p. 271–280, 2018. Pág. 275 (5-10) Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/fractal/article/view/5541/7061>>. Acesso em: 30/04/2023.

²² MAIA, ANDRÉ LUIZ. Dia da Igualdade Feminina: os preconceitos que ainda existem em torno da mulher no mercado de trabalho. Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região - Paraíba. Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/dia-da-igualdade-feminina-os-preconceitos-que-ainda-existem-em-torno-da-mulher-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 30/04/2023.

²³ MAIA, ANDRÉ LUIZ. Dia da Igualdade Feminina: os preconceitos que ainda existem em torno da mulher no mercado de trabalho. Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região - Paraíba. Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/dia-da-igualdade-feminina-os-preconceitos-que-ainda-existem-em-torno-da-mulher-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 30/04/2023.

determinadas profissões sejam atribuídas apenas a figuras masculinas, enquanto que outras profissões sejam atribuídas às figuras femininas, de acordo com os estereótipos historicamente demarcados pelo mercado de trabalho. Sendo assim, percebe-se que mesmo havendo uma legislação moderna, são os comportamentos e a visão da sociedade que precisam se atualizar quanto às questões de gênero no mercado de trabalho.

Vale ressaltar que o conceito de “gênero”, que tanto interfere na vida das mulheres até os dias atuais, em diversos aspectos da sua vida, incluindo suas tarefas maternas quanto profissionais, consiste em uma construção social, historicamente propagada de geração em geração. Segundo Flávia Piovesan e Paula Monteiro Danese, acerca da construção social de gênero:

“Os estereótipos de gênero costumam ser estudos contraditórios. Eles podem ser obscuros ou flagrantemente aparentes, o que dificulta nomeação da discriminação para superá-la. Os costumes da sociedade, a mídia que é consumida na sociedade, a religião predominante de uma cultura e a unidade familiar podem se misturar em uma ordem para perpetuar os estereótipos de gênero.”²⁴

(“Mulheres, Direito e Protagonismo Cultural” - Grifos nossos)

Por conseguinte, temos que as mulheres, enfrentam diversas dificuldades no seu cotidiano pelo simples fato de “ser-mulher”, condição esta socialmente construída ao longo de gerações pela nossa sociedade. Acrescentado às dificuldades supramencionadas, o fator “ser-mãe”, constitui em um fator exponencial de obstáculos colocados em relação às mulheres no mercado de trabalho, dado que ter ou não filhos pode influenciar na hora de contratação de empregos. Ademais, mesmo que a mulher consiga um emprego, há a possibilidade de não ter um salário equivalente ao seu colega de figura masculina que exerça as mesmas funções, além de dificilmente conseguir um cargo de liderança em razão do seu gênero.

Sendo assim, embora a Constituição de 1988, tenha normas que visem colocar homens e mulheres num mesmo patamar, resta evidente que em razão de limitações socialmente construídas, ainda há muito a que se fazer a fim de se fazer valer na nossa realidade, o princípio da igualdade, constitucionalmente garantida.

²⁴ PIOVESAN, FLÁVIA. DANESE, PAULA MONTEIRO. SOARES, Ines Virginia Prado *et al.* (coord.). **Mulheres, direito e protagonismo cultural**. Parte I. Item 4. Pág. 40 São Paulo: Grupo Almedina, 2022. 1 recurso online. ISBN 9786556277233.

2. A proteção à infância e os direitos da criança

A importância da proteção à infância, seja ela constitucionalmente garantida como um direito fundamental assim como regulamentada por normas infraconstitucionais, se dá pelo fato de que os infantes constituem o futuro da Pátria. Sendo assim, a proteção ao desenvolvimento desses sujeitos de direito deve ser prioridade, tanto na via jurisdicional, como já vem ocorrendo a partir da mutação interpretativa feita pelo Supremo Tribunal Federal na citada ADI n. 6.327, assim como na via legislativa e executiva.

Nesse diapasão, considerando a proteção à infância como um direito fundamental, garantido pelo art. 6º da Constituição, vale relembrar os ensinamentos de Paulo Bonavides, quanto à Teoria dos Direitos Fundamentais. O autor menciona dois critérios formais, de acordo com Carl Schmitt, para a caracterização do direito fundamental, sejam eles: a) todos os direitos ou garantias especificados no instrumento constitucional; b) aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou segurança, sendo portanto ou *imutáveis* ou de mudança *dificultada*, alteráveis mediante emenda à Constituição. No mais, Carl Schmitt esclarece que os direitos fundamentais são de acordo com as ideologias e espécies de valores de cada Estado, sendo assim, “*cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos*”²⁵.

Vale ressaltar também a condição dos infantes como sujeitos de direitos, conforme resguardado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no seu art. 100, Parágrafo Único, inciso I, o qual determina a: “*condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal*”.²⁶

Assim como mencionamos no início, quanto à necessidade de priorização acerca da defesa dos infantes como sujeitos de direitos simultaneamente nos três Poderes, Judiciário, Legislativo e Executivo, outros autores também ressaltam a luta pelos direitos das crianças, como Gisele Gonçalves, ao afirmar:

“O reconhecimento da criança como sujeito de direitos em uma lei específica se constituiu a partir de muitos anos de luta, de debates e embates pelos movimentos sociais, em fóruns, congressos e discussões para que a criança tivesse seus direitos assegurados pelo Estado. Contudo, a conquista efetiva dos direitos das crianças só se dará em articulação com questões mais amplas, relacionadas às transformações políticas, culturais e econômicas da sociedade, podendo-se afirmar que os direitos

²⁵ SCHMITT, CARL, ob. cit., pp. 163 a 165 apud BONAVIDES, PAULO. “Curso de Direito Constitucional. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros: 2016. Cap. 16. Pág. 575.

²⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8069 de 13 de julho de 1990. Planalto.gov.br. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 1 maio 2023.

*das crianças ainda permanecem mais no papel do que na prática*²⁷

Sendo assim, destacamos o progresso alcançado a partir da mencionada decisão da ADI n. 6.327, ao conceder o início dos benefícios a partir da alta hospitalar da mãe ou do bebê, a fim de se fazer valer a garantia constitucional da convivência familiar.

2.1. As garantias constitucionais dos infantes no Brasil

Os direitos referentes aos infantes, constitucionalmente garantidos, constituem naqueles previstos especialmente pelos artigos 6º e 7º da Constituição. Trata-se dos direitos sociais, previstos no Capítulo II, integrados no Título II, o qual prevê acerca dos direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, o artigo 6º determina que são direitos sociais a proteção à maternidade e à infância, entre outros citados, na forma da Constituição. Ademais, o artigo 7º da Constituição de 1988 determina que aos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, são concedidos os seguintes direitos, sejam eles:

“XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

(...)

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

(...)

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;”²⁸

(Grifos nossos)

Nesta ocasião, embora a concessão a licença-maternidade e licença-paternidade, em primeiro momento possam transparecer que se trate de direitos concedidos apenas aos genitores dos infantes, argumentamos que trata-se na verdade de direitos indiretamente correlacionados aos infantes, uma vez que permite que estes possam usufruir do direito à convivência familiar, constitucionalmente garantido pelo artigo 227, *in verbis*:

²⁷ GONÇALVES, Gisele. “A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS: LIMITES E POSSIBILIDADES.” [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <http://www.anpedsul2016.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2015/11/Eixo-5_GISELE-GON%C3%87ALVES.pdf>. Acesso em: 01/05/2023

²⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/05/2023

“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.”²⁹

(Grifos nossos)

Sendo assim, temos que o direito fundamental à convivência familiar impõe a uma coletividade de sujeitos passivos, sendo eles: à família, à sociedade e ao Estado, o dever perante os infantes. Ademais, coloca-se as crianças e adolescentes como “sujeitos ativos de direitos fundamentais.”³⁰

Ressalta-se que os artigos 6° e 7° da Constituição estão em conformidade com o que dispõe o artigo 5° da mesma Constituição, ao dispor acerca do princípio da isonomia e determinar que os direitos fundamentais são garantidos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País. Nesse diapasão, temos que qualquer pessoa no território nacional, não necessariamente um nacional, seja este infante ou genitor, tem acesso aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Acerca dos sujeitos ativos dos direitos fundamentais, Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, explicitam que historicamente os direitos fundamentais foram concebidos em favor de qualquer pessoa humana (física ou natural). Os autores explicam a necessidade de se interpretar extensivamente o conceito de residência, alcançando a situação de todo estrangeiro que resida no Brasil, “*ainda que por pouco tempo, inclusive o que se encontrar em situação irregular no país*”³¹.

Quanto à fruição de direitos fundamentais pelos estrangeiros não residentes, há três correntes acerca do tema, sendo eles: a) *corrente restritiva*, a qual argumenta que embora o constituinte seja claro ao não conceder direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes, não significa que não possam beneficiar-se dos direitos fundamentais previstos em normas infraconstitucionais; b) *corrente ampliativa*, posição majoritária na doutrina, o qual determina

²⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/05/2023

³⁰CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flavia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise. **Direitos da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo Atlas 2014 ISBN 9788522486021. Segunda Parte. Item 8. Pág. 138.

³¹BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. “Direito Constitucional. Tomo I - Teoria da Constituição. 8a. ed. rev. ampliada e atual. 2018 Editora Juspodivm. Parte. III. Cap. 1. Item 6. Pág. 612.

pela não literalidade do preceito fundamental a fim de se resguardar a dignidade da pessoa humana; e por fim; c) *corrente ampliativa moderada*, aos estrangeiros não residentes são beneficiários dos direitos fundamentais porém com algumas ressalvas.

Ocorre que, embora a Constituição de 1988, garanta a proteção à maternidade e à infância, como direito e garantia fundamental, inserida no rol dos direitos sociais, a concretização das disposições nas normas do ordenamento jurídico brasileiro, estão longe de serem efetivamente desempenhadas no cenário da realidade. Nesse sentido, Paulo Bonavides coloca que, quanto às reflexões referentes ao Brasil, o problema se encontra na aplicação da Constituição, sendo esta uma questão a ser resolvida que não cabe apenas ao Direito Constitucional, mas sim pela Ciência Política. O autor refere:

*“Contemporaneamente, os direitos sociais básicos, uma vez desatendidos, se tornam os grandes desestabilizadores das Constituições. Tal acontece sobretudo nos países de economia frágil, sempre em crise. Volvidos para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem numa esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime. Alojados na própria Constituição concorrem materialmente para fazê-la dinâmica, sujeitando-a ao mesmo passo a graves e periódicas crises de instabilidade, que afetam o Estado, o governo, a cidadania e as instituições”.*³²

No mais, a Constituição Federal de 1988, garante na matéria previdenciária, através dos artigos 201, inciso II e art. 203, inciso I, os seguintes benefícios quanto à proteção à maternidade e à infância:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;”

(...)

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;”³³

³² BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. Cap. 11. Item 8. Pág. 389.

³³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/05/2023

(Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Grifos nossos)

Vale mencionar os diplomas internacionais que influíram na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, que servem de referência em matéria de direitos da criança e de proteção à infância, servindo de molde para o ordenamento jurídico brasileiro: a Declaração de Genebra de 1924, a qual declarou a necessidade de conceder uma proteção especial à criança; a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, a qual diz que “*os Estados deverão criar políticas legislativa visando a atender aos interesse superior da criança*”³⁴; a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificada no Brasil pelo Decreto n° 678, e por fim, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989.

2.2. As garantias infraconstitucionais dos infantes

Embora a proteção à maternidade e à infância possuam amparo constitucional, tornou-se necessária a regulamentação através de normas infraconstitucionais, em que se fizessem valer os direitos garantidos às crianças, como por exemplo a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 3°, determina que esses sujeitos de direito devem gozar dos direitos fundamentais, sem prejuízo da proteção integral, a fim de lhes assegurar o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Sendo assim, cumpre ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, referida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.327 foi acertada, ao emitir uma interpretação mais benéfica ao pleno desenvolvimento da criança, visto que o início dos benefícios licença-maternidade e salário-maternidade após a alta hospitalar permitem o gozo do direito constitucional à convivência familiar, que já comprovamos possuir influência no desenvolvimento do infante.

A doutrina da proteção integral, amparada pelo ECA no seu art. 3°, tem origem na Declaração dos Direitos da Criança de 1959 ao reconhecer que as crianças gozavam e seriam credores dos direitos declarados naqueles documentos, e as reconhecendo como sujeitos de

³⁴ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flavia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise. **Direitos da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência.** São Paulo Atlas 2014 ISBN 9788522486021. Segunda Parte. Item 5. Pág. 70.

direitos. No entanto, foi apenas com a promulgação da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, em 1989, que a doutrina da proteção integral ganhou força coercitiva.

O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente reproduz as diretrizes colocadas pela Constituição de 1988, no seu art. 227, o qual determina pela preservação, com absoluta prioridade, da convivência familiar da criança, assim como outros direitos, pelos seguintes sujeitos: família, a comunidade, da sociedade em geral e do poder público.

Segundo Andréa Rodrigues Amin, na doutrina da Kátia Regina Maciel, esta explica que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado a fim de se dar objetividade à norma constitucional, sendo esse fundado em três pilares: “1) *criança e adolescente são sujeitos de direito*; 2) *afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e, portanto, sujeita a uma legislação especial e protetiva*; 3) *prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais*”.³⁵

Ao discorrer acerca da doutrina da proteção integral, a Andréa Rodrigues Amin, esclarece reflexão semelhante àquela feita por Paulo Bonavides, em citação supramencionada, quanto à efetividade das normas do ordenamento jurídico brasileiro, *in verbis*:

*“Resta por demais claro que no campo formal a doutrina da proteção integral está perfeitamente delineada e dotada dos instrumentos necessários para garantir os direitos fundamentais a crianças e adolescentes. O desafio, contudo, é tornar a doutrina real, efetiva, palpável; (...) Exige conhecimento aprofundado da nova ordem, capacitação constante, sem deixar esquecer as lições e experiências do passado. Mais. Exige comprometimento de todos os atores – Judiciário, Ministério Público, Executivo, técnicos, sociedade civil, família, comunidade – em querer mudar e adequar o cotidiano infantojuvenil a um sistema garantista. Exige vontade política. Exige respeito pelos vulneráveis. Exige um grau de cidadania elevado de toda a sociedade.”*³⁶

Os princípios gerais e orientadores de todo o sistema de garantia de direitos infantojuvenis, também conhecidos como *macroprincípios*, aplicáveis em todo o Estatuto da

³⁵ AMIN, Andréa Rodrigues. MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 14. São Paulo: Saraiva Jur, 2021 1 recurso online. ISBN 9786553621800. Parte I. Doutrina da proteção integral. Pág. 25.

³⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 14. São Paulo: Saraiva Jur, 2021 1 recurso online. ISBN 9786553621800. Parte I. Doutrina da proteção integral. Pág. 28.

Criança e do Adolescente, assim como estão presente em todo o âmbito que verse acerca dos direitos de crianças e adolescentes, são: a) princípio da prioridade absoluta e; b) princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O Ministro Edson Fachin, relator da citada Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.327, levou o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em consideração ao proferir seu voto. Segundo o Relator, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de forma a garantir o art. 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n° 99.710/1990), o qual prevê:

“1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:

a) reduzir a mortalidade infantil;

(...)

d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;

e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;”³⁷

(Decreto n° 99.710/1990 - Grifos nossos)

2.3. A saúde e desenvolvimento do recém nascido e o direito ao convívio familiar

O período de convivência pós parto entre o recém nascido e a mãe é essencial para o pleno desenvolvimento psíquico e físico do nascituro. Sendo assim, o direito constitucional ao convívio familiar, amparado pelo art. 227 da Constituição Federal, consiste em direito indispensável para a saúde da criança.

Nesses termos, o Ministério da Saúde, a Organização Mundial de Saúde (OMS) recomenda que seja realizado o aleitamento materno até os 6 meses de idade da criança. No mais, ainda que sejam introduzidos alimentos sólidos, recomenda-se que os infantes sejam amamentados até os dois anos de idade. O aleitamento materno, de acordo com o Ministério da Saúde, é uma das melhores formas de proteção contra a mortalidade infantil. Atualmente a

³⁷Convenção sobre os Direitos da Criança. Decreto 99.710/90. Planalto.gov.br. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 01/05/2023

amamentação chega aos 46%, percentual próximo dos 50 % estipulado pela OMS como meta a ser atingida até 2050. No entanto, apenas seis em cada dez (60%) crianças são amamentadas até completar 2 anos de idade.

Durante o lançamento da Campanha Nacional de Aleitamento Materno 2022, a Coordenadora-Geral de Saúde Perinatal e Aleitamento Materno, e representante do Ministério da Saúde, Janini Selva, ressaltou a necessidade de garantias legais, como a licença-maternidade, que estimulem a mãe trabalhadora a amamentar seus filhos, permitindo que ela se dedique ao máximo à criança:

“Licenças maternidade inferiores a 6 semanas aumentam em 400% a probabilidade da mulher não amamentar o seu filho ou [recorrer ao] desmame precoce”, alertou Janini, pontuando que, no Brasil, já há exemplos de boas práticas, tais como as empresas cidadãs, estimuladas a conceder 180 dias de licença às funcionárias gestantes – 60 dias além dos 120 previstos em lei. “A questão das trabalhadoras informais, contudo, é [um aspecto] no qual precisamos avançar para protegê-las.”³⁸

Sendo assim, ressaltamos que nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 392, é assegurado às mães trabalhadoras o período de 120 dias de licença-maternidade. No entanto, embora já haja legislação garantindo esse período de convivência familiar entre nascituro e mãe, nem sempre é o que se concretiza na realidade, especialmente pela preponderância das situações de trabalho informais que ocorrem no País.

Quanto às mães trabalhadoras que possuem trabalho formal, muitas vezes há uma preocupação delas ao retornar ao trabalho após o período de licença-maternidade. De acordo com estudo realizado por pesquisadoras da Faculdade de Ciências da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP) de Bauru (SP), Brasil, 37% das mães que estavam prestes a regressar ao trabalho tinham uma preocupação quanto à adaptação do bebê com cuidadores substitutos:

“Para 90% delas, a intenção de retornar ao trabalho estava presente. Todavia, entre a amostra que pretendia regressar às atividades ocupacionais, para 83% delas o retorno era motivo de preocupação em razão da crença de “deixar o bebê” (47%); e a preocupação quanto à “adaptação do bebê com cuidadores substitutos” (37%). Entre as que apresentaram justificativas de despreocupação com o retorno ao trabalho, estavam: “julgo ter uma boa rede de apoio” (60%), ou “não pretendo retornar” (20%)”.³⁹

³⁸ “**Campanha nacional busca estimular aleitamento materno**”. Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/2584-campanha-nacional-busca-estimular-aleitamento-materno>>. Acesso em: 06/05/2023

³⁹ MANENTE, Milena Valelongo; RODRIGUES, Olga Maria Piazentin Rolim. Maternidade e Trabalho: Associação entre Depressão Pós-parto, Apoio Social e Satisfação Conjugal. **Pensando fam.**, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 99-111, jul. 2016. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2016000100008&lng=pt&nrm=iso>.

Trata-se de uma preocupação recorrente no âmbito da maternidade. Muitas mulheres acabam optando por não retornar ao trabalho com medo das situações a que as crianças ficam submetidas nas creches. O direito à creche também consiste em um direito constitucionalmente garantido, tanto pelo artigo 7º, XXV “*assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas*”, quanto pelo artigo 208, inciso IV, que prevê o dever do Estado com a educação, mediante a garantia de: “*educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade*”⁴⁰. Sendo assim, a Constituição de 1988 rompeu com o modelo assistencial, uma vez que dispõe que creches e pré-escolas são instituições educativas, além de se tratar de um direito das crianças e das famílias⁴¹.

3. Um conceito inclusivo e amplo de “família” e ao direito à convivência familiar

O conceito de “família” vem se adaptando ao longo do tempo. Inicialmente “família” se caracterizava apenas pela presença de uma figura masculina, uma figura feminina e os seus filhos. Ocorre que, atualmente, já há entendimento tanto doutrinário, jurisprudencial, e principalmente reconhecido na prática pela sociedade, de que existem diversas formas de se constituir uma família.

Sabemos que no Brasil, assim como em outros países, há diversas modalidades de famílias, podendo elas ser: *famílias monoparentais*, em sua maioria *famílias monoparentais femininas*, de acordo com dados levantados pelo IBGE em 2018, as famílias monoparentais em que as mulheres são responsáveis pelos filhos de até 14 anos são aproximadamente 11 milhões no Brasil⁴². Acerca das famílias monoparentais, Dias esclarece que:

“A família monoparental ou unilateral desvincula-se da ideia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um de seus genitores, em

acessos em 06 maio 2023.

⁴⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/05/2023

⁴¹ LIMA, Flávia Santiago. “**Quem protegerá a maternidade e a infância? Creche e pré-escola no STF**”. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-02/quem-protegera-maternidade-infancia-creche-pre-escola-stf>>. Acesso em: 06/05/2023.

⁴² Maioria entre informais, mulheres têm lugar central na inédita renda emergencial. Gênero e Número. Disponível em: <<https://www.generonumero.media/reportagens/mulheres-renda-emergencial/#:~:text=As%20chamadas%20fam%C3%ADlias%20monoparentais%20que.de%20arranjos%20domiciliares%20do%20pa%C3%ADs>>. Acesso em: 07/05/2023.

razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, “produção independente” etc.”⁴³

Há também diversas *famílias com filhos adotivos*; assim como há as famílias constituídas com ambos os parentes sendo do mesmo gênero, logo, são famílias com *pais ou mães de relações homoafetivas*, reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal há mais de 10 anos de acordo com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277), no qual reconheceram a união estável homoafetiva como entidade familiar⁴⁴. A ementa da ADPF 132 dispõe acerca da nova conceituação de família:

“3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.”⁴⁵

(ADPF 132 - Grifos Nossos)

No mais, há as *famílias em que as crianças são criadas pelos avós ou outros*

⁴³ Dias (2002, p.11) apud GONÇALVES, Diana Coelho. “O DIREITO A LICENÇA-MATERNIDADE PARA CASAIS DE MULHERES EM VISTA A NATUREZA JURÍDICA E ATUAL CONJECTURA DA FAMÍLIA MODERNA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA” Pág. 24. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/6037>> Acesso em: 07/05/2023

⁴⁴ IBDFAM: “Reconhecimento das famílias homoafetivas pelo STF completa 10 anos; especialista aponta transformações ao longo da década”. Ibdfam.org.br. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/8427>>. Acesso em: 07/05/2023.

⁴⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Supremo Tribunal Federal. [s.l.: s.n.], 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 08/05/2023

parentes próximos. Sendo assim, temos uma diversidade de estruturas de famílias, não se encaixando apenas na típica estrutura familiar tradicional: pai, mãe e filho(a). Carlos Roberto Gonçalves explica referente às relações de parentesco:

*“As pessoas unem-se em uma família em razão de vínculo conjugal ou união estável, de parentesco por consanguinidade ou outra origem, e da afinidade. (...) Em sentido estrito, a palavra “parentesco” abrange somente o consanguíneo, definido de forma mais correta como a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de um mesmo tronco. Em sentido amplo, no entanto, inclui o parentesco por afinidade e o decorrente da adoção ou de outra origem, como algumas modalidades de técnicas de reprodução medicamente assistida, que, nos países de língua francesa, é chamada de procréation médicalement assistée.”*⁴⁶
(Carlos Roberto Gonçalves - grifos nossos)

Desta forma, temos que assim como em todos os outros aspectos que envolvam a sociedade civil, o Direito teve de se adaptar à realidade da sociedade que o constitui, atendendo a todas as variáveis possíveis. Por conseguinte, o mesmo deve ocorrer com os direitos constitucionalmente garantidos: da proteção à maternidade, à infância e à convivência familiar.

3.1. A relação entre adoção e proteção à maternidade e à infância

Verificado que existem diversas formas de se constituir uma família, temos que a garantia constitucional da proteção à maternidade e à infância deve se estender a todas essas modalidades. Seguindo a lógica de que o Direito deve se adaptar à realidade factual, a matéria previdenciária teve que, acertadamente, se adaptar às famílias constituídas por filhos adotivos, conferindo o salário-maternidade também a esses sujeitos de direitos.

Nesse sentido, a Lei 8.213/91, que dispõe acerca dos Planos de Benefícios da Previdência Social (PBPS) foi inicialmente alterada pela Lei n° 10.421/02, acrescentando ao PBPS o art. 71-A, concedendo o benefício do salário-maternidade à segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. Posteriormente, o art. 71-A do PBPS foi alterado pela Lei n° 12.873/13, trazendo duas inovações quanto ao benefício quando se tratar de adoção ou guarda judicial para fins de adoção, sendo elas: a) o benefício ser pago pelo período de 120 dias, independentemente da idade da criança adotada ou sob guarda judicial para fins de adoção; b) permitiu que a cobertura previdenciária seja dada ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção⁴⁷, *in verbis*:

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 6:** direito de família. 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. 1 recurso online. ISBN 9786553628359. Título II. Capítulo I. Item 1 Pág. 120.

⁴⁷ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **“Direito previdenciário esquematizado”**/Marisa Ferreira dos Santos; coord.

“Art. 71-A. 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 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)”

§ 1ª O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 2ª Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)”⁴⁸

Quanto aos direitos trabalhistas, a adaptação à legislação quanto a essas realidades familiares também ocorreu, concedendo portanto, a licença-maternidade nos casos de adoção ou guarda judicial nos mesmo termos do art. 392, conforme dispõe o art. 392-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, ao dispor:

“Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)”

~~§ 1ª No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002) (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009)~~
Vigência

~~§ 2ª No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002) (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009)~~ Vigência

~~§ 3ª No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002) (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009)~~ Vigência

§ 4ª A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 5ª A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)”⁴⁹

Pedro Lenza - 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016. Capítulo 5. Item. 5.3.5.9. Pág. 326.

⁴⁸Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Art. 71-A. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 07/05/2023.

⁴⁹BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 07/05/2023

Quanto à concessão dos benefícios, e a diferenciação de prazos, conforme a idade da criança, vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal interpretou que os prazos da licença-gestante devem ser equivalentes aos da licença-adotante. Trata-se da tese de repercussão geral, proferida em no Recurso Extraordinário 778.889 de Pernambuco:

“EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE.

1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto à licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.”⁵⁰

(Recurso Extraordinário 778.889/2016 Pernambuco - Supremo Tribunal Federal - Relator Ministro Roberto Barroso).

Sendo assim, temos portanto que a adaptação das normas jurídicas se deram tanto no âmbito do Direito Previdenciário, quanto Trabalhista, a fim de garantir a proteção à maternidade e à infância, constitucionalmente garantidos, àqueles que se tornaram responsáveis por infantes através do processo de adoção ou da guarda judicial para fins de adoção da criança. Nesse sentido, houve a adaptação das normas jurídicas para que houvesse a inclusão de diversas modalidades familiares nas proteções, garantias e benefícios que devem ser concedidos aos infantes e àqueles responsáveis por eles.

Ademais, ressalta-se que a adoção, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente consiste em uma medida excepcional e irrevogável, nos termos do art. 39, §1º. Carlos Roberto Gonçalves relembra que no atual conceito de adoção devem ser observados o princípio do melhor interesse da criança.⁵¹ Por conseguinte, entendemos que esse princípio está diretamente relacionado com o princípio constitucional da proteção à infância, uma vez que o princípio do melhor interesse da criança seria uma subespécie daquele.

3.2. A licença-maternidade e licença-paternidade em relações homoafetivas

Seguindo a lógica da constante necessidade de adaptação das normas jurídicas quanto à realidade factual da sociedade e considerando o posicionamento do Supremo

⁵⁰ *Recurso Extraordinário 778.889/2016 Pernambuco - Supremo Tribunal Federal - Relator Ministro Roberto Barroso. Ementa e Acórdão. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>> . Acesso em: 09/05/2023.*

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 6:** direito de família. 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. 1 recurso online. ISBN 9786553628359. Título II. Capítulo IV. Item 1 Pág. 149.

Tribunal Federal quanto ao reconhecimento das uniões estáveis em relacionamentos homoafetivos, perante os julgados na ADPF n. 132 e na ADI n. 4.277, analisaremos como se deverá proceder o benefício da licença-maternidade ou da licença-paternidade nesses casos, de forma que haja a inclusão do direito constitucional à convivência familiar perante todas as famílias brasileiras.

Ressalta-se que um dos princípios constitucionais fundamentais, e que atua como pilar para todos os demais direitos do ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da igualdade, amparado pelo art. 5º, caput, da Constituição. Ademais, a Constituição de 1988 possui como pilar o princípio da não-discriminação, sendo este inclusive, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do seu art. 3º, inciso IV, ao dispor que se deve: *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*⁵².

Outrossim, consideramos que além da garantia dos princípios da igualdade, assim como o princípio da não-discriminação, a concessão dos benefícios relacionados à proteção à maternidade e à infância deve ser concedida nas relações homoafetivos em razão da necessidade de concretização referente ao princípio do melhor interesse da criança, dado que a concessão do salário-maternidade e licença-maternidade, ou licença-paternidade a esses casais, tem como principal objetivo a convivência familiar do infante com seus familiares.

Embora já tenha havido antigamente divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de concessão de licença-maternidade às mães não gestantes em relações homoafetivas, em 2019 o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer o tema como matéria de repercussão geral (Tema 1072), julgou no Recurso Extraordinário 1211446 pela concessão da licença-maternidade à mãe não-gestante⁵³.

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. MELHOR INTERESSE DO MENOR.

⁵² BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09/05/2023

⁵³ ROVER, Tadeu. “STF reconhece repercussão pela licença à mãe não-gestante de casal gay”. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-24/stf-decide-licenca-mae-nao-gestante-casal-gay>>. Acesso em: 09/05/2023.

*PLURIPARENTALIDADE. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL.*⁵⁴

(Recurso Extraordinário 1211446. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Luiz Fux) - Grifos nossos

Desta forma, temos na via judiciária uma interpretação mais benéfica às mães, estando em concordância com o princípio constitucional da proteção à maternidade e à infância. Ademais, a via legislativa também possui tendência a um posicionamento semelhante, visto que dentre os 13 projetos de lei que tramitam atualmente no Congresso Nacional, englobando a licença parental, inclusive a licença maternidade e paternidade para casais homoafetivos, um deles, o Projeto de Lei n. 1974/21 prevê a concessão de licença igualitária de 180 dias, sendo o casal ou hétero ou homoafetivo, a partir do nascimento, adoção do infante⁵⁵.

Nesse sentido, verificado o posicionamento semelhante da jurisprudência e da proposta legislativa, ao darem uma interpretação mais benéfica aos casais homoafetivos, temos que dois dos três Poderes se encontram mais próximos à realidade das famílias na sociedade brasileira.

3.3. A licença-maternidade, licença-gestante, licença-paternidade e sua relação com o princípio da igualdade

A licença-maternidade, garantida pelo citado art. 7º, inciso XVIII da Constituição Federal prevê a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, pelo período de cento e vinte dias, enquanto que a licença-paternidade, amparada pelo art. 7º, inciso XIX da Constituição será definido nos termos fixados em lei.

Referente aos trabalhadores que não se enquadram no âmbito dos servidores públicos, a regulamentação das licenças maternidade e paternidade, ocorre através da

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1211446**. Relator Min. Luiz Fux. Stf.jus.br. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5701548>>. Acesso em: 9 maio 2023.

⁵⁵ CLÍNICA PLURIS. “**Licença maternidade e paternidade para casais homoafetivos**”. Clínica Pluris. Disponível em: <<https://www.clinicapluris.com.br/blog/licenca-maternidade-e-paternidade-para-casais-homoafetivos/#:~:text=O%20PL%201974%2F21%20prev%C3%AA.casal%20ser%20h%C3%A9tero%20ou%20homoafetivo>>. Acesso em: 09/05/2023.

Consolidação das Leis Trabalhistas. A CLT, nos termos do seu artigo 392, confere à mãe trabalhadora 120 dias de licença-maternidade, ao dispor: “*A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário*”⁵⁶. Por sua vez, a CLT confere através do art. 473, ao pai trabalhador, 5 dias de licença-paternidade: “*O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário: III - por 5 (cinco) dias consecutivos, em caso de nascimento de filho, de adoção ou de guarda compartilhada*”⁵⁷.

Ademais, a licença-gestante é garantida à servidora pública, previsto pela Constituição de 1988 no seu art. 39, §3º, uma vez que concede aos servidores alguns dos direitos amparados pelo art. 7º, ao dispor:

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#) [\(Vide ADI nº 2.135\)](#)”

(...)

*§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”*⁵⁸

A Lei nº 8.112/90, ao dispor acerca do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece também quais as condições para que a servidora pública federal gestante tenha a concessão à sua licença de 120 dias. Ocorre que, caso se trate de adoção ou guarda judicial de criança de até um ano, serão concedidos à gestante, 90 dias de licença e caso a criança tenha mais de um ano, conceder-se-á 30 dias. Quanto à licença-paternidade, a Lei nº 8.112/90 confere aos servidores públicos o período de 5 dias consecutivos pelo nascimento ou adoção dos filhos.

Vale ressaltar a possibilidade de ampliar o período de convivência familiar, através da implementação do citado Programa Empresa Cidadã, no qual se estendem 60 dias à licença-maternidade a mais aos 120 dias já garantidos pela Constituição Federal, no seu

⁵⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10/05/2023.

⁵⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10/05/2023.

⁵⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09/05/2023

artigo 7º, inciso XVIII, totalizando em 180 dias. Assim como é possível também, com a implementação do Programa, prorrogar a licença-paternidade em 15 dias além dos cinco dias já garantidos pelo art. 10, §1º pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É como dispõe o art. 1º da Lei nº 11.770/08:

*“Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:
(Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)*

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal; (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)”⁵⁹

Por conseguinte, considerando a diferença dos períodos de afastamento entre a licença-maternidade e a licença-paternidade, o questionamento que fica é em relação a eficácia do princípio da isonomia pelo próprio constituinte, ao conceder, na própria base do ordenamento jurídico brasileiro, logo, na Constituição Federal, períodos de licença proporcionalmente muito diferentes e quais seriam as diferenças práticas que essas normas implicam na sociedade brasileira.

Esse questionamento pode ser abordado tanto: a) no âmbito das diferenças de estereótipo de gênero; b) quanto na aplicação prática de diferenças dos períodos de licença maternidade e paternidade quanto ao infante e seu direito constitucional à convivência familiar.

Em relação ao primeiro aspecto, a reflexão pode ser desenvolvida tanto pela questão do gênero, uma vez que ao colocar essas diferenças na base do ordenamento jurídico, logo na Constituição Federal, não estaria a Magna Carta contribuindo, ou até mesmo, normalizando para a propagação de estereótipos de gênero pré-estabelecidos pela sociedade? Trata-se da tendência a se atribuir as tarefas domésticas e de cuidados dos infantes apenas, ou preponderantemente, às figuras femininas das famílias. Sendo assim, ao se conceder, através de normas jurídicas constitucionais, uma licença-maternidade de 120 dias às mães, enquanto se concede apenas 5 dias de licença-paternidade aos pais, não estaria a Constituição da

⁵⁹[BRASIL] Lei nº 11.770/08. Planalto.gov.br. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/11770.htm>. Acesso em: 10/05/2023.

República Federativa do Brasil de 1988, reproduzindo as predisposições sócio-culturais quanto às divisões de tarefas entre figuras femininas e masculinas?

Mesmo que haja, no entanto, a necessidade de se considerar à diferença dos períodos de licença entre a licença-maternidade e licença-paternidade, em razão das questões de saúde, visto que a mulher passa por diversas adaptações corporais e hormonais durante o período de gestação e amamentação, devemos refletir se a diferença de 115 dias entre uma licença maternidade e paternidade estaria apropriada, envolvendo todas as questões como um todo, como por exemplo àquelas referentes à: saúde, a aplicação do princípio constitucional da isonomia e à proteção do infante quanto ao direito de convivência familiar com ambos os pais.

Quanto à temática das licenças-maternidade e paternidade no setor privado, houve um incentivo tanto ao princípio da igualdade quanto à convivência familiar pela empresa norte-americana *Netflix*, ao divulgar que concederia aos seus funcionários 1 ano de licença de afastamento remunerado, tanto às mães, quanto aos pais. Porém, trata-se de uma iniciativa corporativa, não de algo que foi imposto juridicamente à empresa. No entanto, reconhece-se a reflexão do princípio da isonomia ao conceder o afastamento remunerado, sem distinção de gênero⁶⁰.

Por fim, lembramos Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior em relação à máxima aristotélica de *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”*:

“Assim, o que desde logo se pode perceber é que a antiga e conhecida máxima aristotélica, segundo a qual deve haver tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade, apesar de correta, não concretiza explicação adequada quanto ao sentido e ao alcance do princípio da isonomia, porque a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade.”⁶¹

Sendo assim, percebemos a dificuldade do constituinte em determinar os períodos das licenças maternidade e paternidade de forma isonômica, uma vez que se deve conciliar

⁶⁰ BBC NEWS BRASIL. “Quais países oferecem as maiores e as menores licenças maternidade?”.

Disponível em:

<[⁶¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. Barueri - SP: Manole, 2021 1 recurso online. ISBN 9786555769838. Parte. IV. Capítulo 1. Pág. 160](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_licenca_maternidade_paises_rm#:~:text=Em%20de%20est%C3%A3o%20os%20pa%C3%ADses,licen%C3%A7a%20maternidade%20no%20mundo%20todo.> Acesso em: 11/05/2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

tanto a questão das divisões quanto aos cuidados do infante, assim como há materialmente a diferença no âmbito da saúde por conta da gestação, havendo portanto, de acordo com a lógica dos autores supramencionados, uma dificuldade em se identificar a medida dessa desigualdade. Por fim, ressaltamos que embora se trate de situações e condições diferentes para as figuras maternas e paternas, o mais importante é estabelecer direitos que confirmam ao infante o direito de convivência familiar, obedecendo ao princípio do melhor interesse à criança.

4. A proteção à maternidade e à infância no Direito Comparado

Analisamos apenas como se deu a proteção à maternidade e à infância no ordenamento jurídico brasileiro. Vimos as variadas formas de proteção dessas garantias constitucionais tanto por meio de normas constitucionais e infraconstitucionais, assim como se dá a proteção pelas vias judiciárias e legislativas do Direito interno.

Sendo assim, após verificar a aplicação da proteção à maternidade e à infância no sistema do Direito interno, vale fazer uma comparação de como ocorrem essas proteções no sistema internacional, tanto nos países próximos à Nação, assim como é a proteção em países mais distantes, como sistemas jurídicos que divergem ao ordenamento jurídico brasileiro, e que acolham o sistema de *common law*, por exemplo.

O ordenamento jurídico brasileiro se destaca no âmbito da proteção à maternidade e à infância, por ser um dos 34 países que cumprem a recomendação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) quanto à concessão de ao menos 14 semanas de licença-maternidade com remuneração não inferior a dois terços ao seu salário⁶².

4.1. O direito à maternidade sob o ponto de vista europeu

Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) divulgados pela

⁶² BBC NEWS BRASIL. “Quais países oferecem as maiores e as menores licenças maternidade?”. Disponível em: <

BBC NEWS Brasil em 2015⁶³, a maioria das mulheres no mundo que trabalham, sendo elas aproximadamente 830 milhões, carecem de uma proteção adequada à maternidade, sendo que 80% delas são da África e da Ásia.

Os dados divulgados pela OIT apontam que na Europa se encontra as mais longas licenças-maternidades, países com a economia mais forte, entre eles: o Reino Unido e a Noruega, ambos com 315 dias de licença; a Suécia com 240 dias; e por fim, a Croácia, o país que confere a maior licença-maternidade no mundo, com 410 dias de licença. No mais, Montenegro, Bósnia e Albânia conferem 365 dias de licença-maternidade.

Nesse sentido, observa-se a discrepância do período de afastamento durante a licença-maternidade entre os países mais desenvolvidos e com a economia mais forte e o período concedido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo com a extensão da licença, a partir da implementação do citado Programa Empresa Cidadã, no Brasil somente é possível conseguir um afastamento de no máximo 180 dias, logo, trata-se apenas de metade do período ofertado por alguns dos países mais desenvolvidos. No mais, deve-se considerar também que não é toda mãe trabalhadora brasileira que consegue a concessão desse período integral, há diversas variáveis envolvidas, como por exemplo se o trabalho é formal, informal, se é participante do Programa Empresa Cidadã, entre outras variáveis.

Ademais, os salários podem variar de acordo com a quantidade de semanas que a trabalhadora fica afastada, podendo ser: 80%, 90% ou 100% do salário enquanto percorrer o período de licença. No Reino Unido, por exemplo, as mulheres recebem 90% do salário nas primeiras seis semanas, variando o valor após esse período; já na Croácia, além de ser o país que oferece o maior período de licença-maternidade, também oferece 100% do salário por seis meses de afastamento; e na Suécia, é oferecido 80% do salário por todo o período de afastamento.

Semelhantemente à lógica do ordenamento jurídico brasileiro, o qual a fim de garantir a proteção constitucional à infância, institui como pilar o princípio do melhor interesse à criança, o Parlamento Europeu também se posicionou nesse sentido. O Parlamento Europeu, considerou que os direitos das crianças devem ser um dos principais pilares das políticas familiares, de forma a insistir na melhoria da legislação quanto à conciliação dos pais

⁶³ BBC NEWS BRASIL. “Quais países oferecem as maiores e as menores licenças maternidade?”. Disponível em: <

e mães entre trabalho e vida familiar. Sendo assim, em 2004, aprovaram uma Resolução a ser adotada por todos os Estados Membros da União Europeia, no qual as recomendações são referentes ao bem-estar infantil⁶⁴.

No caso de gravidez na Alemanha, a mãe trabalhadora que tiver um emprego fixo poderá desfrutar de licença-maternidade, ou o “*Mutterschutz*” a partir de 6 semanas antes do parto. A licença-maternidade alemã tem a duração de pelo menos 14 semanas, podendo esse período ser estendido. Ocorre que, pela legislação alemã, é possível também solicitar a licença parental, ou “*Elternzeit*”. A licença parental, por sua vez, permite ficar em casa até a criança completar 3 anos de idade, podendo retornar ao trabalho após esses três anos⁶⁵. Trata-se de uma situação que beneficia amplamente o pleno desenvolvimento psicossocial da criança, conforme os estudos previamente citados neste trabalho, no item. 1.3.

Nesse sentido, temos que a licença-parental, uma novidade normativa, sendo aplicada em alguns países mais desenvolvidos, consiste em uma alternativa para amenizar as desigualdades de gênero entre as figuras femininas e masculinas parentais. Segundo Fernanda Feitoza, a respeito dessa inovação jurídica:

*“Em geral, há um prazo da licença maternidade que deve ser obrigatoriamente usufruído pela mãe, para recuperação do parto e amamentação, e depois há um período que pode ser gozado por qualquer um dos genitores, sendo que em alguns países existem uma “cota” para cada um dos pais.”*⁶⁶

Quanto aos períodos longos de licença-maternidade, embora já tenha sido sugerido como ideia legislativa, disponível no site do Senado⁶⁷, a ideia da aplicação no Brasil de normas que se assemelham às normas de proteção à maternidade e à infância alemãs não houve sucesso. A ideia legislativa foi frustrada e encerrada visto que não teve o apoio necessário para a continuação da sugestão no âmbito legislativo. Trata-se da seguinte proposta legislativa:

⁶⁴ ABRÃO, K. C. L.; MIOTO, R. C. T. Políticas de “Conciliação” entre Trabalho e Responsabilidade Familiar: o debate em curso na Europa e na América Latina / “Conciliation” Policies Between Work and Family Responsibility: the ongoing debate in Europe and Latin America. Textos & Contextos (Porto Alegre), [S. l.], v. 16, n. 2, p. 313–327, 2017. DOI: 10.15448/1677-9509.2017.2.25697. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/fass/article/view/25697>. Acesso em: 11 maio. 2023.

⁶⁵ Vida com crianças - A vida com filhos - Mein Weg nach Deutschland - Goethe-Institut. Goethe.de. Disponível em:

<<https://www.goethe.de/prj/mwd/ptbr/indeutschlandleben/fam/lebenmitkindern.html#:~:text=A%20licen%C3%A7a%20maternidade%20tem%20dura%C3%A7%C3%A3o,complete%203%20anos%20de%20idade>>. Acesso em: 12/05/2023.

⁶⁶ FEITOZA, Fernanda Bezerra Martins. Mães, trabalho e proteção social : uma análise sobre a licença maternidade no contexto dos direitos fundamentais. Repositorio.unb.br, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/41213>>. Acesso em: 14/05/2023. Cap. 2.1. Pág. 69.

⁶⁷ SENADO FEDERAL. Portal e-Cidadania - Senado Federal. Portal e-Cidadania - Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoidéia?id=161479>>. Acesso em: 13/05/2023.

“Alteração da Licença Maternidade (Com Base na Legislação Alemã)

Utilizar como base o esquema de licença maternidade da Alemanha, pensando em algo que facilite a vida dos pais no Brasil. Por lá, a licença vai de 12 meses a 3 anos. Nos primeiros 12 meses, a mulher recebe 80% do salário que recebia antes do parto depois disso, sem remuneração, mas com estabilidade. (...) Entendo que 12 meses de licença seja impraticável para os cofres públicos, mas existem alternativas a custo zero. Por que não permitir que a funcionária de uma empresa cidadã trabalhe meio período por até 3 anos e receba um salário proporcional a isso? Também, por que não permitir que a mãe tire licença não-remunerada por até 3 anos para cuidar dos filhos, mantendo a estabilidade em seu retorno?”⁶⁸

Ocorre que seriam necessários 20.000 apoios para a continuar com a ideia legislativa e no entanto houve apenas um apoio. Uma reflexão a se fazer é por que uma ideia legislativa que beneficiaria tanto as mães, assim como, especialmente, as crianças brasileiras em si, garantindo a proteção constitucional à maternidade e à infância não obteve sucesso, além de ter um apoio nem minimamente próximo do que seria o necessário? Tratar-se-ia de uma questão referente à proposta legislativa não ter tido recursos a uma publicidade suficiente, não foi amplamente divulgada? Por que as ideias que beneficiem especialmente o público alvo feminino, ou seja, as cidadãs brasileiras, têm tanta dificuldade de serem aprovadas? Resta evidente que as dificuldades enfrentadas pelas mulheres ultrapassam o âmbito da legislação, devendo-se encarar os estereótipos de uma sociedade com conceitos pré-apontados.

4.2. A maternidade nos países vizinhos ao Brasil: Chile e Uruguai

Embora a perspectiva dos países europeus seja interessante para a análise de diversas formas jurídicas de proteção à maternidade e à infância, é importante também considerar os países que tenham situações sociodemográficas e econômicas semelhantes à realidade brasileira. Sendo assim, analisaremos mais especificamente o Direito Comparado de dois dos países mais próximos ao Brasil, sendo eles: Chile e Uruguai.

O Chile foi um dos países pioneiros na implementação da licença-parental, também conhecida como *Permiso Parental Postnatal*. O Brasil, por sua vez, não possui licença-parental, oferecendo apenas a possibilidade de licença-maternidade e

⁶⁸ SENADO FEDERAL. Portal e-Cidadania - Senado Federal. Portal e-Cidadania - Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=161479>>. Acesso em: 13/05/2023.

licença-paternidade. No Chile, a licença maternidade tem duração de até 18 semanas, enquanto que a licença-paternidade tem duração de 5 dias úteis, podendo esta ser complementada pelo período de 12 semanas da licença-parental em tempo integral ou por 18 semanas por meio período.

Embora a licença-paternidade chilena possua um período de 5 dias, logo, exatamente igual ao da legislação brasileira, há duas particularidades positivas que merecem ser mencionadas. Primeiramente, a licença-paternidade do Chile permite que os pais utilizem esse período a qualquer momento durante o primeiro mês após o nascimento, permitindo uma flexibilização em relação a quando este período possa ser usufruído pelo recém-pai. A segunda particularidade é que a licença-paternidade chilena constitui em “direito irrenunciável”, incentivando o pai na participação dos cuidados do recém-nascido e contribuindo na garantia do direito à convivência familiar.

Quanto à aplicação da licença-parental no contexto chinelo, foram extraídas as seguintes conclusões de um estudo referente ao tema:

“Conclui que a licença PPP constitui um avanço incontestável nas possibilidades de os homens participarem do cuidado diário de seus filhos e é uma medida fundamental para o avanço das mudanças em relação à igualdade de gênero. Entretanto, a política tem o desafio de gerar estímulos para transformar as atitudes de homens e mulheres no que se refere às responsabilidades de cuidados dos filhos.”⁶⁹

Sendo assim, temos que a aplicação de uma licença-parental no contexto brasileiro poderia beneficiar as mulheres em relação à efetividade do princípio da igualdade, ao permitir algo que se aproxime mais de uma equiparidade de gênero. Ademais, a concessão desse benefício, também permitiria uma melhor aplicação do direito à convivência familiar, contribuindo inclusive, para um melhor desenvolvimento psicossocial do infante e garantindo a proteção à infância.

O Uruguai, por sua vez, prevê de 13 a 14 semanas de licença-maternidade. Quanto à licença-paternidade, são concedidos de 10 a 13 dias. No entanto, no caso de adoção, esse período muda, concedendo à mãe o período de 6 semanas de afastamento e para o pai 10 dias de licença-paternidade. Interessante observar como a sociedade persiste em conceder períodos

⁶⁹ ANDRADE, Luiza Lobato. Gênero, trabalho e bem-estar social na América Latina: um estudo das políticas de licenças maternidade, paternidade e parentais no Brasil, Chile e Uruguai. 2018. 127 f. il. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Cap. 4.4.2. Pág. 89. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/32322>> Acesso em: 14/05/2023.

de licença divergentes em razão da questão de gênero do responsável. Ressalta-se que, mesmo no caso de adoção do infante, no qual não há uma justificativa de recuperação biológica, como ocorre no caso das mães gestantes, ainda assim, há uma diferença no período a ser concedido entre mães e pais, enfatizando uma diferença socioculturalmente construída em relação à divisão das tarefas domésticas e familiares entre as figuras masculinas e femininas.

Vale destacar que, apesar das diferenças de gênero, quanto aos períodos de licença-maternidade e licença-paternidade, o Uruguai também se destaca como um dos poucos países da América Latina a conferir aos seus cidadãos a licença parental, conhecido como: *Subsídio Parental para Cuidados*, através da Sistema Nacional de Cuidados. Não obstante, embora a concessão de licença parental vise amenizar as desigualdades de gênero, na prática, a aplicação do benefício não teve tanto impacto. De acordo com a pesquisa: “*Dentre as famílias que se utilizaram do benefício da licença parental no período analisado pela pesquisa – novembro de 2013 a dezembro de 2014, em 97,4% delas foi a mãe que usufruiu do benefício e em apenas 2,6%, o pai*”.⁷⁰

A discrepância da utilização do benefício por figuras maternas ou paternas tem motivos similares aos das razões dos contextos socioculturais do Chile e do Brasil. No Uruguai, mais de metade da população acredita que o cuidado com as crianças constitui em obrigação da mãe, ao passo que apenas um terço acredita que se trata de uma responsabilidade do pai também. Ademais, a ideia de que os cuidados com a criança seriam de responsabilidade apenas da mãe são reforçados pelo fato da licença parental ser no mesmo período que se recomenda de amamentação da mãe, de tal forma a desincentivar os pais a solicitarem a licença-parental.

4.3. A proteção à maternidade nos países menos desenvolvidos

Segundo dados divulgados pela UNICEF, os países menos desenvolvidos possuem uma média acima da global, em relação ao índice de amamentação exclusiva de leite materno no primeiro semestre de vida do infante. Os dados indicam que a média global é de 40%, enquanto que os países menos desenvolvidos, possuem média de aproximadamente 50,8%. Os

⁷⁰ ANDRADE, Luiza Lobato. Gênero, trabalho e bem-estar social na América Latina: um estudo das políticas de licenças maternidade, paternidade e parentais no Brasil, Chile e Uruguai. 2018. 127 f. il. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Cap. 4.4.2. Pág. 94. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/32322>> Acesso em: 14/05/2023.

maiores índices foram os dos seguintes países: Ruanda, com 86,9%; Burundi, com 82,3%, Sri Lanka, com 82%; Ilhas Salomão, com uma média de 76,2%; e por fim, Vanuatu, com 72,6%.⁷¹

Embora a exclusividade da amamentação de leite materno no início da vida do infante seja positiva, em relação ao pleno desenvolvimento e saúde da criança, deve-se refletir quais são os fatores que levaram a resultados como esse, assim como, quais seriam os motivos para que apenas nos países subdesenvolvidos as mães amamentam seus filhos com leite materno. Seria uma questão ao acesso a outros alimentos, ou uma questão referente à diversidade de acesso a trabalhos remunerados, e suas respectivas licenças-maternidades?

Vale mencionar a importância da amamentação exclusiva do leite materno no início da vida do infante. Segundo a campanha “*Todos pela amamentação. É proteção para a vida inteira*”, feita no marco da Semana Mundial do Aleitamento Materno” pelo Ministério da Saúde do Brasil e com a participação da OPAS (Organização Pan-Americana de Saúde), é forçoso promover o aleitamento materno, de tal forma a se incentivar a amamentação no Brasil até os dois anos de idade ou mais. Ademais, incentiva-se a amamentação do leite materno de forma exclusiva, nos seis primeiros meses de vida.⁷²

Segundo pesquisa realizada por Fernanda Feitosa, na África, a média de tempo da licença maternidade é de 12,5 semanas, enquanto que, a média dos países europeus é de 31,5 semanas.⁷³

De acordo com os estudos da pesquisadora, esta concluiu que embora exista uma relação entre a educação, a renda, os serviços de saúde e os períodos de licença maternidade, também que a remuneração durante a licença varia de forma independente a esses fatores. Nesse sentido, mesmo que um país tenha um Índice de Desenvolvimento Humano alto, não significa que a licença maternidade corresponderá a 100% do salário da mãe trabalhadora. Como por exemplo: embora o Reino Unido, possui um IDH alto (0,920); a Itália, que também

⁷¹ UNICEF: apenas 40% das crianças no mundo recebem amamentação exclusiva no início da vida. Brasil. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/83869-unicef- apenas-40-das-crian%C3%A7as-no-mundo-recebem-amamenta%C3%A7%C3%A3o-exclusiva-no-in%C3%ADcio-da-vida>>. Acesso em: 14/05/2023.

⁷² OPAS destaca importância de participação de toda sociedade na promoção do aleitamento materno, em lançamento de campanha no Brasil - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde. Paho.org. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/noticias/29-7-2021-opas-destaca-importancia-participacao-toda-sociedade-na-promocao-do-aleitamento>>. Acesso em: 14/05/2023.

⁷³ FEITOZA, Fernanda Bezerra Martins. Mães, trabalho e proteção social : uma análise sobre a licença maternidade no contexto dos direitos fundamentais. Repositorio.unb.br, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/41213>>. Acesso em: 14/05/2023. Cap. 2.1. Pág. 68.

possui um IDH alto (0,883), confere à mãe trabalhadora uma licença de 22 semanas; enquanto que, a Malásia, embora tenha um IDH de valor razoavelmente próximo ao da Itália (0,779), ela possui apenas 8 semanas de licença.⁷⁴

⁷⁴ FEITOZA, Fernanda Bezerra Martins. Mães, trabalho e proteção social : uma análise sobre a licença maternidade no contexto dos direitos fundamentais. Repositorio.unb.br, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/41213>>. Acesso em: 14/05/2023. Cap. 2.1. Pág. 69.

Conclusão

O ordenamento jurídico brasileiro, embora possua uma vasta interdisciplinaridade, espalhada, inclusive, quanto à hierarquia normativa, tanto por via de normas constitucionais, quanto infraconstitucionais, de determinações que confirmam proteção às mulheres e mães trabalhadoras, quanto aos seus direitos de conciliarem o trabalho profissional quanto familiar, restam ainda diversas particularidades na realidade brasileira que dificultam a efetividade do princípio da igualdade.

Sendo assim, a desigualdade de gênero ainda se encontra presente na sociedade brasileira, inclusive por meio de normas jurídicas que pré-estabelecem, reforçando tais desigualdades, como por exemplo a disparidade de períodos entre as licenças-maternidade e paternidade. Embora haja, por via judicial, ou seja, por meio do julgamento da citada Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.327 no Supremo Tribunal Federal, um avanço quanto à proteção à maternidade, visto que foi concedida interpretação mais benéfica à mãe e ao infante em relação à licença-maternidade, ao determinar que seu início é a partir da alta-hospitalar, de tal forma a garantir o pleno desenvolvimento da saúde da criança, restam evidentes ainda os diversos obstáculos a serem superados pela sociedade brasileira quanto aos preconceitos de gênero.

Ademais, os infantes, como sujeitos de direitos, merecem a priorização do Estado, da sociedade e da família na garantia de seus direitos, com enfoque, de acordo com as análises realizadas neste trabalho, ao direito à saúde e à convivência familiar, dada a interdisciplinaridade desses direitos fundamentais, especialmente nos primeiros meses de vida do infante, dada a importância da convivência familiar para o pleno desenvolvimento psicossocial da criança e da influência do aleitamento exclusivamente materno, devendo-se observar sempre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Quanto à inclusão dos novos conceitos de família, o ordenamento jurídico brasileiro tem se destacado pelas suas alterações, sejam elas, por via legislativa, apresentando projetos de lei referentes à licença parental, inclusive a licença-maternidade e paternidade para casais homoafetivos; ou por meio das alterações realizadas na Lei do PBPS (art. 71-A), inovando quanto à concessão do benefício quando se tratar de adoção; e pela alteração na CLT, ao conferir à mãe trabalhadora que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção a licença maternidade nos mesmos termos do art. 392.

No mais, percebe-se uma evolução quanto à garantia da convivência familiar na via judicial no âmbito de inclusão familiar, visto que também se destacou ao equiparar a

licença-adoptante com a licença-gestante, através do Recurso Extraordinário n. 778.889; assim como ao permitir a concessão da licença-maternidade à mãe não gestante em relações homoafetivas (Tema 1072- Recurso Extraordinário n. 1211446). No entanto, embora haja a garantia constitucional do princípio da isonomia, restam evidentes as dificuldades na efetividade da aplicação desse princípio, vista a disparidade de períodos entre licenças-maternidade e licença-paternidade, em razão da dificuldade aristotélica de se identificar a medida das desigualdades.

Por fim, embora o Brasil se destaque em relação ao aleitamento exclusivamente materno, este ainda se encontra numa posição muito divergente em relação a alguns dos países europeus, àqueles com maiores licenças-maternidade, visto que, o máximo de tempo de afastamento que uma mãe trabalhadora brasileira consegue chegar (incluindo-se o programa Empresa Cidadã, que por si só já constitui a um período “extra” ao concedido constitucionalmente) é de 180 dias, enquanto há países que conferem aproximadamente 365 dias de afastamento e com pouca, ou em alguns Estados, quase nenhuma alteração salarial. Quanto aos países vizinhos ao Brasil, há a aplicação da inovação jurídica licença-parental, a qual busca promover a diminuição de desigualdades de gênero, além de beneficiar os infantes quanto à convivência familiar.

Sendo assim, recomendamos a ênfase no ordenamento jurídico brasileiro, por meio das três vias de separação dos Poderes: legislativa, judicial e executiva, o incentivo à proteção à maternidade, à infância e à convivência familiar. Uma das formas possíveis disto se concretizar seria por meio da aprovação dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional quanto à licença parental, visto que se trata de benefício já utilizado no Direito Comparado, e que busca beneficiar todos os membros da família, seja pela redução das desigualdades de gênero, seja pela garantia do direito da convivência familiar do infante. Por fim, seria interessante analisar a possibilidade de se reduzir a discrepância dos períodos de licença maternidade e paternidade, a fim de se permitir a eficácia do princípio constitucional da igualdade.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, K. C. L.; MIOTO, R. C. T. Políticas de “Conciliação” entre Trabalho e Responsabilidade Familiar: o debate em curso na Europa e na América Latina / “Conciliation” Policies Between Work and Family Responsibility: the ongoing debate in Europe and Latin America. *Textos & Contextos* (Porto Alegre), [S. l.], v. 16, n. 2, p. 313–327, 2017. DOI: 10.15448/1677-9509.2017.2.25697. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/fass/article/view/25697>>. Acesso em: 11/05/2023.

“AGENDA 2030 no STF”. *Stf.jus.br*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>>. Acesso em: 29/04/2023.

AMIN, Andréa Rodrigues. MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 14. São Paulo: Saraiva Jur, 2021 1 recurso online. ISBN 9786553621800. Parte I. Doutrina da proteção integral. Pág. 25 e 28.

ANDRADE, Luiza Lobato. Gênero, trabalho e bem-estar social na América Latina : um estudo das políticas de licenças maternidade, paternidade e parentais no Brasil, Chile e Uruguai. *Repositorio.unb.br*, 2018. Cap. 4.4.2. Pág. 89. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/32322>>. Acesso em: 31/10/2022.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. Barueri - SP: Manole, 2021 1 recurso online. ISBN 9786555769838. Parte. IV. Capítulo 1. Pág. 160

BBC NEWS BRASIL. “Quais países oferecem as maiores e as menores licenças maternidade?”. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_licenca_maternidade_paises_rm#:~:text=Em%20destaque%2C%20est%C3%A3o%20os%20pa%C3%ADses,licen%C3%A7a%20maternidade%20no%20mundo%20todo.> Acesso em: 11/05/2023.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. “**Direito Constitucional. Tomo I - Teoria da Constituição.**” 8ª. ed. rev. ampliada e atual. 2018 Editora Juspodivm. Parte. III. Cap. 1. Item 6. Pág. 612.

BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. Cap. 11. Item 8. Pág. 389.

[BRASIL]. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil:

promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/04/2023

[BRASIL]. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 29/04/2023.

[BRASIL]. Decreto 99.710/90. Convenção sobre os Direitos da Criança. Planalto.gov.br. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 01/05/2023.

[BRASIL]. Lei n. 8069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Planalto.gov.br. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 01/05/2023.

[BRASIL]. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Art. 71. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 27/04/2023

[BRASIL]. Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm>. Acesso em: 30/04/2023.

“**Campanha nacional busca estimular aleitamento materno**”. Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/2584-campanha-nacional-busca-estimular-aleitamento-materno>>. Acesso em: 06/05/2023

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flavia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise. “**Direitos da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência.**” São Paulo Atlas 2014 ISBN 9788522486021. Segunda Parte. Item 5. Pág. 70; Item 8. Pág. 138.

CLÍNICA PLURIS. “**Licença maternidade e paternidade para casais homoafetivos**”. Clínica Pluris. Disponível em: <<https://www.clinicapluris.com.br/blog/licenca-maternidade-e-paternidade-para-casais-homoafetivos/#:~:text=O%20PL%201974%2F21%20prev%C3%AA,casal%20ser%20h%C3%A9tero%20ou%20homoafetivo>>. Acesso em: 09/05/2023.

DELGADO, MAURICIO GODINHO. “Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: Editora LTr. 2019. Capítulo XXI. Item III.C. Página 851.

Dias (2002, p.11) apud GONÇALVES, Diana Coelho. “O DIREITO A LICENÇA-MATERNIDADE PARA CASAS DE MULHERES EM VISTA A NATUREZA JURÍDICA E ATUAL CONJECTURA DA FAMÍLIA MODERNA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA” Pág. 24. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/6037>> Acesso em: 07/05/2023.

EQUIPE SEMPRE FAMÍLIA, 7 dicas para cuidar da saúde mental da mulher durante e após a gravidez, Gazeta do Povo, disponível em: <<https://www.semprefamilia.com.br/saude/como-cuidar-saude-mental-mulher-durante-e-apos-gravidez/>>. acesso em: 30/04/2023.

ESCAMILLA, Rafael Pérez. A influência do aleitamento materno sobre o desenvolvimento psicossocial | Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância, Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância, disponível em: <<https://www.encyclopedia-crianca.com/aleitamento-materno/segundo-especialistas/influencia-do-aleitamento-materno-sobre-o-desenvolvimento>>. Acesso em: 30/04/2023.

FEITOZA, Fernanda Bezerra Martins. Mães, trabalho e proteção social : uma análise sobre a licença maternidade no contexto dos direitos fundamentais. Repositorio.unb.br, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/41213>>. Acesso em: 14/05/2023. Cap. 2.1. Pág. 68 e 69.

FERREIRA, Lola. “Maioria entre informais, mulheres têm lugar central na inédita renda emergencial.” Gênero e Número. Disponível em: <<https://www.generonumero.media/reportagens/mulheres-renda-emergencial/#:~:text=As%20chamadas%20fam%C3%ADias%20monoparentais%20que,de%20arranjos%20domiciliares%20do%20pa%C3%ADs>>. Acesso em: 07/05/2023.

FILGUEIRAS, Isabel. “Em pesquisa, 49% das mulheres com filhos relatam dificuldade de conseguir emprego.” Valor Investe. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/objetivo/empreenda-se/noticia/2022/09/01/em-pesquisa-49percent-das-mulheres-com-filhos-relatam-dificuldade-de-conseguir-emprego.ghtml>>. Acesso em: 30/04/2023.

GARCIA, C. F. ; VIECILI, Juliane. Implicações do retorno ao trabalho após licença-maternidade na rotina e no trabalho da mulher. **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 30, n. 2, p. 271–280, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/fractal/article/view/5541/7061>>. Acesso em: 30/ 04/2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 6:** direito de família. 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. 1 recurso online. ISBN 9786553628359. Título II. Capítulo I. Item 1

Pág. 120; Capítulo IV. Item 1 Pág. 149.

GONÇALVES, Diana Coelho. O direito a licença-maternidade para casais de mulheres em Vista a natureza jurídica e atual conjectura da família Moderna à luz do princípio da igualdade: análise da jurisprudência brasileira. **Unesc.net**, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/6037>>. Acesso em: 31/10/2022.

GONÇALVES, Gisele. “A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS: LIMITES E POSSIBILIDADES.” [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <http://www.anpedsul2016.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2015/11/Eixo-5_GISELE-GON%C3%87ALVES.pdf>. Acesso em: 01/05/2023

IBDFAM: “Reconhecimento das famílias homoafetivas pelo STF completa 10 anos; especialista aponta transformações ao longo da década”. [Ibdfam.org.br](http://ibdfam.org.br). Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/8427>>. Acesso em: 07/05/2023.

LIMA, Flávia Santiago. “**Quem protegerá a maternidade e a infância? Creche e pré-escola no STF**”. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-02/quem-protegera-maternidade-infancia-creche-pre-escola-stf>>. Acesso em: 06/05/2023.

MAIA, ANDRÉ LUIZ. Dia da Igualdade Feminina: os preconceitos que ainda existem em torno da mulher no mercado de trabalho. Tribunal Regional do Trabalho 13a Região - Paraíba. Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/dia-da-igualdade-feminina-os-preconceitos-que-ainda-existem-em-torno-da-mulher-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 30/04/2023.

MANENTE, Milena Valelongo; RODRIGUES, Olga Maria Piazzentin Rolim. Maternidade e Trabalho: Associação entre Depressão Pós-parto, Apoio Social e Satisfação Conjugal. **Pensando fam.**, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 99-111, jul. 2016. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2016000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 06/05/2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “*Curso de direito constitucional*” 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Capítulo 4. Item I. Pg. 256.

“OPAS destaca importância de participação de toda sociedade na promoção do aleitamento materno, em lançamento de campanha no Brasil” - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde. [Paho.org](http://paho.org). Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/noticias/29-7-2021-opas-destaca-importancia-participacao-toda-sociedade-na-promocao-do-aleitamento>>. Acesso em: 14/05/2023.

PIOVESAN, FLÁVIA. DANESE, PAULA MONTEIRO. SOARES, Ines Virginia Prado *et al.* (coord.). **Mulheres, direito e protagonismo cultural**. Parte I. Item 4. Pág. 40 São Paulo: Grupo Almedina, 2022. 1 recurso online. ISBN 9786556277233.

ROCHA, Lucas. **OMS lança diretrizes inéditas em apoio a mulheres e recém-nascidos após o parto**. Cnnbrasil.com.br. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/oms-lanca-diretrizes-ineditas-em-apoio-a-mulheres-e-recem-nascidos-apos-o-parto/>>. Acesso em: 31/10/2022.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. “*Direito previdenciário esquematizado*”/Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza - 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016. Capítulo 5. Item. 5.3.5.9. Pág. 326.

SANTOS, Marisa. “**Previdência social: saiba mais sobre as regras e benefícios**”. São Paulo: Expressa, 2021 1 recurso online. ISBN 9786555598407. Cap. 1. Item 1.8. Disponível em: <<https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php>> Acesso em: 29/04/2023

SARLET, Ingo Wolfgang. “*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*” 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Capítulo 6. Item 6.6. Pág. 220.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. Curso de direito constitucional. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022 1 recurso online. ISBN 9786553620490.

SCHMITT, CARL, ob. cit., pp. 163 a 165 apud BONAVIDES, PAULO. “Curso de Direito Constitucional. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros: 2016. Cap. 16. Pág. 575.

SORJ, B.; BARBOSA FRAGA, A. Licenças maternidade e paternidade no Brasil: direitos e desigualdades sociais. Revista Brasileira de Estudos de População, [S. l.], v. 39, p. 1–19, 2022. DOI: 10.20947/S0102-3098a0193. Disponível em: <<https://rebep.org.br/revista/article/view/1949>>. Acesso em: 15/05/2023.

STF confirma licença-maternidade a partir da alta hospitalar da mãe ou do bebê. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=496265&%20ori=1>>. Acesso em: 31/10/2022.

Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6327/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5870161>> Acesso em: 29/04/2023.

Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. [s.l.: s.n.], 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 08/05/2023

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1211446**. Relator Min. Luiz Fux. Stf.jus.br. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5701548>>. Acesso em: 9/05/2023.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 778.889/2016** Pernambuco- Relator Ministro Roberto Barroso. Ementa e Acórdão. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>>. Acesso em: 09/05/2023.

“UNICEF: apenas 40% das crianças no mundo recebem amamentação exclusiva no início da vida. Brasil.” Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/83869-unicef-apenas-40-das-crian%C3%A7as-no-mundo-recebem-amamenta%C3%A7%C3%A3o-exclusiva-no-in%C3%ADcio-da-vida>>. Acesso em: 14/05/2023.

“Vida com crianças - A vida com filhos” - Mein Weg nach Deutschland - Goethe-Institut. Goethe.de. Disponível em: <<https://www.goethe.de/prj/mwd/ptbr/indeutschlandleben/fam/lebenmitkindern.html#:~:text=A%20licen%C3%A7a%20maternidade%20tem%20dura%C3%A7%C3%A3o,complete%20%20anos%20de%20idade>>. Acesso em: 12/05/2023.