



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

DALTON DINARTE BIDÔ EUFRAUZINO

**LICENÇA MATERNIDADE: ANÁLISE DA LEI 11.770/08 À LUZ DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA**

**CAMPINA GRANDE – PB
2016**

DALTON DINARTE BIDÔ EUFRAUZINO

**LICENÇA MATERNIDADE: ANÁLISE DA LEI 11.770/08 À LUZ DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB- Campus I – Campina Grande- PB.

Orientador: Profa. Esp. Edja Andreinna Cavalcante Pereira.

CAMPINA GRANDE – PB
2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

E86l Eufrauzino, Dalton Dinarte Bidô.
Licença maternidade [manuscrito] : análise da lei 11.770/08 à luz do Princípio Constitucional da Isonomia / Dalton Dinarte Bidô Eufrauzino. - 2016.
33 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.
"Orientação: Profa. Esp. Edja Andreinna Cavalcante Pereira, Departamento de Direito Público".

1. Licença Maternidade. 2. Direito Social. 3. Direitos Trabalhistas. I. Título.

21. ed. CDD 344.01

DALTON DINARTE BIDÔ EUFRAUZINO

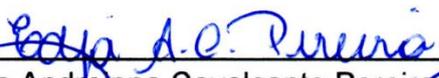
**LICENÇA MATERNIDADE: ANÁLISE DA LEI 11.770/08 À LUZ DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no
Curso de Graduação de Direito na Universidade
Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel.

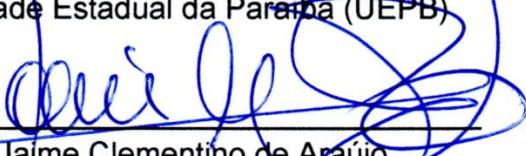
Área de Concentração: Direito do Trabalho

Aprovado em 25/05/16

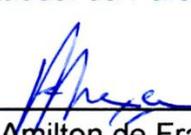
Banca Examinadora



Prof. Edja Andreina Cavalcante Pereira (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Jaime Clementino de Araújo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Ms. Amilton de França
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço acima de tudo a Deus, por me dar a oportunidade que muitos não recebem ao longo de suas vidas, permitindo que eu chegasse até este momento;

Aos meus pais, os quais representam essencialmente toda a minha composição física e psíquica, os alicerces de toda a minha vida, Djacy Eufrauzino de Sousa e Petronília Bidô Eufrauzino, que, com muita luta e determinação, sempre investiram em minha educação e nunca me deixaram faltar nada;

A minha irmã Dinara Priscila, por estar presente em todos os momentos da minha vida até hoje;

A toda a minha família;

Ao Dr. Marco Frederico Sales e Dra. Ana Célia Jordão, os quais me deram a primeira oportunidade de prática no mundo jurídico;

Ao Dr. Aroldo e Walberth Kennedy, pela amizade e por me darem a oportunidade de aprendizado profissional durante o estágio na Energisa Borborema;

A todas as pessoas que compõem o jurídico do Banco do Nordeste (Domicílio Campina Grande), pelo conhecimento adquirido e pela oportunidade de ter convivido com todas elas, constituindo grandes laços de amizade;

À minha orientadora, professora Edja Andreinna, pela atenção e cuidados prestados no decorrer da elaboração deste trabalho e aos professores que se disponibilizaram a participar da banca de avaliação do presente Trabalho de Conclusão de Curso;

A todos os professores e funcionários da UEPB que, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação ao longo do curso;

A todos os meus amigos que sempre me apoiaram desde o começo do curso até hoje.

*“Que todo o meu ser louve ao Senhor, e que eu não esqueça nenhuma das suas bênçãos!”
(Salmos 103:2).*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
3	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO BASE PROTETIVA DOS DIREITOS DA GESTANTE NA RELAÇÃO TRABALHISTA	14
4	A LICENÇA MATERNIDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS TRABALHISTAS E PROTEÇÃO DA CRIANÇA	16
4.1	A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À MATERNIDADE COMO INSTRUMENTO ASSEGURADOR DA SAÚDE MATERNA E DESENVOLVIMENTO INFANTIL.....	19
5	O QUE É O PROGRAMA “EMPRESA CIDADÃ”	20
5.1	IMPACTO NEGATIVO PROPORCIONADO PELA LEI 11.770/08 SOB A ÓTICA DA PRESERVAÇÃO DA ISONOMIA.....	22
6	ANÁLISE DA LEI 11.770/08 NA PERSPECTIVA PREVIDENCIÁRIA	26
7	CONCLUSÕES	29
	REFERÊNCIAS	31

LICENÇA MATERNIDADE: ANÁLISE DA LEI 11.770/08 À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

EUFRAUZINO. Dalton Dinarte Bidô¹

PEREIRA. Edja Andreinna Cavalcante²

RESUMO

O trabalho em tela apresenta um breve estudo sobre as relações empregatícias envolvendo as mulheres grávidas e a consideração de seus direitos trabalhistas no que concernem à maternidade, utilizando para essa finalidade a problemática gerada pela não observância do princípio da isonomia quando da edição da lei 11.770/08, através da qual se instituiu o programa “Empresa Cidadã”, cujo objetivo é promover a concessão da ampliação do direito à licença maternidade à empregadas de empresas aderentes ao programa. Porém, vale dizer que tal intento legislativo, embora de bom grado do ponto de vista do trabalho individual, acaba por trazer prejuízo às demais empregadas, constituindo-se em tratamento desigual para membros de uma mesma categoria.

Palavras-chave: Licença – paternidade. Direito Social. Lei 11.770/08. Direitos Trabalhistas. Ampliação. Isonomia.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de trazer um questionamento sobre a plausibilidade e adequação do conteúdo normativo da lei 11.770/08 à generalidade dos dispositivos trabalhistas previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas diante da perspectiva de relevância dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, aplicados ao direito do trabalho.

Sabe-se que, nos dias atuais, ganha mais propriedade e reconhecimento a necessidade da proteção aos direitos fundamentais, sendo mais especificamente abordado pelo presente artigo o enfoque sobre os direitos sociais da maternidade e,

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB (2016). E-mail: dalton.dinart@gmail.com.

² Professora de Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB especialista em Direito Processual Civil. E-mail: edjaandreina@gmail.com.

não menos importantes, os relacionados à infância e juventude, tendo em vista que ambos os direitos podem ser considerados como extensões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há de se dizer ainda, que as recentes modificações legislativas no sentido de conceder a extensão da licença paternidade ao empregado, atendidas as devidas condições, apresentam-se como ocorrência bastante influenciada pela evolução de pensamento social no que diz respeito ao papel desempenhado pelo homem no seio familiar.

Dessa forma, tendo em vista que a busca pelo mais fiel cumprimento dos preceitos constitucionais se encontra, dentre outras pautas, no amparo à maternidade e infância, enquanto consubstanciados em direitos fundamentais, o presente trabalho se apresenta como forma de provocação reflexiva em torno de toda sistemática envolvida nas relações de trabalho que abrangem empregadas gestantes, sejam elas amparadas ou não pelo direito à extensão da licença maternidade, atrelando-se as análises feitas à necessidade de preservação do princípio da isonomia.

2 NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A caracterização dos direitos fundamentais sempre foi tarefa de difícil realização no estudo do direito, isso porque o processo de evolução histórico social no qual o ser humano se encontra frequentemente inserido é constantemente alterado pela própria evolução social do homem, que ao passo em que se desenvolve altera a forma interpretativa de seus conceitos no que diz respeito, inclusive, aos seus “direitos naturais”.

Conceituar os direitos fundamentais, conforme assevera José Afonso da Silva (2005, p. 56), implica dizer que eles consubstanciam na forma de uma “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”.

Assim, a partir das definições do autor, depreende-se que o mesmo não busca classificar, ao contrário de outra fração doutrinária, os direitos fundamentais como uma prerrogativa de prevalência dos interesses particulares em sobreposição

ao poder de atuação do Estado enquanto constituinte do Poder Público, e sim, limitar, em outras palavras, a atuação do Estado no que diz respeito ao grau de interferência exercido sobre os direitos básicos do cidadão.

A partir do posicionamento de José Afonso da Silva (2005, p. 58), extrai-se que, dentre outras características dos direitos fundamentais, destacam-se a historicidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade como peculiaridades demonstradoras do enorme valor atribuído a essa forma de direito, uma vez que são direitos construídos ao longo da história em seus diversos marcos, chegando ao ponto de não se esvaírem com o tempo, dada a sua natureza personalíssima e serem indisponíveis, embora possam deixar de ser exercidos.

Atualmente, através de uma visão mais contemporânea acerca dos direitos fundamentais, pode-se concebê-los como garantias constitucionais oriundas de um processo evolutivo histórico, no qual a sociedade solidificou tais prerrogativas como condições para o exercício de todos os demais direitos existentes em seu próprio ordenamento jurídico.

Em outras palavras, fazendo uso do que ensina Canotilho (1989, p. 425), os direitos fundamentais “pressupõem concepções de Estado e de Constituição decisivamente operantes na atividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais”.

Implica, portanto, em dizer que estas garantias, ao serem gravadas na constituição, têm sua importância ratificada no que diz respeito à sua observância como requisito intrínseco no processo de elaboração do conjunto normativo que rege da sociedade. Assim, verifica-se que os direitos fundamentais estão em constante modificação e constituem parâmetros indispensáveis no processo de criação das normas.

A teoria liberal, abarcada pelo neoconstitucionalismo liberal, destaca, de acordo com supracitado autor, que os direitos fundamentais são meios de defesa dos quais se serve o particular enquanto sujeito de direitos para se proteger das possíveis interferências estatais arbitrárias no âmbito de suas prerrogativas pessoais. Assim, dada a sua característica pré-estadual, o conteúdo dos direitos fundamentais não seria objeto de regulamentação por parte do Estado.

Por sua vez, geralmente associada à doutrina de Smend, aponta-se a existência da teoria da ordem dos valores, a qual define os direitos fundamentais como uma construção elaborada a partir de valores de caráter objetivo. Na esteira de tal pensamento, Canotilho (1989, p. 427) nos revela que o indivíduo não mais é o parâmetro central para medição dos direitos fundamentais, isto porque tais direitos são tidos como direitos objetivos. Assim, a teoria da ordem dos valores exterioriza a relativização dos direitos fundamentais em função do conjunto valorativo do sistema constitucional.

Extrai-se tal análise a partir do estudo do método integrativo ou científico-espiritual surgido a partir da doutrina Alemã e introduzido por Rudolf Smend, que assinala:

La Constitución no puede ser comprendida sólo como un estatuto de la organización, que estructura el Estado y que faculta e impone ciertas actividades al mismo, sino a la vez, como una forma vital de los ciudadanos que participan en la vida del Estado.³

Na doutrina de Smend, o alicerce valorativo, ou, em outras palavras, os valores arraigados e tutelados constitucionalmente em sua plena relevância perante a sociedade, atuam como valores de interpretação coletivos dos cidadãos e, portanto, faz-se necessária a sua aplicação.

Assim preleciona Bonavides (1994):

A concepção de Smend é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta.⁴

Liderada a partir dos estudos de Peter Häberle⁵, a teoria institucional dos direitos fundamentais surge utilizando como base a premissa de que tais direitos não se limitam ao seu ramo individual, sendo, dessa forma, dotados de duplo caráter, justificando-se assim, pelo fato de serem os direitos fundamentais não somente individuais, mas também institucionais.

³ SMEND, Rudolf, apud. ENTERRÍA (1986, págs. 36-37).

⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit., pág. 436.

⁵ Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, Peter Häberle dedicou “toda sua vida profissional à docência universitária, fundamentando sua obra científica no pluralismo, constituindo a idéia de integração o ponto de partida para a realização do novo Estado Constitucional do século XXI - o Estado Constitucional Cooperativo.” MENDES, Gilmar. **"Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil"** (PDF). Supremo Tribunal Federal(Brasil). p. 12

A teoria social dos direitos fundamentais toma como alicerce de pensamento a tripla dimensão destes direitos, posto que reúne três características que lhes são pertinentes. Afirma-se, portanto, a partir dessa teoria, que os direitos fundamentais possuem caráter institucional, individual e processual.

Pode-se dizer assim, que, conforme assevera Sampaio (2006, p. 30), justifica-se a inclusão da dimensão processual enquanto integrante dimensional dos direitos fundamentais pois tal característica “impõe ao Estado não só a realização dos direitos sociais, mas permite ao cidadão participar da efetivação das prestações necessárias ao seu livre desenvolvimento.”

A teoria democrática funcional parte do pressuposto de que os direitos adquiridos por cada cidadão enquanto integrante da sociedade, servem precipuamente para serem usados em favor de seus membros, desde que seja respeitado o interesse público.

Corroborando com essa ideia central, verifica-se que, conforme ensina Canotilho (1989, p. 429), “a liberdade não é a liberdade pura e simples, mas a liberdade como meio de prossecução e segurança do processo democrático, pelo que se torna patente o seu caráter funcional”, destacando-se, portanto, que a teoria democrática funcional surge para mostrar que os direitos fundamentais colocados à disposição do cidadão atendem precipuamente ao serviço do princípio da democracia.

Nesse norte, tendo sido expostas as importantes e relevantes teorias que versam sobre os direitos fundamentais levantadas ao longo da história, as quais nos possibilitam uma evolução intelectual na compreensão dos direitos e garantias fundamentais, percebe-se que toda a conjectura atual de pensamento adota uma interpretação dualista acerca do tema, adquirindo hoje os direitos fundamentais uma conotação tanto objetiva quanto subjetiva.

Assim, de acordo com Sampaio (2006), admite-se dizer que, no que tange à sua denominação objetiva, os direitos fundamentais constituem bases incorporadoras de valores expressas em uma sociedade democrática por meio de uma sistemática axiológica objetiva inserida em um ordenamento conforme a vontade do cidadão, existindo assim para servir à democracia.

Por outro lado, a partir da característica subjetiva dos direitos fundamentais, extrai-se do posicionamento do supracitado autor que aqueles surgem para tutelar a liberdade, a segurança do cidadão enquanto integrante da sociedade, bem como sua autonomia.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO BASE PROTETIVA DOS DIREITOS DA GESTANTE NA RELAÇÃO TRABALHISTA.

Ao dar início ao tema no qual se abordam os direitos da gestante na relação de trabalho, é de suma importância mencionar que a Constituição estabelece precipuamente a proteção à maternidade, vez que em seu art. 7º, inciso XVIII, assegura o direito de licença à gestante sem prejuízo de seu emprego e salário, fixando para tanto, o prazo de duração de cento e vinte dias para gozo de tal direito.

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;

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

(grifo nosso)

Vale dizer, antes de tudo, que a paternidade também é protegida pela nossa Constituição, devendo-se observar essa forma de manutenção da isonomia em seu art. 5º, inciso I, o qual estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Evidencia-se, portanto, que tais previsões constitucionais, no que concernem à licença maternidade, expressam o alto grau de valoração conferido pela Carta Magna aos direitos fundamentais como elementos instituidores das bases constitucionais.

A Constituição ainda cuida em instituir, no que toca aos direitos da gestante, a partir do seu art. 10, constante no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a estabilidade provisória da trabalhadora grávida a partir do momento em que se confirma sua gravidez, perdurando até cinco meses após a realização do parto, razão pela qual não pode ser demitida durante esse período. Leia-se:

Art. 10 Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

[...]

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

[...]

c) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (grifo nosso).

De acordo com o exposto acima, em conformidade com o apregoado em seu cabedal principiológico, no que tange a preservação do princípio da isonomia, a Constituição Federal prevê ainda em seu art. 7º, XIX, o direito do trabalhador à licença paternidade nos termos fixados em lei. Porém, vale dizer que, até então, a lei de que trata o art. 10, §1º do ADCT ainda não havia sido editada para fixação de prazo, razão pela qual se estabeleceu a adoção do prazo de cinco dias para o referido afastamento do trabalho por parte do trabalhador contemplado com a paternidade.

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

Insta dizer ainda, que, com o advento da Constituição Federal de 1988, através da vigência da previsão normativa acima estampada, houve uma ampliação do prazo de licença paternidade, vez que até então a CLT⁶ previa em seu art. 473, III, que o trabalhador faria jus a apenas um dia de afastamento remunerado no decorrer da primeira semana do nascimento de seu filho.

Tal ampliação trazida pela Constituição corrobora com a proteção dos direitos sociais da proteção à maternidade e da infância associados ao princípio da isonomia, se relacionando diretamente com a responsabilidade do homem enquanto partícipe no processo de procriação.

Nesse sentido, a mulher atualmente passa a não ser vista como única responsável biológica e social pela procriação, conforme aduz Marly Cardone(1991)⁷. Assim, há que se demonstrar, através da Recomendação nº. 165, de 1981⁸ da Organização Internacional do Trabalho que, em seu primeiro item, vincula e equipara homens e mulheres trabalhadores como detentores iguais de responsabilidades para com seus filhos dependentes, bem como para com outros membros de sua família imediata que precisam de seu apoio ou cuidados.

⁶ Consolidação das Leis Trabalhistas

⁷ Marly Cardoni (1991. pag. 275)

⁸ A Recomendação da OIT, 165 de 1981 versa sobre trabalhadores com encargos de família.

Além do mais, cabe frisar que a projeção dos direitos sociais da gestante acaba se constituindo como reforço para assegurar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como a manutenção de outros direitos sociais, dentre eles a proteção da criança e do adolescente, para os quais o respeito aos direitos sociais conferidos à família é de suma importância para seus respectivos processos de desenvolvimento, assim dispendo a Constituição:

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Nesse diapasão, não restam dúvidas de que a licença maternidade é revestida da proteção legislativa, em sua especialidade, tendo em vista o seu caráter de direito e garantia fundamental, posto que contempladas em nossa Constituição, materializando assim a preservação de outras garantias fundamentais essenciais para a preservação da família.

4 A LICENÇA MATERNIDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS TRABALHISTAS E PROTEÇÃO DA CRIANÇA

É de bom alvitre dizer que o salário-maternidade se trata de benefício previdenciário conferido a todas as seguradas inscritas no regime de previdência social, abarcando não apenas as empregadas, mas também as trabalhadoras autônomas inscritas no regime de previdência social.

Nessa perspectiva, em que pese a utilização do termo “salário” como referência à remuneração recebida durante o período de 120 dias em que a gestante permanece afastada do trabalho, a natureza do salário maternidade é de benefício previdenciário, vez que se encontra sob a égide da previdência social, a qual é responsável pela realização do pagamento à gestante na condição de segurada do INSS⁹.

Porém, é inegável que a criação do benefício se deu a partir da evidência da necessidade de proteção à gestante diante das relações de trabalho, vez que a

mulher, atualmente, ocupa grande parcela do contingente de trabalhadores no país e, muitas vezes, se deparam com a necessidade de exercer a chamada dupla jornada de trabalho, para proporcionar o sustento e subsistência familiar.

Diante de tal necessidade, considerando-se que a gravidez, bem como toda maternidade, por ser evento durante o qual se requer demasiada cautela por parte da gestante, a legislação trabalhista confere ao empregador o dever de adotar uma postura mais protetiva em relação às condições de trabalho de mulher grávida, a fim de que se assegure a incoerência de prejuízo ao período gestacional.

Nesse norte, feitas as considerações sobre o benefício ao qual faz jus a empregada em estado de gravidez, no que tange à perspectiva dos direitos trabalhistas, pode-se compreender que a licença à maternidade consubstancia-se na forma de direito trabalhista trazido juridicamente pela Constituição Federal, bem como pela CLT, a qual trata especificamente das determinações inerentes às relações de trabalho que envolvem a empregada ou trabalhadora gestante.

Além da estabilidade gestacional prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT da Constituição Federal de 1988, conforme já mencionado, a CLT¹⁰, em seu capítulo V, art. 391, prevê que não se constituirá justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de encontrar-se em estado de gravidez, tendo como destaque ainda em seu parágrafo único, a proteção do direito à maternidade, quando veda a celebração de contratos coletivos ou individuais de trabalho que contenham restrições aos direitos de trabalho da mulher grávida. Leia-se:

Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído pela Lei nº 12.812, de 2013)

⁹ Instituto Nacional do Seguro Social

¹⁰ Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), diploma legislativo criado pelo decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943 com o objetivo de regular as relações individuais e coletivas de trabalho nela previstas.

Do texto legal acima, constata-se ainda, quando da leitura do art. 391-A, a importância conferida à proteção do direito à maternidade enquanto direito fundamental, tendo em vista que ele se encontra, portanto, amparado pelo ordenamento jurídico tanto infra como constitucionalmente no momento em que garante a estabilidade constitucional ainda que a confirmação da gravidez se dê em período referente ao cumprimento do aviso prévio ou de sua indenização.

Além disso, a legislação trabalhista cuidou em garantir que não houvesse prejuízo causado à saúde da empregada gestante e do nascituro, vez que a CLT determina em seu art. 392, quando exigido pelas condições de saúde, a transferência da função da empregada para exercício de outra que não lhe proporcione risco à gestação, bem como a dispensa do trabalho por tempo necessário à realização de consultas e exames médicos, conforme se depreende do trecho abaixo:

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)

(...)

§ 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)

Pode-se dizer assim, que segundo Alice Monteiro de Barros (1995):

[...] as medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações.

Justifica ainda a supracitada autora, que os riscos de prejuízo à saúde da mulher, o desenvolvimento da gravidez e da criança enseja o tratamento especial que lhes é conferido constitucionalmente, não devendo-se fazer a análise isolada apenas das consequências individuais, mas também sob a perspectiva da égide social, destacando-se o direito à vida como bem maior a ser tutelado.

Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico brasileiro busca alcançar a igualdade e a não discriminação no direito do trabalho quando tutela a gravidez e a proteção à maternidade, que passam a ter uma função social, pois delas depende a renovação das gerações.

Em tópico adiante, tratar-se-á da específica e parcial desconformidade constitucional existente na criação da lei n. 11.770/08, por não haver circunstâncias fáticas que justifiquem o estabelecimento das diferenças veiculadas em tal diploma legislativo, no que toca à limitação das empregadas beneficiadas com o direito à prorrogação da licença maternidade.

4.1 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À MATERNIDADE COMO INSTRUMENTO ASSEGURADOR DA SAÚDE MATERNA E DESENVOLVIMENTO INFANTIL.

É no primeiro ano de vida que a criança vive uma fase de total dependência da mãe e é nessa fase em que se estabelecem padrões de relacionamento para a vida compartilhada em sociedade. A qualidade do vínculo mãe-bebê demonstra um potencial maior ou menor de um adulto vir a ser saudável. De acordo com Gomes (2000)¹¹, deve-se, portanto, levar em consideração que a amamentação até os seis meses de vida é essencial não só para a saúde da criança como também para a saúde da mãe, que ao amamentar, previne-se contra o câncer de mama.

Ainda vale ressaltar que o pós-parto é reconhecido por especialistas como o período de maior vulnerabilidade na vida da mulher para o aparecimento de transtornos psiquiátricos. Como a saúde da mãe é essencial para o bem-estar do bebê, é fundamental que ela tenha toda a assistência da qual necessita durante esse tempo.

A disponibilidade física e emocional para atender às necessidades do recém-nascido é de suma importância, pois o contato com a mãe estimula as conexões neurais no cérebro do bebê, o que faz com que ele adquira segurança com relação à proteção materna, proporcionando assim que este adquira uma melhor inteligência emocional a fim de possibilitar o seu melhor desenvolvimento tanto biológico como social.

¹¹ GOMES, apud ZERGER (2008).

Extraí-se, portanto, o entendimento de que as vantagens do programa “Empresa Cidadã” são muito evidentes, pois a mãe passa a ter mais disponibilidade de tempo com o filho, e isso aumenta o laço afetivo entre os dois, além de fazer com que a criança se sinta mais segura com a presença da mãe, recebendo o leite materno por um período maior.

Visando alcançar tais benefícios à saúde da sociedade, tendo em vista que a relação mãe e filho constitui o desenvolvimento da nova geração social, a própria lei 11.770/08 veda em seu corpo normativo o exercício de atividades remuneradas por parte da mulher que estiver fazendo jus a este benefício, permanecendo aquela impedida de exercê-las durante esse período de prorrogação, bem como de deixar a criança em creche ou organização semelhante, sob pena de perda da licença.

5 O QUE É O PROGRAMA “EMPRESA CIDADÃ”.

O Programa Empresa Cidadã originou-se da Lei 11.770 aprovada em 09 de setembro de 2008, com finalidade de aumentar o período da licença à maternidade de 120 dias para 180 dias.

Segundo Bachur e Manso (2011), para que ocorra a prorrogação de 60 dias da licença, deve haver o enquadramento da empregada nos seguintes requisitos cumulativos: guardar vínculo empregatício com pessoa jurídica que tenha aderido ao Programa Empresa Cidadã, ocasião em que a empregada deve fazer o requerimento até o final do primeiro mês após o parto.

Dessa forma, a lei, seja determinando ou autorizando, estabelece que as mulheres que forem funcionárias públicas ou que trabalhem para empresa que aderir ao Programa Empresa Cidadã, farão jus a prorrogação da licença em 60 dias.

Para as empresas privadas, o Programa Empresa Cidadã é facultativo, sendo necessária a realização de seus cadastros para aderir-lo. Dessa forma, as empresas que aderirem ao Programa recebem incentivo fiscal através do qual é possível o abatimento em seus impostos de renda.

Em complemento, vale dizer que, para alcançar os supracitados fins no que diz respeito à obtenção de benefícios fiscais, a empresa deve aderir ao regime de

Lucro Real, o que quer dizer que empresas optantes por outras modalidades de tributação como Lucro Presumido e Simples Nacional, caso estendam o período de licença às suas empregadas, não terão a possibilidade de deduzir do seu imposto de renda os gastos com a remuneração da empregada usufrutuária do benefício.

O programa ainda trata em seu teor normativo da adoção ou recebimento de guarda judicial como situações ensejadoras dos mesmos direitos de ampliação da licença, sendo esta prorrogada por mais 60 dias, guardadas as proporções de que trata o artigo 392-A da CLT¹².

Em análise mais crítica à elaboração do programa, apesar de sua relevante importância social, é possível compreender que, o “Programa Empresa Cidadã” deixa a desejar em seu aspecto garantidor de emprego, pois, segundo a Constituição essa garantia é de 150 dias (5 meses) após o parto, enquanto o afastamento, devido a ampliação proporcionada pela lei nos devidos casos, acaba sendo de 180 dias (6 meses). Ocorre que, havendo a prorrogação da licença à maternidade por 6 meses, a empregada correrá o risco de ser demitida antes, conforme asseveram Bachur e Manso:

“Uma falha do Programa Empresa Cidadã está na garantia de emprego da gestante após o parto. Com a prorrogação da licença, houve silêncio por parte da legislação da extensão da garantia de emprego. A garantia de emprego (popularmente chamada de estabilidade) da gestante é de 150 (cento e cinquenta) dias após o nascimento da criança. Quer dizer que se houver a prorrogação da licença-maternidade estendendo-a por 180 (cento e oitenta) dias, a empregada corre o risco de ser demitida antes, pois estaria descoberta de tal garantia de emprego. O ideal seria que essa estabilidade também chegasse aos 210 (duzentos e dez) dias na hipótese da empregada ter 6 (seis) meses de licença-maternidade”. (BACHUR; MANSO, Ob. cit., p. 138)

Ademais, pode-se concluir que não incorre em prejuízo a empresa que preencher os requisitos e aderir ao Programa Empresa Cidadã, tendo em vista que os gastos adicionais com a prorrogação da licença à maternidade ou da licença à adotante, serão integralmente deduzidos do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica.

¹² Art. 392-A À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu §5º.

§1º No caso de adoção ou guarda judicial da criança até 01 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§2º No caso de adoção ou guarda judicial da criança a partir de 01 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§3º No caso de adoção ou guarda judicial da criança a partir de 04 (quatro) anos até 08 (oito) anos de idade o período de licença será de 30 (trinta) dias.

5.1 IMPACTO NEGATIVO PROPORCIONADO PELA LEI 11.770/08 SOB A ÓTICA DA PRESERVAÇÃO DA ISONOMIA.

Ao tratar do tema "licença-maternidade", a Constituição Federal, conforme já explicitado, em seu artigo 7º, XVIII, garante licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, bem como a acompanha no mesmo sentido o artigo 392 da CLT assim disposto:

Art.392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

No que diz respeito ao advento da lei 11.770/08¹³, observa-se que, o prazo de licença maternidade não foi modificado, pois, de acordo com a Constituição e CLT, a contagem da licença-maternidade, que se estabelece em dias e não em meses, não foi alterada.

Conforme já exposto, a lei 11.770 publicada no ano de 2008, tendo entrado em vigor apenas em 2010, ao criar o programa "Empresa Cidadã" a fim de promover a extensão do período de licença maternidade em 60 dias à empregada integrante de empresas que aderirem ao respectivo programa, previu a concessão de incentivos fiscais às empresas por ela abarcadas.

Tal incentivo é representado na forma de benefícios fiscais concedidos às empresas aderentes ao programa, através do qual, ao estenderem o prazo de licença maternidade às suas empregadas, é possível àquelas deduzirem de seus impostos de renda, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos dias de prorrogação de sua licença-maternidade.

A priori, pode-se entender a partir da lei 11.770/08, que já se vislumbra certa diferença quanto à produção de seus efeitos em categorias distintas, pois segundo Bachur (2011), as funcionárias públicas recebem este benefício automaticamente, diferentemente da empregada de empresa privada, que depende da aderência da empresa ao programa.

Nota-se que o período da licença-maternidade entre funcionárias públicas e empregadas de empresas privadas possui diferenças, pois no caso de funcionária pública já adere automaticamente os seis meses enquanto que

¹³ Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.

a empregada de empresa privada é de 4 meses e fica dependendo da empresa privada aderir ou não os 60 dias a mais, através do Programa de Empresa Cidadã. (BACHUR; MANSO, Ob, cit., p. 136)

Através do destaque de tal efeito, afigura-se nítida a não observância da equidade na forma de tratamento entre empregadas de empresas privadas e servidoras públicas, vez que a lei 11.770/08, ao autorizar em seu artigo 2º a instituição de programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, conferiu margem restritiva quanto à obtenção automática da ampliação da licença apenas à empregada, situação que se estabelece a iniquidade de cunho principiológico entre as relações de trabalho de servidoras e empregadas enquanto sujeitas à extensão do benefício proporcionado pela mesma lei.

Vale ressaltar que as disposições contidas no decreto 6.690/2008¹⁴, publicadas posteriormente à lei 11.770/2008, foram elaboradas em seguimento aos objetivos protecionistas buscados a partir da instituição desta lei, no sentido de que, ao instituir o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, no âmbito da administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, perseguiu-se a adequação aos preceitos editados quando da criação do Programa “Empresa Cidadã”, o qual, conforme já visto, possuía em seu liame legislativo o objetivo de reforçar a proteção dos direitos fundamentais relativos à maternidade e à infância, previstos no art. 6º da Constituição Federal, conforme se vê abaixo:

Art.6º. 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (*grifo nosso*).

Nesse norte, é possível se fazer uma análise prévia da legislação em foco neste artigo como materializadora dos valores fundamentais e do princípio da isonomia apregoados no art. 1º, IV, bem como no *caput* do art. 5º da nossa Constituição respectivamente, mais especificamente atentando para o seu desdobramento no âmbito trabalhista, através dos quais nos é permitido explorar a necessidade da busca pela equidade e adequação nas relações de trabalho.

¹⁴ Institui, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências.

A partir de tais premissas, faz-se necessário estabelecer uma crítica entre a adequação da Lei 11.770/08 e os preceitos constitucionais acima elencados e difundidos na legislação infraconstitucional.

Apesar de seguir fundamentos basilares relativos à busca da proteção dos direitos sociais como os da maternidade e da infância, o referido diploma normativo, em uma de suas peculiaridades, acaba por promover uma espécie de segregação dos direitos trabalhistas representados pela limitação dos direitos das demais empregadas celetistas quanto ao usufruto de extensão do período de licença maternidade.

Pode-se dizer que, levando em consideração a situação das empregadas regidas pela CLT, conforme acaba sendo facultativo à empresa empregadora promover a concessão da extensão do benefício da licença-maternidade por mais 60 dias além do prazo previsto constitucionalmente, revela-se no presente momento certo desnivelamento dos direitos sociais sob a perspectiva da ordem isonômica.

Busca-se dizer que, a partir do momento que se incluem como beneficiárias do direito em questão apenas as empregadas de empresas aderentes ao programa Empresa Cidadã, incorre-se na limitação dos direitos das demais empregadas, as quais muitas vezes possuem jornadas de trabalho iguais ou até maiores do que aquelas anteriormente citadas, e que necessitam da mesma proteção dos seus direitos fundamentais.

Corroborando com essa linha de pensamento a elaboração do já citado Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008, no sentido de que cuidou em estabelecer a extensão da licença maternidade às servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, inclusive estabelecendo parâmetros para a concessão do benefício à funcionária adotante, conforme se vê do trecho do decreto:

Art. 2º Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

[...]

§ 3º O benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no caput será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na seguinte proporção:

I - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991:

- a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade;
- b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e
- c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade.

II - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990:

- a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade; e
- b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.

É de se dizer, que, tanto a Lei 11.770/08 como também o decreto 6.690/2008 contemplam com o benefício da licença estendida, em suas respectivas normas próprias, as empregadas e servidoras públicas que adotarem ou obtiverem guarda judicial para fins de adoção de criança.

Em complemento, é de bom alvitre citar a recente ampliação da licença paternidade como projeção do reconhecimento da importância à proteção dos direitos sociais da paternidade, bem como dos direitos fundamentais relacionados à primeira infância e à juventude, tendo sua importância reconhecida constitucionalmente.

A partir da entrada em vigor da lei 13.257/2016¹⁵, a lei instituidora do programa “Empresa Cidadã” passou a vigorar com a previsão da ampliação do período de licença paternidade em 15 dias, isso quer dizer, que o empregado de empresa aderente ao supracitado programa tem a possibilidade de usufruir da licença por 20 dias, tendo em vista a existência dos 05 dias já lhe garantidos constitucionalmente.

É de salientar ainda, que o governo federal formalizou ainda mais recentemente a ampliação da licença paternidade no serviço público federal através do Decreto 8.737/16, o qual institui o Programa de Prorrogação da Licença Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Assim, constata-se que tais medidas visam ainda igualar somente as condições dos servidores públicos às dos trabalhadores da iniciativa privada, amparados pela Lei nº 11.770/2008, razão pela qual há de se analisar a

¹⁵ Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei

aplicabilidade de todas as supracitadas normas sob a precípua perspectiva do princípio constitucional da isonomia, em conformidade com o *caput* do art. 5º da Constituição Federal:

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 [...]

Ao analisar o *caput*, verifica-se que os brasileiros e estrangeiros residentes no País podem se apoiar na lei, ou seja, todos os cidadãos e estrangeiros que estejam no Brasil estão amparados pelos direitos e garantias conferidos pelo artigo 5º, entre os quais se encontra o direito à igualdade, o que nos mostra que, na perspectiva geral que engloba todos os trabalhadores brasileiros, não se verifica um tratamento igualitário na viabilidade da lei 11.770/08.

Preleciona Carmen Lúcia (1990) que:

[...] a lei que afirma a igualdade dos homens não é bastante se não vem acompanhada de instrumentos capazes de torná-la um princípio eficaz.¹⁶

Seria passível assim, de aplicação, tal viés interpretativo na presente análise, no que diz respeito ao desnivelamento da concessão de direitos por meio da norma, posto que, embora não garantidos a todos na no âmbito da norma infralegal, estes são materialmente garantidos pela Constituição Federal, não devendo constituírem objeto de limitações legislativas.

Assim, entende-se que a concessão da ampliação da licença maternidade limitada a determinadas coletividades, como às empregadas de empresas inseridas no programa “Empresa Cidadã” ou servidoras públicas federais, traduzem, portanto, o flagrante descumprimento do princípio da isonomia representado pela não execução das políticas destinadas à proteção dos direitos fundamentais, indo, portanto, na contramão do que dispõe o art. 227, §1º da Constituição Federal.

6 ANÁLISE DA LEI 11.770/08 NA PERSPECTIVA PREVIDENCIÁRIA.

nº 5.452, de 1o de maio de 1943, a Lei no11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012.

¹⁶ ROCHA, Carmen L. A. (1990, p. 36).

Previsto no inciso XVIII do caput do artigo 7º da Constituição Federal, o benefício de salário-maternidade tem duração de cento e vinte dias, oportunizando-se à gestante a sua fruição sem prejuízo do emprego e do salário.

A respeito da natureza jurídica do salário-maternidade, preleciona MARTINS (1998):

A natureza jurídica do salário-maternidade é de benefício previdenciário, pois é a previdência social que faz o seu pagamento (art. 71 da Lei n. 8213). Não se trata de uma prestação de assistência social, por não ser prevista no art. 203 da Constituição, mas de prestação previdenciária incluída no inciso II do art. 201 e inciso XVIII do art. 7º da Constituição. O pagamento feito a título de licença-gestante não representa salário, em razão de que é feito pelo INSS e não pelo empregador. O art. 72 da Lei n. 8.213/91 faz referência que o salário-maternidade é uma renda mensal igual a remuneração integral da segurada empregada e trabalhadora avulsa. Entretanto, não quer dizer que o salário-maternidade tem natureza de remuneração, mas que o valor do benefício a ser pago é igual ao da remuneração da empregada, porém continua a ser um benefício previdenciário.¹⁷

Assim sendo, o salário-maternidade trata-se de benefício previdenciário alçado à condição de direito fundamental com o intuito de assegurar a dignidade da pessoa humana tanto da mãe quanto do gestado/adotado, em período tão delicado da vida da mulher e do(a) filho(a), diante dos inúmeros cuidados exigidos para a proteção da saúde do novo ser humano.

Vale frisar, portanto, que a lei n. 11.770/08, criadora do “Programa Empresa Cidadã”, não inclui a prorrogação da licença maternidade constitucionalmente prevista como benefício de responsabilidade de previdência, e sim como ônus do empregador, tendo em vista seu caráter facultativo.

Porém, considerando que o parâmetro alçado para a extensão do período de recebimento é a continuidade da fruição do benefício, podemos aqui tratá-la como uma forma de benefício, porém, de competência do empregador.

A Constituição Federal ocupa-se em seu artigo 194, parágrafo único, de estabelecer princípios regentes do sistema de Seguridade Social, da qual a Previdência Social é espécie, notadamente aqueles que buscam estabelecer, dentre outros, a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

¹⁷ MARTINS, (1998 p. 387-388).

No que toca à interpretação da lei n. 11.770/08, sobreleva adiantar a importância que desponta a necessidade de preservação da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais prevista no art. 194, parágrafo único, inciso II da Constituição, tendo em vista que tal princípio securitário e, sem dúvida, um desdobramento do princípio da isonomia ou igualdade previsto no artigo 5º, caput e inciso I da referida lei maior.

A este ponto, a leitura que se faz dos retrocitados dispositivos constitucionais nos faz enxergar o impedimento infraconstitucional do legislador a criar situações de não uniformidade ou equivalência entre a população urbana e rural e, por evidentemente, entre a população de idêntica categoria no que se refere à igualdade de classe da generalidade das empregadas seguradas pelo Regime Geral de Previdência Social.

Diz a lei 11.770/08 em seu artigo 1º, que a prorrogação do período de licença maternidade é garantida apenas à empregada de pessoa jurídica que aderir ao Programa, excluindo-se, assim, as demais seguradas que não sejam empregadas, ou cujos empregadores sejam pessoas físicas.

Vislumbra-se aí, em breve comparação da esfera previdenciária ao direito trabalhista, verifica-se uma restrição subjetiva que não se coaduna com uma plausível justificativa, ao revés, importa em evidente ou indisfarçável ausência de uniformidade e equivalência dos benefícios da Seguridade Social, caso estivéssemos tratando a extensão da licença como benefício previdenciário.

Poderia ainda aduzir-se que a lei n. 11.770/08 não restringe outras empresas, em caso de não serem tributadas pelo lucro real, de aderir ao programa de prorrogação de licença maternidade, porém, houve, inegavelmente, uma restrição à dedutibilidade fiscal, o que torna desinteressante a adesão ao programa em tela a outras empresas, a exemplo das optantes da modalidade tributável do Simples Nacional.

Neste momento, cumpre responder às questões nodais para o deslinde da problemática em estudo: haveria ofensa ao princípio da isonomia ou igualdade reforçado no mandamento constitucional que proíbe o tratamento não uniforme ou não equivalente entre as populações urbanas e rurais se utilizarmos tal critério para

aplicar à unidade da categoria das empregadas regidas pela CLT de modo geral? Tal ofensa autoriza, por extensão, o direito à prorrogação à totalidade das empregadas seguradas da Previdência Social? Conforme se esclarecerá a seguir, podemos presumir que sim.

Sem dúvida, o princípio da isonomia somente pode ser invocado com validade para obstar discriminações que se revelem desarrazoadas. Já a definição deste limiar da razoabilidade impõe a retomada da clássica lição segundo a qual igualdade constitui tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Em outras palavras, não restará atendido o princípio da igualdade quando se tratar igualmente os desiguais ou desigualmente os iguais.

Dessa forma, comparativamente, insurgiria questão inconstitucional caso tratássemos a ampliação da licença maternidade como benefício previdenciário (o que diga-se de passagem, seria o tratamento correto) destinado apenas à determinada classe de seguradas da Previdência Social, aparentando ser mais plausível a criação de nova fonte de custeio total (ao revés da adoção da mera renúncia fiscal), a fim de possibilitar a ampliação do espectro subjetivo das seguradas contempladas com o direito à prorrogação da licença maternidade, o qual, por ora, é tratado apenas por força da lei n. 11.770/08.

Assim se alcançaria a higidez do equilíbrio fiscal e atuarial da Previdência Social, dado que, de modo contrário haveria a patente violação ao princípio da isonomia, materializado, no âmbito do RGPS, ao princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços e populações urbanas e rurais.

Por fim, indispensável a citação de que a manutenção do status quo importará, além da perpetuação da malfadada ofensa ao princípio da isonomia no que diz respeito à limitação de direitos provocada pela lei 11.770/08, na patente ofensa a um dos objetivos fundamentais da República Federal do Brasil, qual seja, o de reduzir as desigualdades sociais, previsto no art. 3º, inciso III da Carta da República de 1988, desprestigiando-se as seguradas da Previdência Social, em regra, remuneradas em patamares inferiores.

7 CONCLUSÕES

Diante do exposto, conclui-se que a proteção à maternidade constitui direito fundamental amparado pela Constituição Federal, competindo ao legislador empreender a interpretação teleológica mais consentânea com os desígnios constitucionais.

Dessa forma, é preciso erguer uma interpretação respaldada pela Constituição, que outorgue o avanço social trazido à baila pela lei n. 11.770/08 à totalidade das empregadas seguradas da Previdência Social, como forma de concretizar o desígnio constitucional de proteção à maternidade, em especial à gestante e ao recém-nascido.

Verifica-se, portanto, que todas as seguradas da Previdência Social deveriam possuir, por força da exegese constitucional, direito ao salário-maternidade pelo período de 120 dias, prorrogados por mais 60 dias a partir da lei n. 11.770/08, independentemente de qualquer restrição subjetiva à classe das seguradas, sob pena de flagrante e inconcebível ofensa aos princípios da isonomia e, por extensão analógica, da uniforme e equivalência dos benefícios e serviços da Previdência Social.

Imperioso dizer, que o direito fundamental à saúde e à vida dos lactantes, bem como da totalidade das mães empregadas e seguradas da Previdência Social deve ser promovido com máxima prioridade em igualdade de condições, inadmitindo-se discriminações irracionais, promovedoras da injustiça social, mormente quando se verifica a latente necessidade do reforço da convivência familiar, sobretudo nos primeiros meses de vida do recém-nascido.

Diante disso, entende-se que a discriminação imposta pela lei n. 11.770/08 constitui fator de desequilíbrio em relação aos preceitos constitucionais, pois beneficia as seguradas de grandes empresas, sabidamente melhores remuneradas, em detrimento das demais seguradas do RGPS, havendo uma patente inversão do dever fundamental de solidariedade e do objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais previstos nos arts.1º, incisos III e IV e 3º, inciso III da Constituição, exigido também dos órgãos políticos no momento da implementação das políticas públicas de Previdência Social.

ABSTRACT

The screen work presents a brief study of the employment relationships involving pregnant women and the consideration of their labor rights concern maternity, using for this purpose the problems generated by the non-observance of the principle of equality when the enactment of Law 11.770 / 08, by which it established the "Corporate Citizen " program, whose goal is to promote the granting of the extension of the right to maternity leave to employees of member companies to the program. However, it said that this legislative intent, though willingly individual work from the point of view, ultimately bring harm to other employees, consisting in unequal treatment of members of the same category.

Key-words: Maternity– Law 11.770/08– Labor Rights– Enlargement– Isonomy.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006.

BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática**. Franca: Editora Lemos e Cruz, 2011.

BRASIL. Lei 11.770 de 09 de setembro de 2008, cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

_____. Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 01 de maio de 1943, aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De19797.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 10 de abril de 2016.

_____. Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008, institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm> Acesso: em 10 de abril de 2016.

_____. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm> Acesso em: 20 de maio de 2016.

_____. Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016, institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8737.htm>. Acesso: em 20 de maio de 2016. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1989.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDONE, Marly A. **Advocacia trabalhista: direito processual, direito individual, direito coletivo, direito previdencial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ENTERRÍA. Eduardo García de. **Hermenêutica e supremacia constitucional**. RDP, v. 77, n. 19, jan/mar/1986.

HABÈRLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

MENDES, Gilmar. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil.** (PDF). Supremo Tribunal Federal(Brasil). p. 12. Arquivado desde o original (PDF) em 17 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/ano/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf> Acesso em: 15 de maio de 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 19. ed., São Paulo: 2003, Ed. Atlas, 1998.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade.** Minas Gerais: Editora Lê, 1990.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª ed. Editora Malheiros, 2005.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZERGER, Raquel. **A importância da amamentação para a saúde da mulher que amamenta.** Disponível em: <<http://doulasemportugal.livreforum.com/t7-a-importancia-da-amamentacao-para-a-saude-da-mulher-que-amamenta>> Acesso em 20 de maio de 2016.