

A PRORROGAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 11.770 DE 2008

ISABELA MAIOLINO¹

LUIZA CARDOSO²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A licença-maternidade e paternidade. 1.1 O direito fundamental à licença-maternidade. 2. Prorrogação da licença-maternidade. 3. Das consequências: onerosidade econômica. 4. Direito Comparado. 5. Perspectivas sociais da Lei 11.770 e modelo sugerido. 6. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Pretende-se analisar o instituto da licença-maternidade, em especial sob a ótica da Lei n. 11.770/2008, que a prorrogou de quatro para seis meses na iniciativa privada mediante a adesão ao Programa Empresa Cidadã, que desconta o valor pago referente aos dois meses de salário-maternidade do Imposto de Renda, através de renúncia fiscal. Essa adesão somente pode ser feita por pessoas jurídicas tributadas no lucro real, o que reduz o número de empresas atingidas pelo benefício. Haja vista que a licença-maternidade prolongada implica em aumento de custos para as empresas, é necessário descobrir se esse fato pode prejudicar mulheres no mercado de trabalho, tendo como perspectiva a hipótese de que o incentivo fiscal oferecido pode não ser suficiente para evitar dificuldades na contratação e/ou discriminação salarial. A metodologia se enquadra na dogmática a sócio-jurídica, fazendo uso do método analítico dedutivo para esclarecer conceitos e elucidar proposições a partir da pesquisa sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho. Licença Maternidade. Emprego. Gênero. Custo-Benefício da lei.

ABSTRACT: This paper intends to study the consequences of the maternity-leave institute, particularly on behalf of Law 11.770/2008, which extend the institute from four to six months through enrollment in the Citizenship Enterprise Program. The program creates tax incentives in the form of discounts on the employers income tax relative to the two extra months of maternity-salary. This adherence is only allowed to companies subject to the real profit income tax method, condition that inevitably reduces the number of companies affected by the

1 Graduada em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. E-mail: isabela.maiolino@hotmail.com

2 Graduada em Economia pela Universidade de Brasília. E-mail: luisacgs@gmail.com

benefit. Since the extension of the maternity-leave implies extra costs for companies, the study seeks to find out if the law can actually be prejudicial to women in the labor market or if the tax incentive offered may not be enough to avoid difficulties for women to be hired, or to avoid gender discrimination in relation to wages.

KEYWORDS: Work. Maternity Leave. Employment. Gender. Cost-Benefit analysis of Law.

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva examinar a licença-maternidade no Brasil, e em especial sua prorrogação para trabalhadoras da iniciativa privada mediante a Lei 11.770.

No Brasil, há dois regimes jurídicos funcionais: o estatutário e o trabalhista, também conhecido como celetista. O estatutário “é o conjunto de regras que regulam a relação jurídica entre o servidor público e o Estado”, enquanto o trabalhista “é aquele constituído das normas que regulam a relação jurídica entre Estado e seu servidor trabalhista” (FILHO; 2009, p. 568 – 570).

Tanto no regime estatutário quanto no trabalhista, a licença-maternidade prevista pela Constituição Federal de 1988 é de 120 dias, sem prejuízo de salário. Porém, no estatutário, as servidoras públicas têm direito a mais 60 dias de licença sem prejuízo de salário ou risco de desemprego. E esses 60 dias extras não eram concedidos a trabalhadoras contratadas pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Foi então criada a Lei 11.770/2008, chamada de Lei Empresa Cidadã, que permite a prorrogação da licença de quatro para seis meses, desde que a empresa preencha os requisitos e se cadastre na Receita Federal. Esses dois meses adicionais são abatidos do Imposto de Renda, sendo esse benefício chamado de renúncia fiscal.

O presente trabalho objetiva analisar a lei supracitada, a fim de verificar se esta prorrogação ajuda ou prejudica a contratação de mulheres no mercado de trabalho no regime trabalhista.

A metodologia pretendida se enquadra na dogmática e sócio-jurídica. O método utilizado para atingir os objetivos estabelecidos neste estudo será o analítico dedutivo, buscando esclarecer conceitos e elucidar proposições, partindo de pesquisa bibliográfica sobre o tema por meio de textos legais, doutrinários, livros e artigos relacionados à temática.

O artigo está dividido da seguinte forma: primeiramente descreve-se o instituto da licença-maternidade e, após, a licença-paternidade, ambos no Brasil, bem como sua classificação como direito fundamental da criança e da mulher. No segundo tópico, trata-se da

prorrogação da licença no regime celetista com a Lei 11.770 de 2008, bem como os objetivos e efeitos dessa prorrogação, analisando a onerosidade econômica para o empregador/empresas. Diante de um estudo comparado, são estabelecidas as perspectivas sociais da lei e, como conclusão, a sugestão de um novo modelo.

A hipótese inicial é que a Lei prejudica a mulher, já que os dois meses a mais tem como consequência custos adicionais para empresas, como substituição da gestante e o pagamento de encargos sociais, e como consequência pode não atender a finalidade de maximizar o direito fundamental da licença-maternidade.

2 A LICENÇA-MATERNIDADE E PATERNIDADE

A licença-maternidade ou licença-gestante é conceituada por Sérgio Pinto Martins como o período de 120 dias de afastamento da empregada (2007, p. 377), prevista no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988, que diz que é direito do trabalhador urbano e rural a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias.

Nesse período, assegura-se o salário-maternidade, que é o pagamento feito pelo INSS à empregada durante os 120 dias da licença-maternidade (MARTINS, 2007, p. 377), regulamentados pelos arts. 71 a 73 da Lei 8.213/1991 e arts. 93 a 103 do Decreto 3.048/1999. O autor caracteriza-o como “benefício previdenciário, pois é a previdência social que faz seu pagamento. Não se trata de uma prestação de assistência social [...]. O pagamento é feito a título de licença-gestante não representa salário, em razão de que é feito pelo INSS e não pelo empregador [...]” (2007). Tal entendimento tem fundamento também no inciso II, art. 201 da Constituição Federal, que diz que a previdência social atenderá nos termos da lei, a proteção à maternidade, especialmente à gestante.

A proteção à maternidade também é tratada na CLT do art. 391 ao art. 400. Essa prestação previdenciária também é prevista pelo art. 71 da Lei 8.213/91, *in verbis*:

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.

Ou seja, a prestação é devida à segurada, que pode ser empregada, empregada doméstica, contribuinte individual, trabalhadora avulsa, segurada especial e segurada facultativa. Quanto ao pagamento do salário-maternidade, diz o art. 72, § 1º, da lei 8.213/91 (posteriormente acrescido pela Lei 10.710/2003):

Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

Já o salário-maternidade devido à trabalhadora avulsa é previsto pelo § 3º da lei supracitada, cuja redação é da pela Lei 11.470/2011, que diz que “o salário-maternidade devido à trabalhadora avulsa e à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, será pago diretamente pela Previdência Social”.

Com o advento da Lei 10.421 de 2002, o referido benefício também passou a ser devido à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção da criança. A licença é devida desde que a criança tenha até oito anos de idade quando da adoção ou da guarda judicial. Como prevê o art. 93-A, inciso III do Decreto 3.048/1999, o salário-maternidade é devido “a partir de quatro anos até completar oito anos, por trinta dias”.

Já licença paternidade é prevista pela Constituição Federal em seu art. 7º, inciso XIX, que diz que o tempo da licença-paternidade será nos termos fixados em lei. Esse artigo é complementado pelo art. 10, §1º no Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, que diz: “Até que a lei venha disciplinar o disposto do art. 7º, XIX da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias”.

O motivo dessa licença-paternidade de cinco dias, enquanto a licença-maternidade se prolonga por seis meses é explicado por Alice Monteiro de Barros, que discorre que “a Constituição ampliou a licença a fim de permitir que o pai acompanhasse a mãe ao hospital ‘marcando sua presença e apoio à sua companheira.’ São, portanto, distintas as finalidades dos afastamentos em questão” (1995).

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LICENÇA-MATERNIDADE

Jorge Miranda conceitua os direitos fundamentais como “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material” (1998).

Gilmar Mendes explica que, por ser uma prestação previdenciária, a licença-maternidade e o salário-maternidade são considerados direitos fundamentais, mais especificamente de segunda geração, que obrigam prestação positiva por parte do Estado (2008).

A licença-maternidade ainda pode ser analisada como direito fundamental por duas vertentes: direito da mulher de ter a maternidade protegida, bem como um direito da criança, que tem direito à saúde e ao aleitamento materno, bem como à convivência familiar. Tais direitos da criança estão previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos arts. 9º e 19º:

9º O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

19º Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Essas disposições normativas estão dispostas no capítulo sobre direitos fundamentais, o que reafirma o exposto nos parágrafos anteriores, ou seja, que o direito ao aleitamento também é um direito fundamental da criança e não somente da mulher.

3 PRORROGAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE

A licença maternidade de 180 dias para servidoras públicas já era lei estadual nos estados brasileiros, com exceção do Maranhão e do Acre, de acordo com a Sociedade Brasileira de Pediatria. Em alguns estados, como Amapá e Santa Catarina, ainda foi aumentada a licença paternidade em 10 dias. Contudo, o benefício não se estendia às trabalhadoras sob o regime CLT.

O Projeto de Lei 281/2005, de autoria da Senadora Patrícia Saboya (PDT-CE), foi transformado na Lei 11.770/2008 de 09 de setembro de 2008, que institui o Programa Empresa Cidadã. A norma prorroga em 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista na Constituição Federal, que também vale para a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção da criança.

Assim, uma das finalidades da lei é equiparar os benefícios trabalhistas das servidoras do setor público e privado. Porém, a prorrogação da duração da licença depende de dois requisitos para ser concedida: a mulher deve ser empregada de pessoa jurídica que tenha aderido ao Programa Empresa Cidadã; e deve requerer a prorrogação até o final do primeiro mês após o parto.

Ainda, nesse período de prorrogação, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar. Em caso de descumprimento dessa disposição, a empregada perderá o direito à prorrogação (art. 4º). Assim, pode-se dizer que o objetivo principal é permitir que a mãe permanecesse em contato direto com a criança por mais tempo, prolongando, quando possível, o aleitamento materno³.

A remuneração salarial dos 60 dias adicionais de licença é paga pela empresa, que poderá deduzir do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica devido em cada período de apuração o valor total que foi pago a empregada durante o período de prorrogação da licença-maternidade. A dedução pode ser feita de três formas: com base no lucro real trimestral ou no lucro real apurado no ajuste anual.

³ De acordo com o Manual de Aleitamento Materno da UNICEF, baseado em recomendações da Organização Mundial da Saúde, as vantagens do aleitamento materno são múltiplas e bastante reconhecidas a curto e a longo prazo, existindo um consenso mundial de que a sua prática exclusiva é a melhor maneira de alimentar as crianças até os 6 meses de vida. Afirma-se que a amamentação tem vantagens para a mãe e para o bebê: o leite materno previne infecções gastrointestinais, respiratórias e urinárias; protege contra alergias, nomeadamente as específicas para as proteínas do leite de vaca; previne contra a diabetes e linfomas; além de facilitar a recuperação da mãe e ser associada a uma menor probabilidade de câncer de mama. Por isso, entendeu-se que durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a mulher não pode exercer qualquer atividade remunerada e a criança não pode ser mantida em creche ou organização similar, pois isso inviabilizaria os objetivos pretendidos pela norma jurídica. A consequência por eventual descumprimento dessa previsão é a perda do direito à prorrogação da licença, desde o momento em que ocorrer a inobservância dos referidos deveres. A ampliação de quatro para seis meses da licença maternidade para trabalhadoras de empresas que se cadastrem no Programa Empresa Cidadã foi assim idealizada pela Sociedade Brasileira de Pediatria, devido aos benefícios que a amamentação por seis meses traz para o bebê, além do fortalecimento do vínculo afetivo entre a mãe e seu filho. De tal forma, é possível afirmar que a Lei 11.770 foi pensada como um direito da criança, de forma a maximizar seu direito fundamental à saúde e ao aleitamento.

O art. 5º da Lei 11.770/2008 restringe à pessoa jurídica tributada no lucro real a possibilidade de renúncia fiscal, que seria reduzir do Imposto de Renda o salário pago a trabalhadora durante os dois meses a mais de licença. Diz o referido art.:

A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

Com isso, pretende-se afastar eventual discriminação no mercado de trabalho, vedada pelo art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, o qual estabelece a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Dessa forma, possibilita-se que a remuneração devida na prorrogação da licença-maternidade seja objeto de dedução do imposto, criando-se um incentivo fiscal.

Se o empregador tivesse de arcar com o valor dessa remuneração, sem poder deduzir o valor do imposto devido, poderia passar a evitar a contratação da mulher, incorrendo em discriminação. Mesmo assim, há entendimento de que essa prorrogação da licença-maternidade pode causar consequências negativas para a admissão da mulher no mercado de trabalho, haja vista que o empregador precisa realizar a sua substituição durante o período em questão.

4 DAS CONSEQUÊNCIAS: ONEROSIDADE ECONÔMICA

A licença-maternidade de 120 dias prevista na Constituição apresenta custos para o empregador, como treinamento no caso de substituição de pessoal ou caso essa substituição não ocorra, o repasse de trabalho para todos da equipe que talvez precise fazer horas extras pagas pelo empregador, o que pode levar a menor produtividade nesse período. Ademais, apesar de a Previdência Social ser a responsável final pelo salário-maternidade, os demais valores pagos em decorrência da relação de emprego continuam a ser pagos pelo empregador – como férias proporcionais e 13º salário – pelo período de afastamento.

A Lei 11.770 poderia assim se tornar um impedimento para a mulher no mercado de trabalho, devido o ônus que a empresa tem que assumir pode se tornar oneroso, enquanto o bônus para o empregador seria extremamente vantajoso. A empresa deve arcar continuamente com encargos sociais citados no parágrafo anterior (da mesma forma que nos quatro primeiros

meses), o que gera custo adicional. Caso o custo-benefício do incentivo fiscal não corresponda ou se sobreponha a esse gasto adicional, a adesão à lei supracitada pode causar prejuízo no lucro final de empresas.

A possibilidade de se tornar mais caro contratar uma mulher e mantê-la empregada durante a ampliação da licença maternidade quando se compara com um homem (independente de grandes ou pequenas empresas nessa análise), pode se tornar um fator contrário para mulheres, sendo possível um impacto negativo na contratação de mão de obra feminina.

Se eventualmente essa preferência na contratação de homens na iniciativa privada de fato ocorra, poderá levar mulheres em maneira geral a migrar para o serviço público⁴, onde a proteção à maternidade é estável e mesmo com a opção por seis meses de licença, não resulta em um possível desemprego ou dificuldade de contratação.

Empresas de maior porte, que são as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, foram as principais a se cadastrarem no Programa Empresa Cidadã. Natura, Peugeot, Bradesco, Nestlé e Santander são algumas grandes empresas que podem ser citadas. Seu cadastro provavelmente se deve ao fato destas empresas se beneficiarem de forma mais significativa com a renúncia fiscal do Imposto de Renda.

Além do benefício fiscal, essas empresas teriam mais facilidade de recolocação de um funcionário no lugar da beneficiária, o que neutralizaria os efeitos da licença tanto no aspecto produtivo quanto no custo, já que a renúncia fiscal nessa situação é suficiente no quesito monetário e a produtividade não seria abalada devido à substituição facilitada.

O fato de apenas determinada categoria empresarial ser apta ao cadastro é uma forma de limitar a queda nas receitas públicas. Contudo, de acordo com o Observatório Brasil da Igualdade de Gênero, até o dia 13 de fevereiro de 2012, apenas 15.735 empresas haviam aderido ao programa. E esse número equivale a menos de 10% do total de organizações que poderiam participar do programa.

Já para pequenas empresas, o custo benefício entre a renúncia fiscal e a concessão de uma licença ampliada não se apresenta como vantajoso, haja vista a baixa aderência ao programa. O provável motivo para essa situação seria o custo que as empresas teriam que absorver com a ausência ainda maior de uma funcionária (principalmente se for uma

4 De acordo com o Boletim Estatístico de Pessoal do Poder Executivo Federal, Brasília DF de fevereiro de 2012, as mulheres ainda são minoria: no Executivo Federal, os servidores civis ativos são 45,5% servidoras mulheres e 54,5% servidores homens.

funcionária experiente e produtiva), mesmo com o alívio fiscal. O número reduzido de funcionários também dificultaria a substituição da gestante – mesmo nos quatro meses obrigatórios de licença seriam necessários uma nova contratação e treinamento - gerando assim um custo adicional.

Essa situação gera disparidade entre as trabalhadoras de grandes e pequenas empresas, mas não poderia ser de outra forma: caso fosse obrigatória a concessão de seis meses, feriria a livre iniciativa privada e geraria vício de inconstitucionalidade, o que causaria ainda mais discriminação na contratação de mulheres.

Como o direito de prorrogação da licença-maternidade não foi previsto também para as empregadas de pessoa física, e a renúncia fiscal mencionada não foi estendida às pessoas jurídicas tributadas com base em lucro presumido e às optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional – Lei Complementar 123/2006, art. 12), é possível questionar o contexto no qual a ampliação da licença maternidade fica estabelecida – o benefício fiscal concedido à apenas algumas empresas exclui uma parcela substancial de mulheres trabalhadoras e fere o Princípio da Isonomia, pois mulheres que se encontram na mesma situação pessoal não possuem os mesmos direitos.

5 DIREITO COMPARADO

Como se viu, o modelo de licença-maternidade adotado no Brasil tem natureza previdenciária, e pode durar até seis meses completos, com o pagamento equivalente a 100% do salário-base. Agora será apresentado o instituto em outros países.

Na França, a proteção à licença maternidade é atualmente tratada na Seção V do capítulo II, do Título II, do livro 1º do Código de Trabalho e também pelo direito previdenciário (BARROS, 1995, p. 294 e 295).

O afastamento pode ter início a partir de seis semanas antes à data presumida do parto e até dez semanas posteriores ao mesmo, e em caso de nascimento múltiplo, aumenta-se em mais duas semanas o total da licença. Ainda, caso a assalariada já tiver assumido o cuidado de pelo menos duas crianças, o afastamento terá início oito semanas antes e terminará dezoito semanas após o parto. Ou seja, a duração da licença varia de acordo com quatro aspectos: número prévio de filhos dependentes, nascimento simples ou múltiplo, existência ou não de condição médica e data certa ou presumida, com a regra geral de duração mínima da licença

de 16 semanas. É previsto também, nos arts. 224-2 e 224-4 do CTF, o direito ao aleitamento, tendo a trabalhadora o intervalo de uma hora durante a jornada até que a criança complete um ano de idade. (BARROS, 1995, p. 295 e 296 e 298).

Já na Suécia, os alicerces da sociedade são os da solidariedade e da igualdade (BARROS, 1995, p 247), motivo pelo qual homens e mulheres têm direito a licença-maternidade e paternidade somadas de 480 dias, com a ressalva de 60 dias exclusivos do pai. O valor do salário nesse período de afastamento corresponde a 80% do valor do salário-base, e é pago pela seguridade social⁵.

Para ter o direito à licença, a empregada precisa de no mínimo seis meses de trabalho na empresa antes do início da licença, ou ter trabalhado no mínimo doze meses nos últimos dois anos (BARROS; 1995). O mesmo dispositivo é previsto para o pai da criança.

Quanto à extensão do período de afastamento, pode-se ter ligação ao fato de a Suécia ter uma baixa taxa de natalidade (10.24 nascimentos por 1000 habitantes no ano de 2012⁶), sendo o tempo disposto aos pais um provável incentivo à procriação por parte do Estado.

Por fim, destaca-se o modelo espanhol, no qual o direito previdenciário constitui um ramo do direito do trabalho, e o valor do salário-maternidade constitui 100% do salário-base, sendo esse custeado pelo Sistema Previdenciário.⁷ De acordo com a Lei nº 3 de 1989, a licença tem um número mínimo de dezesseis semanas ininterruptas, estabelecido também dilação para até dezoito semanas em caso de parto múltiplo (BARROS, 1995).

Esse período é compartilhado entre os pais da criança, com um número mínimo de dias para a mulher após o parto devido sua recuperação (seis semanas), com mais dez semanas nas quais os pais têm a liberdade de dividir como preferirem (BARROS; 1995).

Diante desse quadro, nota-se que o último modelo citado é o mais adequado para a família como um todo, bem como integrado a igualdade de oportunidades e responsabilidades

5 Maternity Protection ILO Convention No. 183, June 2001, International Confederation of Free Trade Unions, the Public Services International and Education International.

6<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2054rank.html?countryName=Sweden&countryCode=sw®ionCode=eur&rank=187#sw>

7 Maternity Protection ILO Convention No. 183, June 2001, International Confederation of Free Trade Unions, the Public Services International and Education International.

entre homens e mulheres, o que pode ter como consequência a diminuição da desigualdade de gênero.

6 PERSPECTIVAS SOCIAIS DA LEI 11.770 E MODELO SUGERIDO

Para Alice Monteiro de Barros, existem vários fatores que interferem negativamente na demanda de mão de obra feminina, sendo os principais a legislação tutelar, na qual se inclui a proibição do trabalho em determinados locais horários e circunstâncias (geralmente inserida em documentos internacionais e adotada para a legislação interna), bem como a força muscular - ou a falta dela (1995).

Ao continuar a análise sobre os custos dessa mão de obra feminina (que se mais alto que a mão de obra masculina, leva à contratação de homens), a autora observa a taxa de natalidade (principalmente em países em desenvolvimento, onde ta taxa é alta), o absenteísmo (atribuído em grau maior a mulheres, com exceção da Jamaica segundo estudos da OIT) e a rotatividade ligada principalmente ao afastamento das mulheres do mercado de trabalho durante os primeiros anos de vida dos filhos (1995).

Logo, a prorrogação da licença-maternidade prevista na Lei 11.770 se enquadra como um dos principais motivos de discriminação da mulher no mercado de trabalho, haja vista a desvantagem e onerosidade que o empregador deve arcar. Nota-se, portanto, que a lei retroalimenta um dos principais motivos de segregação trabalhista, que seria o absenteísmo.

Discorre Alice Monteiro:

A instituição de vantagens apenas para a mãe configura tratamento diferenciador do trabalho feminino e, ao invés de incentivá-lo, contribui para aumentar a dificuldade das mulheres na obtenção de emprego, além de acelerar o desemprego. Assim, a concessão de licença apenas para a mulher, para cuidar do filho, após a licença-maternidade, [...] contribui para eternizar a concepção estereotipada segundo a qual o papel principal da mulher é criar os filhos e cuidar das atividades domésticas, além de reforçar a aversão masculina por esses encargos. Impõe-se, portanto, a extensão da vantagem a ambos os genitores, como alias, procedeu a legislação da Hungria no tocante à licença parental e às férias especiais concedidas inicialmente apenas às mães.

A divisão das responsabilidades no âmbito familiar é um aspecto significativo de uma evolução cultural, e, dada sua lentidão, clama por um início imediato, que poderá ser retardado por concessão de vantagens ou proteção especiais à mulheres.

[...] A experiência tem demonstrado que o tratamento desigual atribuído às mulheres nem sempre é uma decorrência de legislação proibitiva ou de preconceito contra elas, mas do fato de que sua contratação, em geral, aumenta os custos para o empregador, os quais estão mais relacionados com a maternidade e com o cuidado

com os filhos. Entretanto, as tradições culturais que presidem os comportamentos podem reforçar a discriminação. A partir do momento que os comportamentos alteram-se, tanto na vida familiar como na vida social, modifica-se também a posição da mulher no emprego e na profissão. (1995, p. 497-503)

Diante disso, observa-se que a pretensão inicial da norma seria de caráter protecionista, com a tentativa de maximizar o direito fundamental à licença-maternidade. Porém, tal tentativa colide com o direito da mulher de estar inserida no mercado de trabalho, de ter um emprego, de não ser discriminada por sexo e de se manter atualizada. Logo, ao buscar-se ampliar um direito, pode-se prejudicar e adentrar na área dos demais.

Além dos fatos citados, a referida lei age como tentativa de disciplinar a maternidade e o aleitamento, deixando claro para as mães que elas devem amamentar durante o máximo de tempo possível, mesmo que essa não seja sua escolha pessoal.

Ademais, ao prolongar a licença-maternidade em observância ao direito de convivência familiar e criação de vínculo da criança e não considerar o pai como parte dessa esfera familiar, além de negligenciar a criança no que se refere a figura paterna, reafirma-se a imposição de gênero à mulheres, que são relegadas às responsabilidades da esfera privada e ao homem, as da esfera pública.

Apesar de a lei parecer uma conquista dentro dos direitos femininos, ela pode se apresentar como um retrocesso: primeiramente por não ter sido pensada como tal, mas sim como um direito da criança à saúde; e segundo por reafirmar o papel feminino, que deve ser no âmbito familiar e não no mercado de trabalho.

Pelo fato de a norma ter sido promulgada em 2008, ainda não existem pesquisas estatísticas que permitam a comprovação da tese de que os objetivos iniciais, quais sejam, a proteção à amamentação e redução de doenças ligadas aos primeiros meses de vida, foram de fato efetivos. Por isso, a presente crítica se propõe ao estudo aprofundado dos efeitos da Lei n. 11.770 para a averiguação de seu real impacto na sociedade brasileira.

Caso a imposição social dos papéis tradicionais de gênero não fosse verdadeira, provavelmente veríamos não a ampliação, ainda que facultativa, da licença-gestante, mas sim a ampliação da licença-paternidade, que atualmente é de apenas cinco dias remunerados.

A realidade social muitas vezes nos leva a refletir sobre esse fato. Merece registro julgado que teve ampla divulgação na imprensa brasileira como o primeiro caso em que a licença maternidade foi transferida para o pai em face do falecimento da mãe.

A Dra. Ivani Silva da Luz, titular da 6º Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, concedeu liminar em mandado de segurança impetrado contra ato que negou ao impetrante, servidor público federal, o gozo de licença paternidade nos moldes da licença maternidade, ante o óbito da mãe em virtude de complicações no parto.

O fundamento para tal decisão foi o art. 227 da Constituição Federal, no qual estabelece-se que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente 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, dentre outros diversos direitos.

Segundo a magistrada, “embora não exista previsão legal e constitucional de licença paternidade nos moldes de licença maternidade, esta não deve ser negada ao genitor, ora impetrante”. Explicou que “o fundamento deste direito é proporcionar à mãe o período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais, a sua sobrevivência e o seu desenvolvimento”⁸.

Concluiu que:

Na ausência da genitora, tais cuidados devem ser prestados pelo pai e isto deve ser assegurado pelo Estado, principalmente, nos casos como o presente, em que, além de todas as necessidades que um recém-nascido demanda, ainda há a dor decorrente da perda daquela. Nestas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre o da legalidade estrita, que concede tão somente às mulheres o direito de gozo da licença maternidade⁹.

É imprescindível o direito da criança também à presença paterna, além de distribuir de forma mais igualitária as obrigações do casal no âmbito público e no privado, criando um ambiente social mais favorável à igualdade de gênero.

A melhor maneira de tratar a licença no aspecto econômico e social, a fim de se buscar reduzir custos e diminuir a desigualdade de gênero - trazendo o pai para a esfera familiar no lugar de somente a mulher - é o modelo compartilhado, que pode tomar como base o espanhol.

A solução que esse trabalho vê para a perspectiva da mulher na sociedade é a adoção de um modelo que permita a partilha de responsabilidades ligadas à esfera familiar e ao

8 TRF 1. 6965.91.2012.4.01.3400, Juíza Ivani Silva da Luz, Sexta Vara Federal, publicado DJE em 8/2/2012.

9 IBIDEM.

cuidado da criança em questão, ou um novo modelo adaptado, no qual o casal escolhe como exercer a licença de acordo com suas necessidades, similar à forma apresentada no direito comparado espanhol.

Com um período obrigatório para a mulher devido à recuperação após o parto (seis primeiras semanas de resguardo), há também o período disponibilizado para acordo entre os pais, deixando-os exercer a liberdade de escolha (onze semanas, totalizando a licença em dezessete semanas completas).

É também necessário dar liberdade para a empregada e o empregador decidirem qual será a melhor forma de lidar com a licença-maternidade dentro de sua relação específica, respeitando os 120 dias previstos no texto constitucional, mas abrindo espaço para uma negociação, como por exemplo, o salário-maternidade após os quatro meses serem proporcionais ao tempo que a empregada se manterá afastada.

7 CONCLUSÃO

Buscou-se discutir a Lei 11.770 de 2008, evidenciando seus pontos positivos e negativos. A norma prorrogou em 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista na Constituição Federal, que também vale para a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção da criança.

A alteração legislativa foi defendida exclusivamente sob o enfoque da saúde e desenvolvimento físico e mental das crianças.

Assim, a Lei 11.770 tem o mérito de equiparar os benefícios trabalhistas das servidoras do setor público e privado, apesar de restringir às empregadas de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, a possibilidade de deduzir do imposto de renda o total da remuneração integral da empregada referente aos 60 dias de prorrogação de sua licença-maternidade.

O benefício fiscal concedido apenas às empresas que atendem ao critério estabelecido exclui uma parcela substancial de mulheres trabalhadoras, pois se demonstrou que o regime de compensação do salário maternidade é inadequado e oneroso para micro e pequenas empresas.

Além disso, apesar de ser vantajosa no que tange aos direitos da criança, a criação do programa Empresa Cidadã reforça papéis tradicionais de gênero e isenta os homens do exercício da paternidade nos primeiros meses de vida dos seus filhos.

Verificou-se que falar de licença-maternidade e de proposta de sua simples ampliação envolve também impactos indesejados para o mercado de trabalho das mulheres, além de aumento de custos diretos e indiretos para as empresas. Ou seja, a medida é tendente a prejudicar a empregabilidade das mulheres e impactar na competitividade das empresas, especialmente de setores intensivos em trabalho feminino e nas micro e pequenas empresas.

Como proposta apresentada, sugeriu-se a adoção de um modelo trabalhista que permita o compartilhamento das responsabilidades e não apenas prolongue os deveres femininos relativos à maternidade, nos moldes do que ocorre no sistema espanhol. É necessário o aprofundamento do debate sobre o tema, para que sejam desenvolvidas soluções mais integradas, que permitam avançar de forma inteligente na questão da saúde da criança, do mercado de trabalho da mulher e na competitividade empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT Comentada**. 4ª ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROS, Alice Monteiro. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 02 maio. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 02 maio. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 02 maio. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 3.048**, de 6 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm> Acesso em: 02 maio. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.421**, de 15 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm> Acesso em: 02 maio. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.710**, de 5 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.710.htm> Acessado em 2 de maio de 2012.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 281**, de 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=74973> Acesso em: 06 maio. 2012.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123**, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm> Acesso em: 02 maio. 2012.

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> 02 maio. 2012.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 09 maio. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª região. **Mandado de segurança nº 6965.91.2012.4.01.3400**. Rel. Desembargadora Ivani Silva da Luz, Sexta Vara Federal, publicado DJE em 8/2/2012.

Boletim estatístico de pessoal. Brasília, DF. Fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico.htm> Acesso em: 04 maio. 2012.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social. Custeio da Seguridade Social. Benefícios. Acidente do trabalho. Assistência Social. Saúde**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

Maternity Protection ILO Convention Nº. 183, June 2001, International Confederation of Free Trade Unions, the Public Services International and Education International.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988.

OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO. Disponível em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/programa-empresa-cidada-atinge-menos-de-10-das-empresas>> Acesso em: 02 maio. 2012.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **Campanha Licença-Maternidade, 6 meses é melhor!** Disponível em: <http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=17&id_detalhe=1604&tipo=D> Acesso em: 02 maio. 2012.

UNICEF. **Manual de Aleitamento Materno.** Disponível em:
<http://www.unicef.pt/docs/manual_aleitamento.pdf> Acesso em: 05 maio. 2012.