

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ CÂMPUS CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ECONÔMICO E
SOCIOAMBIENTAL**

RITA DE CÁSSIA ANDRIOLI BAZILA PERON

**A EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO RESPONSÁVEL LEGAL
PELA CRIANÇA: UMA NOVA REALIDADE SOCIOECONÔMICA PARA A
ATIVIDADE EMPRESARIAL**

CURITIBA

2015

RITA DE CÁSSIA ANDRIOLI BAZILA PERON

**A EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO RESPONSÁVEL LEGAL
PELA CRIANÇA: UMA NOVA REALIDADE SOCIOECONÔMICA PARA A
ATIVIDADE EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na área de concentração Direito Econômico e Socioambiental e linha de pesquisa Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável, como requisito à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore

CURITIBA

2015

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Biblioteca – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

RITA DE CÁSSIA ANDRIOLI BAZILA PERON

**A EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO RESPONSÁVEL LEGAL
PELA CRIANÇA: UMA NOVA REALIDADE SOCIOECONÔMICA PARA A
ATIVIDADE EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Câmpus Curitiba, como requisito à obtenção do título de mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dra. Flávia Cristina Piovesan
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dra. Silvana Mandalozzo
Universidade Estadual de Ponta Grossa
(UEPG)

Curitiba, 24 de fevereiro de 2015

Dedico essa dissertação ao meu marido
Guilherme Fagan Peron

AGRADECIMENTOS

Ao meu amado marido Guilherme, que sempre incentivou meu aperfeiçoamento profissional e pessoal, estando ao meu lado durante todo o período do mestrado, com seu apoio, amor, compreensão nos momentos de estudo e pronta ajuda em qualquer situação, sem os quais esta etapa não teria sido possível.

Ao meu orientador Professor Dr. Marco Antônio César Villatore, um exemplo de professor e profissional ético, que ensina com palavras e com bons exemplos, por todo o apoio, ensinamentos e paciência.

A toda minha família, especialmente minha mãe Fátima, meu pai Ivo e meu irmão Guilherme, meu sogro Antônio e minha sogra Diva, agradeço o apoio e incentivo que foram essenciais.

Aos colegas de profissão Marcos e Cauê, que tiveram paciência e compreensão com as ausências e compromissos do mestrado, dando todo o apoio necessário.

As minhas queridas amigas de mestrado Susan Soeiro, Sonia de Oliveira, Nádia Mikos, Alessandra Boskovic, Adriana Campagnoli e Michele Hastreiter, pela amizade e companheirismo.

Aos professores do PPGD, que muito me ensinaram.

RESUMO

A sociedade vem avançando ao longo dos anos, e com ela os modelos familiares também estão se modificando. De uma sociedade patriarcal, onde a única modalidade familiar aceita era pelo matrimônio, passou-se a uma variedade de modelos familiares que não são possíveis de se enumerar à exaustão. O direito à licença-maternidade também sofreu muitas mudanças ao longo dos anos, pois seus objetivos foram sendo adaptados aos anseios sociais e aos novos modelos familiares existentes. Porém, as mudanças legislativas acerca da licença-maternidade não foram suficientes para suprir as necessidades sociais. Assim, o objetivo desta dissertação é demonstrar que a licença-maternidade deve ser estendida ao responsável legal pela criança, nos mesmos moldes que é assegurada à mãe, independentemente se é o pai ou outro familiar, e, que a aplicação desse direito pode ser de responsabilidade das empresas, e não somente do Estado. Para tanto, o direito à licença-maternidade foi analisado como direito fundamental social, sendo verificada sua aplicabilidade e vinculação tanto do Estado como da empresa (sociedade) em sua efetiva aplicação. Chegou-se ao resultado de que a licença-maternidade deve ter sua aplicação garantida, tanto pelo Estado, quanto pelas empresas, como parte da sociedade, por se tratar de um direito fundamental e pela observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Concluiu-se, então, que é possível que as empresas, cumprindo seu papel social, através do exercício da atividade empresarial sustentável, da função social da empresa e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais promovam a extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, como forma de uma nova realidade econômica e social para a atividade empresarial.

PALAVRAS-CHAVE: Licença-maternidade. Responsável legal pela criança. Atividade empresarial.

ABSTRACT

The society has advanced over the years, and because of this family patterns are changing. In a patriarchal society, where the only form acceptable of family was the marriage, it moved to a variety of family models that are not possible to enumerate. The right to maternity leave also went through changes over these years, because their objectives were being adapted to social expectations and new existing family models. However, legislative changes concerning the maternity leave were not efficient to supply the social needs. The objective of this work is to demonstrate that maternity leave should be extended to the child's legal responsible, in the same way as is afforded to the mother, regardless of whether the father or other family member, and that the implementation of this right can be an corporate responsibility, not only just the state political implementation. For this purpose, the right to maternity leave was analyzed as a social fundamental right, and verified the applicability and linking both the state and the company (society) in its effective implementation. Came to the result that the maternity leave must be guaranteed this application, both by the state and by the business as part of society, because it is a fundamental right and observance of the principles of human dignity and equality. We conclude, then, that it is possible that companies, fulfilling their social role, through the exercise of sustainable business activity, the social function of the company and the horizontal effect of fundamental rights promote the extension of maternity leave to the child's legal responsible as a way to a new economic and social reality for business activity.

KEYWORDS: Maternity leave. The child's legal responsible. Business activity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. A LICENÇA-MATERNIDADE E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE	14
2.1. DA LICENÇA-MATERNIDADE	14
2.1.1. Do breve histórico.....	14
2.1.2. As mudanças na CLT e a legislação atual.....	20
2.1.3. Do período de afastamento	21
2.1.4. As mudanças trazidas pela Lei nº 12.873, de 2013	25
2.1.5. Do salário-maternidade	27
2.1.6. Da estabilidade provisória	33
2.1.7. Dos aspectos gerais	38
2.2. OBJETIVOS DA LICENÇA-MATERNIDADE	43
2.3. NOVOS MODELOS FAMILIARES NA SOCIEDADE ATUAL.....	51
2.4. CRÍTICAS ÀS ATUAIS DISPOSIÇÕES LEGAIS ACERCA DA LICENÇA-MATERNIDADE	56
3. A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DA LICENÇA-MATERNIDADE	60
3.1. PRINCÍPIOS QUE DEVEM SER CONSIDERADOS PARA A EFETIVIDADE DA LICENÇA-MATERNIDADE.....	61
3.1.1. Dos princípios em geral e sua importância no ordenamento jurídico.....	61
3.1.2. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	66
3.1.3. Princípio da igualdade	74
3.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS	83
3.3. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	97
3.4. O PAPEL DO ESTADO NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	107
4. UMA NOVA REALIDADE ECONÔMICA E SOCIAL PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL SUSTENTÁVEL ATRAVÉS DA EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO RESPONSÁVEL LEGAL PELA CRIANÇA	113
4.1. OS FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA	114
4.2. FORMAS DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PELAS EMPRESAS..	121
4.2.1. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	126
4.2.2. Exercício da função social da empresa	129
4.2.3. Exercício da atividade empresarial sustentável.....	136

4.3. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO RESPONSÁVEL LEGAL PELA CRIANÇA – UMA NOVA REALIDADE SOCIOECONÔMICA PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL	149
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	153
REFERÊNCIAS	157

1. INTRODUÇÃO

A licença-maternidade é um direito que representa a luta e conquista das mulheres no mercado de trabalho, que foi mudando ao longo dos anos de acordo com a evolução da sociedade brasileira e os modelos familiares que a compõe.

Inicialmente concebido com a finalidade de proteger o emprego da mulher, tendo como justificativa a limitação física da mãe logo após o parto, bem como os cuidados com o bebê, o direito à licença-maternidade foi sendo modificado quanto ao seu objetivo quando novas situações sociais foram impostas.

O direito perdeu a justificativa de caráter biológico quando a licença passou a ser concedida também a mãe adotante nos mesmos moldes que era concedida à mãe biológica. A partir desse momento o principal objetivo da licença-maternidade passou a ser principalmente o cuidado com a criança, o que atualmente se mantém, tendo também como outro objetivo a proteção da maternidade em sentido amplo, não relacionada somente à mãe, mas vista como uma proteção e interação da família com o novo membro.

Atualmente a licença-maternidade pode ser concedida à mãe biológica, ou, em caso de sua morte, ao companheiro, bem como ao adotante, seja homem ou mulher. As recentes mudanças mostram grande avanço no direito da licença-maternidade, entretanto de longe não são suficientes para que todos aqueles que possuem o direito à licença sejam abarcados pela proteção legal.

Há que se fazer também uma delimitação quanto a opção pelo termo criança e não jovem. Tal opção se dá somente pelo fato de que não se apresentam muitas problemáticas envolvendo as crianças ou adolescentes adotados, já que o direito assegura a licença tanto à mãe quanto ao pai, e, dificilmente a maioria dos problemas enfrentados pela criança recém-nascida, serão enfrentados pela adotada (como os cuidados passarem para outros familiares em razão de abandono pela mãe ou pai. Sendo assim, opta-se pelo termo criança e não jovem, voltando-se mais à criança recém-nascida, embora não excluindo a criança ou o adolescente adotado.

O direito como reflexo da sociedade deve acompanhar sua evolução, se adaptando às mudanças ocorridas para que consiga suprir os reais anseios e necessidades sociais, entretanto, no caso em comento, essa função do direito não é

observada, pois grande parte daqueles que deveriam ter o direito à licença-maternidade assegurado não o tem por ausência de previsão legal.

A fim de delimitar o objeto de estudo desta dissertação, é necessário esclarecer que, todas as vezes que se falar em licença-maternidade, a referência é ao direito consagrado no inciso XVIII, art. 7º, da Constituição de 1988, que assegura a licença à mãe pelo período de 120 dias, bem como seus correspondentes artigos da Seção V, Capítulo III, Título III, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Não se está, portanto, referindo a um novo direito ou à licença paternidade.

O que se defende neste estudo é a extensão da licença-maternidade, nos mesmos moldes como é regulamentada pela legislação, também ao responsável legal pela criança quando da ausência da mãe ou do detentor do direito. Sendo que o responsável legal pela criança pode ser tanto o pai, quando outro familiar que fique encarregado por prover as necessidades da criança.

Não se pretende aqui defender o direito de qualquer pessoa ter o benefício da licença-maternidade assegurado, mas somente que aquele que se encontra na mesma situação fática que o detentor legal do direito à licença, através de uma análise dos objetivos da licença-maternidade (proteção da criança e proteção e interação com a família) e analisando-se os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

É inconcebível que atualmente a legislação seja direcionada apenas a uma parcela da sociedade, quando outra parcela, que se encontra na mesma situação fática, sendo igualmente detentora do direito, fique sem amparo legal.

Assim, não pode ser aceito pela sociedade que uma criança que nasceu em uma família que possui um pai e uma mãe em sua composição tenha os direitos constitucionais assegurados, quando outra, que nasceu em uma família que por alguma razão não tem nem o pai em sua composição e por ventura nem mesmo a mãe (por morte ou abandono ou qualquer outro motivo) esteja desamparada pelo direito, apenas pelo fato da composição de sua família.

Torna-se ainda mais absurda tal situação, quando se verifica que a própria Constituição de 1988 assegura o direito prioritário das crianças (art. 227), sem qualquer distinção. Sendo, a distinção legislativa, ao delimitar o beneficiário do direito à licença-maternidade, totalmente tendenciosa (ao estabelecer o padrão de um modelo familiar) e contrária aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, sendo contrário

até mesmo ao próprio direito da licença-maternidade, que tem como principal objetivo assegurar os direitos da criança, que é seu principal destinatário.

Por essa razão esta dissertação propõe um estudo do direito à licença-maternidade segundo os seus objetivos, através de uma análise do histórico da licença, bem como as mudanças atuais deste direito, juntamente com a análise dos novos modelos familiares que a sociedade apresenta.

Será realizada, ainda, a análise do direito da licença-maternidade como direito fundamental social, sua aplicabilidade e vinculação ao Estado e aos particulares.

Diante da ausência de legislação para abarcar todos os que são destinatários do direito à licença-maternidade, este estudo se propõe a demonstrar se as empresas também são responsáveis pela sua aplicabilidade, e quais são as justificativas para que seja realizada a eficácia social da licença-maternidade através de uma ação positiva da empresa, o que será realizado através da análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, da atividade empresarial sustentável, do exercício da função social da empresa, bem como dos fundamentos e finalidade da ordem econômica.

2. A LICENÇA-MATERNIDADE E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE

2.1. DA LICENÇA-MATERNIDADE

Antes de explicar a extensão da licença-maternidade e dos pontos principais dessa pesquisa, algumas considerações se fazem necessárias acerca da licença-maternidade, sua evolução histórica, bem como a previsão constitucional e previsões legais que envolvem este instituto, para que se tenha uma ideia ampla do tema, a fim de entendê-lo desde suas origens, para ser possível compreender a sua finalidade.

2.1.1. Do breve histórico

A licença-maternidade evoluiu ao longo da história através da luta pelos direitos trabalhistas e principalmente dos direitos das mulheres. Os fatos históricos e principalmente as Convenções da OIT influenciaram os países a positivarem os direitos das mulheres, incluindo neles os direitos relativos à licença-maternidade.

No Brasil Colonial não havia mulheres livres e brancas em quantidade significativa, se comparado à quantidade de colonos. Muitas dessas mulheres eram órfãs enviadas de Portugal para povoar as novas terras. Existiam, também, as negras que eram escravas e enviadas para trabalhar, sendo muito comum na época se utilizar da seguinte expressão: “branca para casar, negra para trabalhar”, que traduzia muito bem a mentalidade da época e o papel das mulheres, que era ou de escrava ou de esposa, tendo algumas exercido poucas atividades laborais como panificação, tecelagem, costura, dentre outras.¹

No período imperial não havia qualquer preocupação com as mulheres, sendo-lhes negado, inclusive, o direito ao voto, cabendo a elas o espaço doméstico, e sendo a sua maioria analfabeta. Às de família rica cabia o papel de cuidado do lar enquanto as escravas e pobres eram obrigadas a trabalhar, estas últimas para o sustento do lar, enfrentando todos os preconceitos da sociedade da época, que considerava que o espaço público era somente reservado aos homens. Portanto, o trabalho dessas mulheres não era regulado e muito menos protegido.²

¹ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do Trabalho da mulher: A questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática.** São Paulo: LTr, 2007, p. 05.

² *Ibid.*, p. 06.

A passagem do Império para a República em 1889 trouxe a abolição da escravidão, bem como os imigrantes, e, dentre eles, diversas trabalhadoras. Entretanto, a economia do país continuou predominantemente agrária, mesmo que houvesse um labor de mulheres no início da industrialização.³ Dessa forma, não havia ainda qualquer regulação ou proteção do trabalho feminino.

Assim tanto a Constituição brasileira de 1824, quanto a Constituição de 1891 foram omissas em relação ao tema da licença-maternidade.⁴

No plano internacional a primeira Convenção da OIT a tratar da licença-maternidade foi a Convenção nº 3, de 1919, que entrou em vigor a partir de 1921⁵, tendo como principais aspectos a licença antes (seis semanas) e depois do parto (mais seis semanas), através de atestado médico comprobatório do estado gravídico e data provável do parto, se fosse possível; com a proposição de que o descanso prévio fosse facultativo e o posterior obrigatório; havia também a previsão de garantia de emprego decorrente da impossibilidade de despedida de forma concomitante com o afastamento para dar à luz e a ineficácia de aviso prévio durante esse mesmo período.⁶

A Convenção nº 3, da OIT garantiu, ainda, a assistência à maternidade, que consistia em um auxílio econômico para cobrir as despesas, que deveria ser pago pelo Poder Público, ou pelas instituições previdenciárias; além de garantir a assistência gratuita de médico ou parteira. Por fim, ficou assegurado à gestante facilidades durante a amamentação, como o direito a dois repousos especiais diários de meia hora cada.⁷

Ainda, em 1921, tem-se a Recomendação nº 12, da OIT, que propôs a extensão da licença concedida pela Convenção nº 3, também às empresas agrícolas. Destaca-se, também a Recomendação nº 67, de 1944, que dispõe acerca das garantias dos meios de subsistência, onde há a previsão de que os riscos cobertos pelo seguro social devem incidir sobre situações em que o segurado não pode manter sua própria subsistência, e dentre eles está a maternidade.⁸

³ CALIL, Léa Elisa Silingowski. **Direito do Trabalho da mulher: A questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática.** São Paulo: LTr, 2007, p. 06-07.

⁴ MANDALAZZO, Silvana. **A maternidade no Direito do Trabalho.** Curitiba: Juruá, 1996, p. 28.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **A Mulher e o Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1995, p. 40.

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 936-937.

⁷ *Ibid.*, p. 936-937.

⁸ BARROS, *op. cit.*, p. 41.

No Brasil, através do Decreto nº 21.417-A, de 1932, houve a regulamentação do trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais. Tal normativa assegurava descanso obrigatório de quatro semanas antes, e quatro semanas após o parto, em estabelecimento público ou particular, podendo haver aumento de até duas semanas antes e duas semanas após o parto, por meio de atestado médico. Era assegurado, no período do afastamento, o recebimento de metade do salário, pago pelas caixas criadas pelo Instituto de Seguridade Social e na sua falta pelo empregador. Foi assegurado também o retorno à mesma função, a proibição de dispensa baseada na gravidez, bem como dois intervalos diários, de meia hora cada, nos estabelecimentos com mais de 30 empregadas acima de 16 anos.⁹

O Brasil ratificou a Convenção nº 3, da OIT através do Decreto nº 423, de 1935. Portanto, a Convenção nº 3, da OIT foi ratificada enquanto estava vigente o Decreto nº 21.417-A, de 1932, sendo que os dois diplomas eram conflitantes quanto à duração da licença-maternidade e a imposição ao empregador do pagamento correspondente. Tal conflito findou com a ratificação da Convenção, o que ocasionou a derrogação do referido Decreto.¹⁰

A primeira Constituição brasileira que tratou da licença-maternidade foi a de 1934, em seu art. 121, § 1º, “h”, que garantiu assistência médica à gestante, além de assegurar descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário. A Constituição de 1937 também manteve a mesma diretriz da anterior, entretanto sem mencionar a palavra “emprego”, assegurando apenas assistência médica à gestante, sem prejuízo do salário, bem como um período de descanso antes e após o parto.¹¹

Sobre o assunto Léa Elisa Silingowschi Calil dispõe que:

A Constituição de 1934, cujo modelo foi a Constituição da República de Weimar, abandonou os velhos ideais do liberalismo do início da república e apresentou um viés social-democrático. Seu texto consagrou muitos direitos que já vinham sendo conquistados por diferentes categorias profissionais e, assim, normas de proteção ao trabalhador, pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, foram reunidas em um capítulo referente à ordem social e econômica.¹²

⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 855-856.

¹⁰ *Idem*. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 55.

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184-185.

¹² CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do Trabalho da mulher: A questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. São Paulo: LTr, 2007, p. 15.

Através do Decreto-Lei nº 5.452, foi promulgada, em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, que, quando entrou em vigor, trouxe no texto de seu art. 393 e respectivo parágrafo, a obrigação do empregador em realizar o pagamento dos salários integrais durante o período de licença-maternidade de seis semanas antes e seis semanas após o parto. Tal disposição legal tinha como base o texto Constitucional de 1937, que assegurava à gestante a licença sem prejuízo do salário, e, por essa razão, seria o empregador obrigado a efetuar o pagamento dos salários à empregada.¹³

A Consolidação das Leis do Trabalho, mesmo concedendo o período de descanso estabelecido na Convenção nº 3, da OIT, estava em desacordo com esta no que tange ao pagamento do salário pelo empregador¹⁴, pois, mesmo não havendo disposição expressa quanto ao custeio dos salários da empregada durante a licença-maternidade, como no caso da referida Convenção, onde é expressa a determinação, além da disposição de que o salário deveria ser pago pelos fundos públicos ou por um sistema de seguros.

Alice Monteiro de Barros dispõe acerca do problema gerado tanto à empregada quanto ao empregador:

O dispositivo nacional gerava comportamento discriminatório, acarretando o desemprego da mulher casada ou da que engravidasse, além de implicar injustiça contra o empregador, já que o encargo relativo ao salário-maternidade deveria ser custeado não apenas por ele, mas pela coletividade, por intermédio de um sistema de seguro social.¹⁵

No mesmo sentido, ao tratar do advento da Consolidação das Leis do Trabalho, mais especificamente das normas de proteção ao trabalho da mulher, Léa Elisa Silingowschi Calil afirma que estas se impuseram como um ônus ao empregador, o que soava quase como uma proibição à contratação das mulheres ao invés de homens, que não possuíam esses direitos.¹⁶

A Constituição brasileira seguinte, do ano de 1946, reintroduziu o direito da gestante ao emprego e continuou garantindo o salário e o descanso antes e depois do

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 55.

¹⁴ *Ibid.*, p. 55-56.

¹⁵ *Ibid.*, p. 56.

¹⁶ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do Trabalho da mulher: A questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. São Paulo: LTr, 2007, p. 18.

parto. Não ocorreu qualquer modificação de conteúdo na Constituição de 1967, nem mesmo na Emenda Constitucional de 1969.¹⁷

No plano internacional, em 1952, diante de diversas propostas de revisão, a Convenção nº 3, da IOT foi revista através da Convenção nº 103, entrando em vigor a partir de 1955, sendo ratificada pelo Brasil, exceto no que tange às empregadas domésticas e rurais.¹⁸ A Convenção nº 103, da OIT dispõe acerca do amparo à maternidade às mulheres empregadas em empresas industriais, em trabalhos não industriais e agrícolas, bem como às mulheres assalariadas que trabalham em domicílio.

Dentre outros direitos, a referida convenção dispõe que o prazo de licença-maternidade deve ser pelo período de doze semanas no mínimo, sendo que, uma parte dessa licença deverá ser gozada obrigatoriamente após o parto em período nunca inferior a seis semanas. Dispõe ainda acerca da assistência médica que tem direito as empregadas grávidas.

Uma importante disposição da Convenção nº 103, da OIT é a trazida pelo art. IV, nº 8: “Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”.

A Convenção nº 103 dispõe ainda acerca do direito de intervalos remunerados para aleitamento do filho pela empregada, bem como a proibição de dispensa da empregada no período de licença-maternidade.

No Brasil, a Convenção nº 103, da OIT foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 20 de 1965 e foi promulgada pelo Decreto nº 58.820, de 1966. Dessa forma, a Convenção nº 3, da OIT, que havia sido promulgada no Brasil através do Decreto nº 423, de 1935 foi denunciada como resultado da ratificação da Convenção nº 103.

Entretanto, mesmo com a aprovação do Decreto de 1966, acima mencionado, somente após anos é que tal Convenção foi efetivamente aplicada quanto à previsão de custeio da licença-maternidade pela Previdência Social, tendo em vista que não possuía regulamentação específica para esse fim, o que ocorreu somente em 1974/1975 com a Lei nº 6.136 e o Decreto nº 75.207, respectivamente:

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 185.

¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 42-46.

Assim, com o Decreto nº 75.207, de 10 de janeiro de 1975, que regulamentou a Lei nº 6.136, de novembro de 1974, a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade correspondente a doze semanas ficou a cargo da Previdência Social, enquanto estiver em vigor o contrato, sendo arrolada como prestação previdenciária. Corrigia-se a distorção, portanto, desde a Convenção nº 3, já se determinava fosse o encargo do Estado.¹⁹

Assim, mesmo que a Convenção nº 103, da OIT dispusesse que o salário-maternidade seria custeado por um sistema de Seguridade Social, no Brasil, essa realidade somente foi possível em 1974, com a modificação legal da natureza jurídica do benefício, quando o salário-maternidade passou à categoria de prestação previdenciária, paga pelo INSS.²⁰

Nesse sentido Mauricio Godinho Delgado trata do cumprimento da Convenção nº 103, da OIT como um marco que divide em duas fases a legislação brasileira: uma antes do seu cumprimento, quando o empregador suportava diretamente o pagamento de todas as parcelas da licença-maternidade; e outra fase que se deu após o cumprimento da convenção, pela edição da Lei nº 6.136, de 1974, que determinou que o pagamento da licença seria arcado pela previdência social e não mais pelo empregador.²¹

A Constituição de 1988 surgiu como resultado das mudanças políticas do final do Regime Militar, chamada de a Constituição Cidadã, pela primeira vez uma constituição colocou os direitos e garantias fundamentais antes dos demais direitos, o que não causa qualquer efeito, mas significa muito quanto à importância desses direitos estabelecidos.²² Com relação à licença-maternidade, a Constituição de 1988 prevê o período de cento e vinte dias de duração, período este que vigora atualmente.

Com a previsão da Constituição de 1988 de licença-maternidade de 120 dias houve divergências jurisprudenciais quanto ao custeio da extensão do benefício, se seria a cargo do empregador, o pagamento dos dias aumentados, ou da previdência, e, a partir de quando seria devido. Entretanto, se o benefício seria pago pela previdência, deveria haver o seu custeio, pois não há a possibilidade de ressarcimento pela seguridade social

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 57.

²⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344.

²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1136.

²² CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do Trabalho da mulher: A questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. São Paulo: LTr, 2007, p. 28.

sem a fonte correspondente. Sendo assim, uma das correntes jurisprudenciais negou a auto executoriedade do art. 7º, XVIII da CRFB, afirmando que somente a partir do advento da Lei nº 8.213, de 1991, é que se regulamentou o texto constitucional, considerando-se devida a licença-maternidade de 120 dias somente a partir dessa data.²³

Entretanto, Alice Monteiro de Barros discorda da corrente acima exposta, afirmando que, devido ao prazo estabelecido no art. 59 da ADCT, o projeto de regulamentação deveria ter sido apresentado em 1989, competindo ao Congresso apreciá-lo até 5 de abril de 1991, dezoito meses após, e não após a vigência da Lei nº 8.213, de 1991. A jurista finaliza afirmando que:

Entendo, portanto, que o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal de 1988, consubstancia norma de eficácia limitada, pois necessitou de lei futura para sua execução, em face dos interesses que pretendi tutelar. Esclareça-se, todavia, que a normativa futura não lhe alterou a duração da licença e nem poderia fazê-lo, dada a sua natureza.²⁴

Portanto, a aplicação da licença-maternidade de 120 dias prevista na Constituição foi realmente aplicada somente em 1991, alguns anos depois de sua previsão constitucional, por se tratar de norma, na prática, de eficácia limitada à regulamentação.

2.1.2. As mudanças na CLT e a legislação atual

Algumas normas relativas à proteção à maternidade estão previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no Título III (Das Normas Especiais de tutela do Trabalho), Capítulo III (Da Proteção do Trabalho da Mulher), Seção V (Da Proteção à Maternidade), compreendendo os artigos 391 à 400, que sofreram diversas modificações ao longo dos anos.

Antes de adentrar a análise detalhada de tais artigos, importante destacar que o direito à licença-maternidade envolve diversas esferas de direitos, sendo os três mais importantes: o afastamento do trabalho; o pagamento do salário-maternidade durante o período; a estabilidade prevista no art. 10, II, b, da ADCT, além é claro, de um quarto ponto importante, que é a evolução de direitos dos adotantes. A seguir serão explicados cada um desses pontos.

²³ BARROS, Alice Monteiro de. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 57-60.

²⁴ *Ibid.*, p. 61.

2.1.3. Do período de afastamento

Originalmente, a redação do art. 392, da CLT, que dispõe acerca do período da licença-maternidade, concedia seis semanas antes e seis semanas após o parto, conforme já apresentado acima. Entretanto, sofreu três alterações de seu texto original.

A primeira alteração ocorreu pelo Decreto-Lei nº 229, de 1967, que modificou a disposição do período de repouso, prevendo quatro semanas antes e oito semanas após o parto.

Além da previsão original de 12 semanas de licença-maternidade do art. 392, da CLT, havia a disposição de dois parágrafos, assegurando respectivamente que o afastamento seria determinado pelo atestado médico apresentado ao empregador, bem como prevendo o aumento da licença em até duas semanas antes e duas após o parto mediante atestado médico. Tais parágrafos também foram modificados pelo Decreto-lei nº 229, de 1967, que deu nova redação aos parágrafos 1º e 2º, além de acrescentar mais dois parágrafos, o 3º e o 4º.

O parágrafo primeiro sofreu pequenas modificações, delimitando apenas que o início do afastamento se dará através de atestado e o parágrafo segundo não sofreu qualquer alteração. Já o parágrafo terceiro dispõe que em caso de parto antecipado a mãe terá direito às 12 semanas previstas no respectivo artigo. O parágrafo quarto trata sobre a possibilidade de mudança de função da mulher grávida, mediante atestado médico.

A segunda alteração foi em 1999, com a mudança apenas do parágrafo quarto do art. 392, que teve sua redação modificada, e o acréscimo de dois incisos, passando a assegurar à empregada, além do salário e demais direitos, a transferência de função quando as condições de saúde o exigirem, assegurando o retorno à função anteriormente exercida, além da dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. O referido artigo com os dois incisos citados ainda encontram-se em vigor.

A terceira alteração se deu em 2002, através da Lei nº 10.421, quando o texto do art. 392, da CLT foi adequado à previsão constitucional de 120 dias de licença-maternidade.

Com relação à previsão constitucional da licença-maternidade, destaca-se:

A Constituição da República de 1988 ampliou a licença-maternidade para 120 dias. Vale observar que o texto constitucional não repetiu a expressão “antes e depois do parto”, como o fizeram as Constituições anteriores. A omissão acabou por permitir que a legislação ordinária fosse mais flexível no que tange à distribuição da licença, mormente antes do parto. Sucede que, não obstante a omissão, a Constituição da República menciona “licença à gestante” (art. 7º, XVIII), pressupondo a necessidade da licença antes do parto, pois a empregada só será gestante antes de dar à luz.²⁵

Portanto, o art. 392, da CLT, em seu parágrafo primeiro previu que o período de licença-maternidade poderia se iniciar entre o vigésimo oitavo dia antes do parto e a ocorrência deste. Tais mudanças do art.392 ainda estão em vigor.

A Lei nº 10.421, de 2002, também acrescentou um novo artigo à CLT, o art. 392-A, que previa a licença-maternidade à mãe adotante ou que obtivesse guarda judicial para fins de adoção com o período de licença diferenciado, dependendo da idade da criança. Caso a criança tivesse até 1 (um) ano de idade, o período de licença era de 120 (cento e vinte) dias; no caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença era de 60 (sessenta) dias, em se tratando de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença era de 30 (trinta) dias.

O parágrafo quarto deste artigo (que ainda vige) prevê que a licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Os parágrafos 1º ao 3º, que escalonavam o período de licença de acordo com a idade da criança, do artigo 392-A, foram revogados pela Lei nº 12.010, de 2009, passando a ser de 120 dias a licença-maternidade à mãe adotante, independente da idade da criança adotada. Sobre a importância da revogação do período de escalonamento, destaca-se:

Agiu com sensibilidade e sensatez o legislador ao revogar tais condições, pois a adoção ou guarda de uma criança com mais idade é provável que demande um período maior de adaptação, sendo injustificável a redução do período de licença.²⁶

²⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 866.

²⁶ MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; NEIVERTH, Elisabeth Mônica Hasse Becker. Incentivos ao mercado de trabalho da mulher: Inserção nos 25 anos subsequentes à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; MANDALOZZO, Silvana Souza

Além da disposição Constitucional atual conceder 120 dias de licença-maternidade, há o Programa Empresa Cidadã, que foi instituído pela Lei nº 11.770, de 2008, sendo regulamentado pelo Decreto nº 7.052, de 2009, e pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 991, de 2010.

Conforme já demonstrado em trabalho anterior, o Programa Empresa Cidadã foi destinado à prorrogação da licença-maternidade em 60 dias para além do período de 120 dias previsto no artigo 7º, XVIII, da Constituição, mediante a concessão de incentivo fiscal. Sendo que o valor do salário da empregada nesse período de 60 dias não é custeado pelo INSS, como ocorre na licença-maternidade de 120 dias, mas sim suportado pelo próprio empregador, que pode, posteriormente, obter compensação na apuração de seu Imposto de Renda.²⁷

Acerca da forma de pagamento do salário da empregada que tiver a prorrogação da licença-maternidade em 60 dias, importante destacar:

[...] da mesma forma que o pagamento do salário-maternidade da empregada gestante, efetuado pelo empregador, é reembolsado pela Previdência, o pagamento realizado pelo empregador no caso do Programa Empresa Cidadã é compensado por dedução fiscal. Portanto, durante o período de prorrogação, a empregada terá direito à remuneração integral nos mesmos moldes do salário-maternidade pago pela Previdência Social, mas com dedução fiscal ao empregador.²⁸

Resumidamente, a Lei nº 11.770, de 2008, garante a extensão da licença-maternidade somente para empregadas das empresas cadastradas no Programa Empresa Cidadã, sendo essas empresas somente as que recolhem o Imposto de Renda pelo sistema do Lucro Real, ou empregadas da administração pública direta, indireta e fundacional.

O programa empresa cidadã foi aplicado pela administração pública federal pelo Decreto nº 6.690, de 2008, estendendo o período de licença de suas servidoras em

Netto (Coord.); BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César. (Org.). **25 anos da Constituição e o Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, v. 1, p. 511-523, 2013, p. 518.

²⁷ FOLLONI, André; PERON, Rita de Cássia Andrioli Bazila. Tributação extrafiscal e direitos fundamentais: programa empresa cidadã e licença-maternidade. **EJLL Espaço Jurídico Journal of Law**. Chapecó, v. 15, n.2, p. 399-420, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4495/3491>>. Acesso em: 22 dez. 2014, p 411.

²⁸ *Ibid.*, p 411.

60 dias, que somados com os 120 dias constitucionais totalizam uma licença-maternidade de 180 dias.

Outro detalhe é que a concessão pode ocorrer após a fruição da licença-maternidade constitucional, sendo concedida à gestante ou ao adotante. Ainda, tal benefício não gera qualquer custo ao empregador, que paga o salário integral da empregada no período de afastamento, mas desconta também de forma integral os valores no Imposto de Renda da Pessoa Jurídica da empresa.

Assim, pode-se concluir que o Programa Empresa Cidadã não é universal com relação aos empregados e empregadores participantes, já que engloba somente empresas que se enquadram no modelo de lucro real, o que acaba excluindo a expressiva maioria das empresas brasileiras, pois estas recolhem seus tributos pelo Simples Nacional ou pela sistemática do Lucro Presumido, excluindo, consequentemente, a maioria das empregadas.²⁹

O presente estudo adota a posição de Amauri Mascaro Nascimento³⁰ e Alice Monteiro de Barros³¹, que afirmam que a prorrogação da licença-maternidade através do programa empresa cidadã, além das gestantes, também beneficia as empregadas que adotarem ou obtiverem guarda judicial para fins de adoção, na mesma proporção de 60 dias. Sendo que, quem usufruir da licença maternidade, independente de sexo, fará jus à prorrogação prevista no Programa Empresa Cidadã.

Há atualmente uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 64, de 2007, da Senadora Rosalba Ciarlini (DEM-RN), que amplia a licença à gestante de 120 para 180 dias, alterando assim, o inciso XVIII do art. 7º, da CRFB. Através de tal proposta à extensão da licença-maternidade prevista na Lei nº 11.770, de 2008 se aplicaria a todos os cidadãos brasileiros, já que o projeto prevê uma Emenda Constitucional.

²⁹ FOLLONI, André; PERON, Rita de Cássia Andrioli Bazila. Tributação extrafiscal e direitos fundamentais: programa empresa cidadã e licença-maternidade. **EJLL Espaço Jurídico Journal of Law**. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 399-420, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4495/3491>>. Acesso em: 22 dez. 2014, p 413.

³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 938.

³¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 863.

Referido projeto já conta com a aprovação do Senado Federal, que ocorreu na data de 07 de julho de 2010³², tendo sido remetido à Câmara dos Deputados em 10 de agosto de 2010, entretanto, até a presente data não há qualquer decisão nesse sentido.³³

Portanto, com relação ao período de licença-maternidade, pode-se concluir que este é de somente 120 dias, conforme previsão constitucional, mas que pode ser aumentado em até 60 dias no caso das empresas que se enquadrarem e aderirem ao Programa Empresa Cidadã, o que contabiliza um total de 180 dias de licença-maternidade.

2.1.4. As mudanças trazidas pela Lei nº 12.873, de 2013

Recente modificação na legislação acerca da licença-maternidade se deu através da Lei nº 12.873, de 2013, que incluiu e modificou alguns artigos da CLT (artigos 392-A e § 5º; 392-B e 392-C) e da Lei nº 8.213, de 1991 (artigos 71-A; 71-B e 71-C).

Através da legislação acima citada houve a alteração da redação do art. 392-A, que passou a dispor: “À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392”. Além disso acrescentou o parágrafo quinto ao artigo, que dispõe acerca da concessão da licença-maternidade somente a um dos guardiães ou adotantes.

A Lei nº 12.873, de 2013, deu a redação do art. 392-B e incluiu o art. 392-C. Tais artigos tratam, respectivamente, da extensão da licença-maternidade ao cônjuge ou companheiro empregado no caso de morte da genitora por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono; e a extensão, no que couber, do disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado homem que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Felizmente, com a modificação da CLT para que o pai também tenha direito à licença-maternidade em casos de adoção em família com a ausência da mãe ou no

³² SENADO FEDERAL. **Portal de Notícias**. Aprovada licença-maternidade de seis meses. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2010/08/03/aprovada-licenca-maternidade-de-seis-meses>> Acesso em: 23 dez. 2014.

³³ SENADO FEDERAL. **Portal Atividade Legislativa**. Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82056> Acesso em: 23 dez. 2014.

caso de nascimento da criança, seguido do falecimento da mãe, houve também a modificação da legislação previdenciária, que previu o custeio nos novos casos de concessão da licença-maternidade acima elencados, através da inclusão e modificação dos artigos 71-A; 71-B e 71-C, da Lei 8.213, de 1991.

Com a Lei 12.873, de 2013, há a solução do enorme problema envolvendo o instituto da adoção. É reconhecido um direito que sempre ficou desamparado, pois absurdamente, antes, a legislação não concedia a licença-maternidade ao homem adotante, quando a família não contava com a presença de uma mulher, como nos casos de adoção de um homem solteiro, ou homem em relação homoafetiva.

Com a promulgação da referida lei, foi sanado, então, um problema grave na legislação brasileira, que diferenciava homens e mulheres no momento da adoção, ferindo o princípio fundamental da igualdade do *caput*, do art. 5º, da CRFB, pois tratava de forma diferente homens e mulheres que se achavam na mesma situação fática, além de tratar de maneira diferente as crianças adotadas, pois se uma criança era adotada por uma família em que havia a presença feminina, esta criança teria todos os cuidados necessários, pois a mãe gozaria da licença-maternidade em sua plenitude, entretanto se uma criança fosse adotada por um homem, esta não teria qualquer cuidado, pela ausência da concessão da mesma licença.

Nota-se que, com relação à adoção, a Lei nº 12.873, de 2013, trouxe avanços significativos, que sanaram os problemas que envolviam este instituto. Porém não se pode afirmar o mesmo com relação aos problemas que envolvem as famílias que tem a ausência da mãe após o nascimento da criança, pois somente foi regulada a situação de morte da mãe, deixando-se de lado as demais situações, como de abandono pela mãe, quando o filho passa a ser cuidado exclusivamente pelo pai, ou mesmo pelos avós ou outros parentes próximos da criança, que assumem a responsabilidade dos seus cuidados, mas não contam com o amparo legal para tanto.

A Lei nº 12.873, de 2013, deveria ter regulado a concessão da licença-maternidade não somente ao cônjuge ou companheiro em caso de morte da mãe, mas sim a extensão dessa licença ao responsável legal pela criança, independente de ser o pai ou outro familiar, nos casos de ausência da mãe, seja por morte, abandono, incapacidade ou outro motivo.

Portanto, finalmente a legislação abarcou o direito do cônjuge ou companheiro à licença-maternidade no caso de falecimento da mãe, bem como o direito do homem adotante de também usufruir da licença, reconhecendo direitos urgentes e necessários para o cuidado correto das crianças recém-nascidas e adotadas. Entretanto, a lei foi falha, pois abarcou somente duas situações que precisavam ser reguladas, deixando tantas outras sem previsão, o que deixa, conseqüentemente, inúmeras crianças sem amparo, por não estarem abarcadas pela lei.

2.1.5. Do salário-maternidade

O salário-maternidade é o valor recebido pelo empregado que está usufruindo da licença-maternidade, e encontra previsão na Lei nº 8.213, de 1991, no Título III (Do Regime Geral de Previdência Social), Seção V (Dos Benefícios), Subseção VII (Do Salário-Maternidade).

O salário-maternidade pode ser conceituado como a “renda mensal igual à remuneração integral da segurada. É pago pelo empregador que desconta o valor adiantado a trabalhadora em relação à contribuição previdenciária devida. Não se trata exatamente de salário, mas de benefício previdenciário, pois não é pago pelo empregador, mas pelo INSS”.³⁴

O Decreto-Lei nº 229, de 1967 deu nova redação o art. 393, da CLT, que trata do pagamento do salário-maternidade, e perdura até hodiernamente. A redação original do texto de 1943 previa que durante o período de afastamento a empregada teria o direito de receber os salários integrais, calculados de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, assegurando-lhe a faculdade de reverter à função que anteriormente ocupava. Já o parágrafo único do artigo dispunha que a concessão de auxílio-maternidade por parte de instituição de previdência social não isenta o empregador da obrigação a que alude o artigo. Com o Decreto-Lei nº 229, de 1967, a previsão de responsabilidade de pagamento dos salários durante a licença foi suprimida, sendo que posteriormente passou a ser custeada pela Previdência Social, conforme já demonstrado.

O mecanismo de pagamento do salário-maternidade pode se dar de duas maneiras, a primeira é o pagamento direto do INSS para a segurada e o segundo é o

³⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 308.

pagamento feito pelo empregador com posterior compensação do valor no recolhimento previdenciário da empresa. Esse último é aplicado às empregadas comuns gestantes, já a primeira sistemática é aplicada a todas as outras seguradas, inclusive à empregada adotante e às novas situações extensivas trazidas pela Lei nº 12.873, de 2013, que tratam do empregado homem adotante ou ao pai da criança em caso de falecimento da mãe.³⁵

A natureza jurídica do salário-maternidade continua, assim, a ser de benefício previdenciário, pois é a previdência social que faz seu pagamento. 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.³⁶

No caso da adoção, fazem-se necessárias algumas considerações, pois nem sempre houve consenso quanto ao pagamento do salário-maternidade à adotante de 120 dias, por ausência de previsão legal.

Mesmo com a alteração da CLT pela Lei nº 12.010, de 2009, concedendo o período de 120 dias da licença-maternidade à adotante, não se garantiu a aplicação e o pagamento do salário-maternidade pela Previdência Social, visto que, por algum tempo não foi realizada qualquer mudança legislativa nesse sentido, permanecendo a discriminação quanto à idade da criança adotada como forma de pagamento do benefício, inclusive não havendo qualquer pagamento para adotante de crianças maiores de oito anos. A Lei nº 8.213, de 1991, no seu art. 71-A, permaneceu sem qualquer alteração durante um certo período.

Entretanto, mesmo sem a previsão legal para o custeio do benefício, não se podia cogitar a possibilidade de regressão na conquista de direitos, retirando das adotantes o direito de receber o salário-maternidade de maneira integral, muito menos ir contra as normas que estabelecem a proibição de pagamento da licença-maternidade pelo empregador. Sendo assim, foi da Previdência Social a responsabilidade pelo pagamento da licença-maternidade de maneira integral às adotantes, independente de normatização nesse sentido.

Neste norte o seguinte entendimento:

³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1137-1138.

³⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 670.

A discriminação no período de duração prevalece em relação às seguradas individuais, especiais e facultativas, por falta de norma legal que assegure a ampliação do salário-maternidade para além do período previsto no art. 71-A da Lei 8.213/91. Entendemos, no entanto, que pelo princípio da isonomia todas as asseguradas sujeitas ao mesmo evento (adoção de criança), merecem receber (sic) o salário maternidade por igual período em caso de adoção, ou seja, 120 dias.³⁷

Atualmente há previsão legal para o custeio do INSS do salário-maternidade à adotante, independente da idade da criança adotada, sendo que tal direito foi formalizado pela Medida Provisória nº 619, de 2013, que modificou a redação do art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991, acabando com qualquer controvérsia e passando a vigorar com a seguinte redação: “à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de cento e vinte dias”.

O artigo acima citado sofreu nova alteração posteriormente, incluindo, além da empregada, também o empregado homem adotante como beneficiário do salário-maternidade, através da Lei nº 12.873, de 2013, que deu a seguinte redação ao artigo: “art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias”.

O art. 71, da Lei nº 8.213/91 prevê que 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. Prevê também, conforme já salientado, que o mesmo período, de 120 dias, se aplica à mulher ou homem adotante, ou que obtiver guarda para fins de adoção (art. 71-A), sendo que o benefício pode ser concedido à apenas um segurado em caso de adoção por dois segurados.

Em casos excepcionais, quando existir algum risco à vida do feto, da criança ou da mãe, a licença pode ser estendida em até duas semanas, anterior ou posteriormente ao parto, através de atestado médico.³⁸

De maneira a implementar as previsões da Lei nº 12.873, de 2013, houve dentro do mesmo diploma a alteração da legislação previdenciária, modificando a Lei nº

³⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 703.

³⁸ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social: custeio e benefícios**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 678.

8.213, de 1991, em seu artigo 71-A, §§ 1º e 2º; e acrescentando os artigos 71-B, §§ 1º, 2º e 3º; art. 71-C.

O art. 71-B possui a previsão de custeio pelo INSS para o direito previsto no art. 392-B, da CLT e também para o custeio nos casos de adoção, no que couber, regulando a forma de seu requerimento e pagamento. Já o art. 71-C estabelece que a percepção do salário-maternidade, inclusive o previsto no art. 71-B, está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício.

Com relação à segurada empregada doméstica, mesmo sendo arrolada como segurada obrigatória, sujeita à contribuição mensal obrigatória à previdência social na mesma proporção dos empregados regidos pela CLT, esta era excluída de forma injusta do direito ao recebimento do benefício salário-maternidade. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, estendeu-se tal direito a essa categoria de empregadas.³⁹

Com relação às demais seguradas, destaca-se:

A Constituição vigente estendeu, ainda, o salário-maternidade à trabalhadora avulsa (art. 7º, XXXIV). Posteriormente, a segurada especial foi contemplada com a prestação (Lei n. 8.861, de 25 de março de 1994), no valor de um salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 meses imediatamente anteriores ao início do benefício (art. 39 da Lei n. 8.213, com a nova redação dada pela Lei n. 8.861). No final de 1999, a trabalhadora autônoma (contribuinte individual e facultativa) foi também contemplada com a referida licença, cuja remuneração consistirá em 1/12 da soma dos 12 últimos salários de contribuição, apurados em período não superior a 15 meses (art. 101, III, do Decreto n. 3.048, de maio de 1999, com a nova redação dada em novembro de 1999). Continua à margem do benefício a estagiária.⁴⁰

Assim, todas as seguradas – empregadas, domésticas, avulsas, contribuintes individuais, seguradas especiais e seguradas facultativas – tem o direito ao recebimento do benefício salário-maternidade. Todavia, as contribuintes individuais e as seguradas facultativas tem a exigência de carência de dez meses para o recebimento do benefício. Já a empregada, a empregada doméstica e a trabalhadora avulsa recebem o benefício sem qualquer carência, bastando ter contribuído um mês.⁴¹

³⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 864.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 864.

⁴¹ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social: custeio e benefícios**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 677-678.

Com relação à segurada especial, desde 1994, pela Lei nº 8.861, essa passou a ter o direito ao salário-maternidade (com previsão no art. 71 da Lei nº 8.213, de 1991), correspondente a um salário mínimo, desde que comprovasse, nos últimos doze meses, o exercício da atividade rural, mesmo que descontínuo. Já a partir da Lei nº 9.87, de 1999, o período passou a ser de dez meses.⁴²

Atualmente, este benefício possui carência de 10 contribuições mensais, mas somente para as seguradas contribuinte individual, especial e facultativa. Se o parto é antecipado, também será a carência reduzida proporcionalmente.⁴³

O salário recebido pela empregada deve ser o valor correspondente ao total mensal que recebe enquanto está trabalhando, entretanto, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que dispõe acerca do custeio e às prestações da Previdência Social, dispôs no seu art. 14 que o valor máximo dos benefícios da Previdência Social é de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) mensais. Diante disso, o INSS expediu a Ordem de Serviço nº 619, de 1998, afirmando, no item “4.3”, que esse limite também seria aplicável ao salário-maternidade.⁴⁴

Entretanto, trata-se o direito ao recebimento do salário pela mãe durante a licença, de norma constitucional, e, portanto, não pode ser substituída por uma ordem de serviço do INSS, nesse sentido:

Como acentuamos na 1ª edição deste livro, se o art. 7º da Constituição, em preceito insuscetível de abolição por emenda constitucional (cláusula *pétrea* – art. 60, § 4º, n. IV), assegura a licença à gestante sem prejuízo do salário e se a Convenção da OIT n. 103, ratificada pelo nosso País, proíbe que, durante o licenciamento da gestante, o salário seja pago diretamente pelo respectivo empregador, a fim de evitar a discriminação contra o trabalho feminino – **forçoso é concluir que o limite fixado pelo art. 14 da Emenda Constitucional n. 20 não se aplica ao reembolso dos salários pagos à empregada gestante compulsoriamente licenciada.** E essa conclusão tem ainda a fundamentá-la o estatuído no § 2º do art. 5º da *Lex Fundamentalis*, em virtude do qual as normas inseridas nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil complementaram os direitos e garantias expressos na Constituição.⁴⁵ (Destaque nosso)

⁴² VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social: custeio e benefícios**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 677-678.

⁴³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 668.

⁴⁴ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 287-288.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 288.

O Supremo Tribunal Federal acolheu, liminarmente e por unanimidade, o postulado na ADIn nº 1.946, decidindo que o salário-maternidade não pode ser limitado, sendo assim, foi excluído da normativa que limitava o pagamento do benefício, permanecendo assim a obrigação do órgão previdenciário pelo pagamento do salário da empregada no valor recebido por esta durante o contrato laboral.⁴⁶ Portanto:

Durante o período de afastamento garante-se à gestante a remuneração integral (art. 94 do Decreto n. 3.048, de 1999) e, quando variável o salário, tira-se a média dos últimos seis meses de trabalho. Como o art. 393 da CLT ressalva-lhe todos os direitos e vantagens adquiridos na empresa, deve-se considerar para tais fins a remuneração auferida e não apenas o salário.⁴⁷

Sobre a forma de pagamento, bem como a renda mensal da segurada, ocorre da seguinte forma:

A regra da renda mensal de benefício do salário-maternidade é a seguinte: I – o salário-maternidade da segurada trabalhadora avulsa e empregada consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral, equivalente a um mês de trabalho; II – em valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica; III – em um salário mínimo, para a segurada especial; IV – e em um doze avos da soma dos 12 últimos salários-de-contribuição, apurados em período não superior a 15 (quinze) meses, para as seguradas contribuinte individual e facultativa.⁴⁸

Ainda, cabe destacar que: “todas as seguradas, à exceção da segurada especial, têm contribuição incidente sobre o benefício, já que o salário-maternidade é salário-de-contribuição. A segurada especial é excluída em virtude de sua forma diferenciada de contribuição – sobre a receita de sua produção rural”.⁴⁹

Por fim, cabe destacar que o pagamento do salário-maternidade pela Previdência Social só persiste quando estiver em vigor o contrato de trabalho, nos termos do art. 97, do Decreto nº 3.048, de 1999, portanto, caso haja a dispensa da empregada sem justa causa, será responsabilidade do empregador arcar com o pagamento do período correspondente à licença, mesmo nos casos em que este desconheça o estado de gestação da empregada.⁵⁰

⁴⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 289.

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 872.

⁴⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 670.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 670.

⁵⁰ BARROS, *op. cit.*, p. 876.

Diante dessas considerações acerca do salário-maternidade, passa-se à análise da estabilidade provisória.

2.1.6. Da estabilidade provisória

Com relação à estabilidade da gestante, fazem-se necessárias algumas considerações. A previsão legal se encontra na alínea “b”, inciso II, do art. 10, da ADCT, que proíbe a dispensa arbitrária ou sem justa causa desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A estabilidade da gestante é: “a proibição da sua dispensa sem justa causa em determinado período”⁵¹. Tal direito era previsto pelas Convenções Coletivas de Trabalho, e beneficiava apenas a categoria profissional, mas, com a Constituição Federal de 1988 (art. 10, II, “b”, das Disposições Transitórias) o direito à estabilidade foi generalizado para toda mulher. Assim, a dispensa em desacordo com esse princípio é nula, sendo que a consequência da declaração de nulidade é a reintegração no emprego, perdurando a proteção até o final da estabilidade. Garante-se, ainda, todos os direitos do contrato de trabalho do período da estabilidade, em que o empregador, imotivadamente, obistou o desenvolvimento do vínculo jurídico.⁵²

Além disso, há recente normativa sobre o assunto, a Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014, que dispõe ser a estabilidade emprego para a gestante, do art. 10, II, “b”, da ADCT, estendida também a quem tiver a guarda do filho da mãe que falecer. In verbis: “Art. 1º . O direito prescrito na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, será assegurado a quem detiver a guarda do seu filho”.

Dessa forma, pode-se afirmar que formalmente a estabilidade é garantida à gestante e ao responsável legal pela criança em caso de falecimento da mãe.

Sobre a importância do período estabilitário, destaca Alice Monteiro de Barros:

A medida legal atende ao elevado espírito social que essa situação particular reclama. A gestante, à semelhança do dirigente sindical, pode ser alvo da

⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 937.

⁵² *Ibid.*, p. 937.

represália patronal, pela despedida injusta. E essa possibilidade torna-se gravíssima, pois atinge a mãe trabalhadora em momento difícil de sua vida.⁵³

Há que se destacar, também, acerca da estabilidade, a Súmula nº 244, do TST, que trata do assunto. O primeiro inciso estabelece que mesmo que haja desconhecimento do estado gravídico da empregada pelo empregador, ainda há o pagamento da indenização decorrente da estabilidade gestante.

Mauricio Godinho Delgado sustenta que a garantia de emprego da gestante é de caráter objetivo, e se dá desde a confirmação da gravidez, ou seja, desde a concepção, sendo desnecessário o conhecimento do empregador ou mesmo da própria empregada. Aduz que é irrelevante a data de realização de exame laboratorial, já que o entendimento da jurisprudência pacificada é nesse sentido, conforme a Súmula nº 244, I, do TST.⁵⁴

Há posicionamentos contrários, Alice Monteiro de Barros, que sustenta que, se à época da dispensa, a empregada não sabia de sua gestação, não há a garantia de estabilidade provisória, tendo em vista que não houve a confirmação da gravidez durante o contrato de trabalho, o que torna o ato jurídico da dispensa sem justa causa perfeito e acabado, não se podendo atribuir responsabilidade ao empregador.⁵⁵

Respeita-se o posicionamento de tão célebre jurista, mas o presente estudo segue o entendimento de Mauricio Godinho Delgado, tendo em vista a seguinte justificativa:

Essa garantia, dotada de força constitucional, ultrapassa o âmbito do interesse estrito da empregada grávida, por ter manifestos fins de saúde e assistência social não somente com respeito à própria mãe trabalhadora como também em face de sua gestação e da criança recém-nascida.⁵⁶

Nesse sentido, não se pode negar o direito da empregada, bem como da criança que nascerá, apenas pelo desconhecimento da mãe de seu estado de gravidez no momento da dispensa.

⁵³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 783.

⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1161.

⁵⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 878-879.

⁵⁶ DELGADO, *op. cit.*, p. 568.

Mesmo não concordando com a estabilidade no caso de desconhecimento pela empregada do estado gravídico, Alice Monteiro de Barros afirma que a responsabilidade do empregador é objetiva, sendo a gravidez considerada como um risco empresarial, como se pode observar pela citação abaixo:

[...] sustentamos que a reparação proveniente da dispensa imotivada da empregada gestante se impõe, independentemente do conhecimento, pelo empregador, do estado de gravidez da trabalhadora. A responsabilidade patronal parte de um dado objetivo, constituindo a gravidez um risco empresarial assumido pelo empregador ao firmar o contrato de trabalho com uma mulher. Em consequência, a responsabilidade do empregador prescinde de culpa, autorizando a reparação não só na dispensa injusta, como no encerramento total ou parcial das atividades empresariais e ainda nas rescisões indiretas, que, evidentemente, pressupõe culpa.⁵⁷

No segundo inciso da Súmula nº 244, do TST, há a previsão de que, a reintegração no emprego da gestante somente é possível se for durante o período da estabilidade, caso contrário a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. Tal dispositivo, mesmo sendo o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, é controverso entre os doutrinadores, sendo que alguns defendem a ideia de que se o período da estabilidade já tiver transcorrido a empregada não tem direito à indenização correspondente.

Alice Monteiro de Barros entende que se a empregada deixa decorrer o prazo da estabilidade provisória da licença-maternidade, e só posteriormente ingressar em Juízo, está configurado o exercício abusivo do direito de ação, afirmando, pois, que resta evidente que a empregada pretende apenas o recebimento das vantagens pecuniárias e não o emprego, privando o empregador da prestação de serviços correspondente. Defende que tal atitude, que inviabiliza a reintegração, não assegura o pagamento pecuniário correspondente. Nos casos em que já se transcorreu uma parte do período de estabilidade provisória, entende a autora que se deve reintegrar a empregada pelo período restante, mesmo que haja decisões em contrário.⁵⁸

Ainda, acerca da polêmica envolvendo a ação que requer somente o pagamento dos direitos referentes à estabilidade provisória e não a reintegração, Alice Monteiro de Barros se posiciona no sentido de que tal atitude inviabiliza a finalidade do instituto em questão, o que prejudica a mulher jovem, em idade propícia à gestação a

⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 876.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 880-881.

encontrar trabalho, caracterizando-se um grande problema relacionado à igualdade no mercado de trabalho em relação à mulher. Assim, entende a autora citada, que se deve dar preferência à reintegração, admitindo-se a indenização substitutiva somente quando restar inviabilizado o retorno da gestante ao emprego, seja pelo decurso do prazo da garantia por demora da tramitação do feito, seja por incompatibilidade entre as partes.⁵⁹

Entretanto, mesmo reconhecendo a validade e o brilhantismo dos argumentos, registra-se nosso entendimento em sentido contrário e de acordo com a disposição do inciso II, da Súmula nº 244, do TST.

O Tribunal Superior do Trabalho entende que a empregada possui o direito de postular as indenizações correspondentes mesmo que cessado o período de estabilidade. A SDI 1 do TST, em decisão de 12.4.2004 (RR-539679/1999 - DJ 23.4.2004 Ac. SbdI-1. Rel Min. João Oreste Dalazen), decidiu ser dispensável o requerimento de reintegração, sendo válido o pedido da indenização respectiva.

Além disso, a OJ SDI-1 nº 399, do TST afirma expressamente que não se trata de abuso de direito de ação o ajuizamento da ação após decorrido o prazo de estabilidade, visto que o ajuizamento está submentido ao prazo prescricional previsto no inciso XXIX, do art. 7º, da CRFB.

Entretanto, caso seja determinada a reintegração no emprego, porque nula a despedida, se a empregada recusar o retorno, há sim, a configuração da renúncia à estabilidade provisória, salvo se comprovada a incompatibilidade entre as partes ou outro motivo justificável.⁶⁰

Ainda, caso haja a saída espontânea da empregada, ou mesmo a dispensa por justa causa, a empregada deixa de fazer jus à estabilidade provisória e seus corolários, bem como ao período de licença-maternidade.⁶¹

Com relação à estabilidade da empregada doméstica, a Lei nº 11.324/2006, inseriu o art. 4º-A à Lei nº 5.859, de 1972, que lhe garantiu a estabilidade provisória, nos moldes do art. 10, II, “b”, da ADCT. Entretanto o direito de reintegração é controverso, devido à peculiaridade dessa relação de emprego. Sobre o assunto dispõe Marco Antônio César Villatore e Rodolfo Pamplona Filho:

⁵⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 881.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 879.

⁶¹ *Ibid.*, p. 882.

Interessante considerar, entretanto, que a supracitada norma será de difícil aplicação, no que tange à estabilidade propriamente dita, ou seja, à garantia de emprego assegurada pela lei, uma vez que, como já assentado logo nos Capítulos iniciais desta obra, o vínculo empregatício doméstico conta com a peculiaridade de se basear na estrita confiança entre as partes, dado que o empregado, por trabalhar na própria residência do empregador, acompanha a sua intimidade. Diante disso, uma vez rompido o laço de confiança no qual se pauta o contrato de emprego, difícil será a convivência entre os interessados, o que dificulta, por exemplo, a reintegração do empregado.

Assim, o que poderá ser, verdadeiramente, efetiva nessa atual configuração é a imposição da indenização substitutiva, no caso de despedida arbitrária ou sem justa causa, no valor dos salários a que tinha direito no período da estabilidade (desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto).⁶²

Assim, mesmo que no caso das domésticas exista o direito à reintegração, é mais prudente, devido à peculiar prestação de serviços dentro do ambiente familiar, que ao invés de reintegrar o empregado doméstico, dê-se preferência para o pagamento das verbas correspondentes ao período de estabilidade.

Voltando à análise da Súmula nº 244, do TST, o seu inciso III foi alterado em 14.09.2012, em sessão do Tribunal Pleno, e trata da estabilidade da gestante mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. Tal disposição coaduna com o recente artigo 391-A, da CLT, que assegura a estabilidade da gestante mesmo durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado.

Assim, atualmente, a estabilidade à empregada gestante se dá mesmo que a gravidez ocorra durante contrato por prazo determinado, incluindo-se o período de aviso prévio trabalhado ou indenizado.

Com relação à estabilidade ao adotante, há posicionamentos doutrinários que consideram ser inaplicável à mãe adotante a estabilidade, como Sergio Pinto Martins⁶³, que defende que não há aplicação da estabilidade tendo em vista que tal direito é assegurado exclusivamente à gestante, nos termos do art. 10, II, b, da ADCT.

Entretanto, mesmo respeitando o posicionamento dos juristas, entendemos de forma contrária, com base no art. 392-A, da CLT, que dispõe que: “à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392”.

⁶² VILLATORE, Marco Antônio César; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito do trabalho doméstico**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 138.

⁶³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 476.

Assim, como o art. 392, da CLT assegura que é garantido o direito da gestante à licença-maternidade sem prejuízo do emprego e do salário, entende-se que o direito à estabilidade está assegurado, visto que é assegurado o emprego também à adotante ou mesmo ao adotante homem, por força do art. 392-C, da CLT.

Mesmo que não se entenda da forma descrita, há que se considerar que a extensão ao adotante do período de estabilidade deve ser feita, tendo em vista que foram assegurados todos os direitos referentes à licença-maternidade ao adotante, sendo assim, deve-se também assegurar a estabilidade, mesmo sem previsão legal expressa no texto Constitucional.

Ademais, se a nova normativa, a Lei Complementar nº 146, de 2014, estende a estabilidade emprego para a gestante, do art. 10, II, b, da ADCT, também a quem tiver a guarda do filho da mãe que falecer, resta evidente que se deve também estender tal estabilidade ao adotante.

Ainda, destaca-se que há uma proposta de Emenda Constitucional, de nº 146, de 2012, do então Deputado Benjamim Maranhão, que estende expressamente a estabilidade à adotante. Tal proposta já foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ) em 15 de julho de 2014 e segue em trâmite.⁶⁴

Portanto, mesmo que não haja previsão expressa acerca da estabilidade ao adotante, deve ser feita a sua aplicação extensiva, analisando-se o art. 392, 392-A, 392-C, da CLT, bem como a Lei Complementar nº 146, de 2014, para que seja aplicada também ao adotante, a estabilidade prevista no art. 10, II, b, da ADCT.

2.1.7. Dos aspectos gerais

Além dos pontos já tratados nos tópicos anteriores, há que se destacar outros aspectos da licença-maternidade.

Com relação aos direitos assegurados pela CLT, destaca-se que se mantém a redação original dos artigos 391, 394, 395, 396, 399 e 400 em vigência até esta data.

O art. 391 e seu parágrafo único dispõe acerca da proibição de rescisão por justo motivo no caso de gravidez ou casamento, bem como proibição de restrições ao direito da mulher ao emprego por motivo de gravidez ou casamento.

⁶⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de Leis e Outras Proposições**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=537261>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

O art. 394 assegura o rompimento do contrato pela empregada grávida quando o emprego for prejudicial ao feto, através de atestado médico.

Já o art. 395 prevê a licença em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, de duas semanas com faculdade de retorno para a mesma função anterior. Acerca do assunto, importante destacar:

Se a gravidez for interrompida em caso de aborto não criminoso, evidenciado por atestado médico do SUS, à empregada será concedido um repouso remunerado de duas semanas (art. 395 da CLT), ficando a cargo da Previdência Social o pagamento correspondente, desde que mantida a relação de emprego (art. 95 do Decreto n. 3.048, de 1999). A licença se justifica por motivos de ordem fisiológica. Vale observar que a legislação brasileira só assegura a licença em caso de aborto, se este não for criminoso.⁶⁵

O art. 396 e seu parágrafo único preveem dois intervalos (descansos especiais) para amamentação de meia hora cada um, até que o filho complete seis meses, podendo ser dilatado a critério da autoridade competente.

O intervalo para amamentar o filho, foi concedido com a finalidade de amparar a maternidade e assegurar o desenvolvimento físico das futuras gerações. Quando o intervalo não é concedido caracteriza-se infração administrativa, bem como implica no pagamento do intervalo como hora extraordinária, adotando-se de forma análoga o art. 71, da CLT.⁶⁶

Acerca de algumas alterações dos artigos celetistas, destaca-se que o Decreto-Lei nº 229, de 1967 revogou o art. 398 que designava o financiamento dos serviços de manutenção das creches construídas pelos empregadores ou pelas instituições particulares idôneas; além de modificar a redação original do art. 397 que dispunha sobre a manutenção de creches nas vilas operárias de mais de cem casas e nos centros residenciais de maior densidade dos respectivos segurados, que passou a dispor que o SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência à infância manterão ou subvencionarão, escolas maternais e jardins de infância, de acordo com suas possibilidades financeiras, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas.

No art. 399, da CLT, há a previsão de que o Ministro do Trabalho, Indústria e Comercio conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se distinguirem

⁶⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 869.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 869.

pela organização e manutenção de creches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações. Já o art. 400, estabelece que deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária, os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação.

Os períodos em que há o afastamento da mãe em virtude do parto ou de aborto não são deduzidos do período aquisitivo de férias, tendo em vista o disposto no art. 131, da CLT, que os considera ausência legal.⁶⁷

Caso haja o falecimento da criança, a mãe ainda tem o direito de usufruir da licença-maternidade, pois o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392, da CLT e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Portanto, como não há distinção legal, não pode o intérprete realizar tal distinção.⁶⁸

No caso da empregada ter mais de um emprego de forma concomitante, ela receberá a licença-maternidade e tratamento econômico correspondente a cada um dos empregos, nos termos do art. 98, do Decreto nº 3.048, de 1999, que regulamentou a Lei nº 8.213, de 1991.⁶⁹

Com relação à classificação da licença-maternidade como interrupção ou suspensão do contrato de trabalho, fazem-se necessárias algumas considerações.

Mauricio Godinho Delgado afirma que antes da Lei nº 6.136, de 1964, que incorporou os critérios da Convenção nº 103, da OIT, estabelecendo que a Previdência é que faria o pagamento integral do salário-maternidade, tratava-se, claramente de interrupção contratual, pois possuía todos os efeitos da figura interruptiva.⁷⁰

Entretanto, após a edição da Lei nº 6.136, de 1964, quando o empregador deixa de efetuar o pagamento do salário-maternidade, passa a haver divergência doutrinária acerca do tema, sendo que, alguns doutrinadores defendem se tratar de suspensão e outros de interrupção.⁷¹

⁶⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 873.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 868.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 872.

⁷⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1138.

⁷¹ *Ibid.*, p. 1138.

Alice Monteiro de Barros, por exemplo, afirma que a licença-maternidade se trata de um caso de suspensão, pelo fato de que não é pago salário pelo empregador, mas sim pela previdência social.⁷²

Já o próprio Mauricio Godinho Delgado assegura que a maioria da doutrina, incluindo ele mesmo, enquadraram a licença-maternidade como interrupção do contrato de trabalho⁷³, justificando da seguinte forma:

De fato, todos os direitos básicos da interrupção comparecem à presente situação trabalhista. Ilustrativamente, mantém-se a plena contagem do tempo de serviço obreiro para todos os fins (gratificações, se houver; 13º salário; período aquisitivo de férias, etc.); mantém-se o direito às parcelas que não sejam salário condição; mesmo quanto a estas, se forem habituais, mantém-se a obrigação de seu reflexo no cálculo do montante pago à obreira no período de afastamento; preserva-se, por fim, a obrigação empresarial de realizar depósitos de FGTS na conta vinculada da empregada no período de licença.⁷⁴

Continua afirmando que:

[...] trata-se de um caso de interrupção contratual em que a ordem jurídica buscou minorar os custos normalmente assumidos pelo empregador, isso em decorrência de uma política social dirigida a eliminar discriminações à mulher no mercado de trabalho. É que se fossem mantidos todos os custos da interrupção no presente caso, prejudicar-se-ia a mulher obreira, dado que se estaria restringindo comparativamente seu mercado de trabalho (seus contratos seriam potencialmente mais caros para o empregador, levando este a práticas discriminatórias contra as mulheres).

O novo enquadramento jurídico (interrupção contratual, porém com alguns custos inerentes à figura interruptiva minorados, pela União, em benefício do empregador) aplica-se em todos os casos da extensão da licença-maternidade promovidos pela recente Lei n. 12.873/2013 [...]⁷⁵

O presente estudo repete as posições doutrinárias que consideram a suspensão contratual no caso da licença-maternidade, mas segue a linha da maioria doutrinária que considera a existência de interrupção do contrato de trabalho.

Portanto: “como a empregada continua recebendo salários, sendo computado o tempo de serviço para todos os efeitos legais, chega-se à conclusão de que o prazo em questão é de interrupção do contrato de trabalho [...]”.⁷⁶

⁷² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 693.

⁷³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1139.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 1139.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 1139.

⁷⁶ MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. **A maternidade e o direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 42.

As medidas de proteção à maternidade, com previsão nos art. 391 a 401, da CLT são aplicadas às empregadas, inclusive em domicílio, a que se referem os arts. 3º e 6º, da CLT. Já a empregada rural, teve os direitos previstos nesses artigos estendidos pelo do Decreto nº 73.626, de 1984, no seu art. 4º. Entretanto, o TST se manifestou contrariamente a aplicação dos direitos previstos nos art. 391 a 401, da CLT às empregadas rurais, sob o argumento de que não havia previsão legal permitindo a concessão do salário-maternidade a estas. Em realidade, a Lei nº 5.889, de 1973, não assegurou o instituto jurídico em questão, mas somente o Decreto, que a regulamentou invadindo a reserva legal.⁷⁷

Somente com a Constituição de 1988, o direito a licença à gestante foi assegurado, com duração de 120 dias, pelo art. 7º, XVIII, e, em 1991, pela Lei nº 8.213, houve a inclusão do salário-maternidade entre as espécies de prestação previdenciária ao rural, sendo somente a partir dessa data que o TST passou a considerar devido o salário-maternidade à empregada rural.⁷⁸

Acerca da indisponibilidade e da importância do instituto da licença-maternidade, Alice Monteiro de Barros destaca que:

As normas de proteção à maternidade são imperativas, insuscetíveis de disponibilidade, logo, não se poderá, nem mesmo com assentimento da empregada gestante, exigir-lhe trabalho durante a licença, sob pena de arcar o empregador com o pagamento do salário relativo à prestação de serviços e sujeitar-se à penalidade administrativa a que alude o art. 401 da CLT, independentemente do salário-maternidade que será devido à empregada, nos termos do art. 393 da CLT.⁷⁹

Logo, a licença-maternidade é um direito de fundamental importância para aqueles que vão dele usufruir (pais, mães e crianças), além de possuir uma grande importância social, já que diz respeito ao período de tempo em que a família vai se dedicar à educação e cuidado das crianças, que serão novos cidadãos participantes da sociedade.

Sendo assim, independente da situação familiar da criança, tendo ela ou não mãe, ela tem que ter seus direitos assegurados, devendo prevalecer, não a letra da lei interpretada de forma restritiva, mas sim os direitos maiores assegurados pela

⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 863.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 864.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 867.

Constituição de 1988, que trata os direitos da criança com absoluta prioridade, para que a sua dignidade seja assegurada.

2.2. OBJETIVOS DA LICENÇA-MATERNIDADE

Para que se possa discorrer acerca da extensão da licença-maternidade ao homem, muito importante entender os seus objetivos, para, somente após, compreender sua correta aplicação no caso concreto.

As normas não podem ser interpretadas restritivamente, com uma análise literal do seu preceito, mas sim de acordo com os objetivos para os quais foram criadas.

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Melo, ao discorrer sobre o princípio da igualdade, traz importante lição acerca da aplicação das normas: “é possível obedecer formalmente um mandamento mas contrariá-lo em substância. Cumpre verificar se foi atendida não apenas a letra do preceito isonômico, mas também seu espírito [...]”.⁸⁰

Dessa forma, a licença-maternidade não pode ser vista somente como um direito voltado às mães, mas sim, deve ser interpretada segundo os seus objetivos, para que seja atendido o seu “espírito”, não sendo possível somente uma leitura restrita do preceito legal.

Para que a licença-maternidade seja aplicada segundo seu “espírito” faz-se necessário saber quais são os seus dois objetivos: 1) a proteção à maternidade em sentido amplo ou proteção familiar/interação familiar e 2) a proteção da criança, que deve ter seus direitos assegurados a fim de garantir sua dignidade.

Acerca da proteção à maternidade em sentido amplo ou proteção familiar/interação familiar, são necessárias algumas considerações.

Como já foi demonstrado no tópico referente ao histórico da licença-maternidade, houve grande evolução ao longo dos anos no que diz respeito a este instituto. Existem três momentos importantes na evolução dos direitos da licença-maternidade: o primeiro quando a licença era concedida somente à mãe biológica; o segundo quando se passou a conceder a licença à mãe adotante nos mesmos moldes que era concedido à mãe biológica; e o terceiro quando o direito à licença-maternidade foi

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 24.

estendido também aos homens adotantes ou ao marido ou companheiro quando do falecimento da mãe após o parto ou durante a licença.

Inicialmente, quando o período de licença era reservado somente às mães biológicas, a justificativa eram os fatores biológicos de recuperação da mãe e cuidados com o bebê.

Em um segundo momento, quando o mesmo direito de licença-maternidade passou a ser concedido às mães adotantes, com o mesmo período de duração da mãe gestante, retirou-se o cunho biológico como justificativa do período de licença-maternidade, voltando a sua justificativa para a interação da mãe com a criança, sua adaptação à família e o mais importante: a prestação de cuidados que a criança recém-nascida tem que ter nos primeiros meses de vida, ou a atenção e os cuidados especiais que a criança adotada precisa nos seus primeiros meses de adaptação familiar.

Sobre a passagem do fator biológico como única justificativa da licença-maternidade, e a importância da criança, que passa a ser vista também como destinatária desse direito, dispõe Alice Monteiro de Barros:

Como já ressaltamos, a maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. Portanto, a tutela justifica-se não só em face da especialidade biológica que envolve a questão, mas também dos cuidados que o filho exige.⁸¹

Léa Elisa Silingowschi Calil ao tratar do advento da CLT, também dispõe no mesmo sentido, ao afirmar que: “as normas de proteção à maternidade surgem para proteger não apenas a mulher que gesta e dá à luz, como também a criança fruto dessa gestação”.⁸²

Assim, o critério biológico foi superado, voltando-se a licença-maternidade mais para o caráter social, de interação da mãe com a criança.

Já o terceiro momento, e o mais importante, de concessão da licença-maternidade, nos mesmos moldes como é concedida à mulher, ao homem em casos de adoção e ao cônjuge ou companheiro quando do falecimento da mãe após o parto ou no decorrer do período de licença, foi uma grande evolução e trouxe um alargamento ainda

⁸¹ BARROS, Alice Monteiro de. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 63.

⁸² CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do Trabalho da mulher: A questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. São Paulo: LTr, 2007, p. 18.

maior dos objetivos do instituto da licença-maternidade, que passou a ser observada por outra ótica.

Diante desse tão importante “terceiro passo” na conquista de direitos, tem-se uma total desvinculação da licença-maternidade quanto a proteção da maternidade de forma restrita, voltando-se à ideia de proteção da família, proteção da interação dos membros da família com a criança, independente se essa criança tem ou não uma mãe.

Mesmo antes da concessão da licença-maternidade ao homem nos casos previstos atualmente, já havia entendimento doutrinário acerca da extensão da licença ao pai, ou até mesmo ao próprio filho, como é o caso abaixo exposto:

Nas hipóteses em que a mãe falecer no parto ou durante o período que teria direito ao recebimento do salário-maternidade, entendemos que o pai ou o próprio filho podem buscar o recebimento da prestação. Embora o benefício seja pago à mãe, o destinatário final dessa proteção é a criança ou o nascituro, que por disposição constitucional tem direito à proteção familiar, social e estatal, sendo que o salário-maternidade é devido à segurada justamente para que ela possa prestar a assistência necessária a esse filho em seus primeiros meses de vida. Ou seja, o salário-maternidade visa à proteção tanto da mãe quanto do seu filho, tendo em vista o disposto no art. 6º da CF/88 que prevê expressamente a proteção à maternidade e à infância.⁸³

A evolução da concessão da licença-maternidade demonstra que o período de licença não está destinado somente as mães, por fatores biológicos ou mesmo por fatores de sexo, mas sim a fim de que sejam observados os dois principais objetivos do instituto, que são, em primeiro lugar, o cuidado que a criança precisa nos primeiros meses de vida ou nos primeiros meses em um novo lar, no caso de adoção, e, em segundo lugar, a interação entre a família, que conta com um novo membro, que precisa de cuidados, atenção e carinho para sua adaptação familiar.

Portanto, a licença-maternidade busca, não só o contato da criança com sua mãe, mas sim o contato e interação da criança com sua família, a proteção dessa família, que pode não ter a mãe como uma figura presente, como no caso da adoção por um pai solteiro, por exemplo.

Sobre o objetivo principal da licença-maternidade, que é o cuidado que a criança recém-nascida ou adotada precisa, também serão tecidas algumas considerações.

⁸³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 703.

A proteção à criança recém-nascida ou adotada é o principal objetivo da licença-maternidade, sendo que: “a finalidade da licença-maternidade não visa somente à mãe, mas também e principalmente ao filho. Os primeiros momentos de convivência entre mãe e filho são primordiais ao desenvolvimento pleno deste”,⁸⁴ pois em casos de ausência da mãe, ou de famílias que não são compostas pela mãe, essa convivência deve-se dar com o pai ou outro membro da família que seja o responsável legal pela criança.

Sobre o objetivo da licença-maternidade focado na criança, ao fazer a análise do inciso II do art. 201, da CF, que trata deste instituto, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia previam, mesmo antes da nova reforma legislativa da Lei nº 12.873, de 2013, que:

[...] a partir de uma interpretação ampla, percebemos que o texto constitucional não pretendeu, apenas, proteger, em termos previdenciários, a segurada grávida, mas sim a maternidade, em especial a gestante. Portanto, além da segurada gestante, há que se proteger outras contingências geradoras de necessidades, tal qual a adoção, seja pela segurada (dentro de uma estrutura familiar), seja a adoção promovida pelo segurado (dentro de uma estrutura monoparental e, ainda, não regulamentada pela lei).⁸⁵ Assim, há que se fazer a interpretação do vocábulo maternidade em sentido amplo, levando-se em conta que a finalidade protetiva estende-se, também, à criança recém-chegada ao lar.⁸⁶

Acerca da responsabilidade dos pais com relação aos filhos, não só pelo bem estar físico, mas também relacionado à sua educação e construção de seu caráter, muito importante destacar o posicionamento de Hans Jonas, que considera a responsabilidade parental o arquétipo de qualquer responsabilidade,⁸⁷ e dispõe o seguinte acerca do objeto desta responsabilidade:

Seu objeto é a criança como um todo e todas as suas possibilidades, e não só as suas carências imediatas. Naturalmente, o aspecto físico é primordial; no início talvez só ele importe. Mas, em seguida, acrescenta-se paulatinamente tudo aquilo que entendemos por “educação”: habilidades, comportamentos, relações, caráter, conhecimento, os quais devem ser supervisionados e estimulados durante o desenvolvimento da criança; junto com tudo isso, se

⁸⁴ MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. **A maternidade e o direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 54.

⁸⁵ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345-346.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 345-346.

⁸⁷ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 180.

possível, sua felicidade. Em uma palavra: o cuidado parental visa à pura existência da criança e, em seguida, visa a fazer da criança o melhor do seres.⁸⁸

Ainda, como já foi tratado em trabalho anterior,⁸⁹ o MM. Juiz Federal Leonardo Castanho Mendes, em seu voto na decisão da 2ª Turma da Recursal da Justiça Federal do Paraná, nos autos nº 5002217-94.2011.404.7016/PR, evidencia qual o real objetivo da licença-maternidade, conforme se pode observar pelo trecho transcrito abaixo:

Penso que seja fundamental à compreensão da controvérsia a fixação de uma premissa, qual seja, a de que o benefício tem como destinatário a própria criança, muito embora deferido à mãe. Com efeito, é a criança quem precisa dos 120 dias para adequar-se à vida extra-uterina e à rotina do novo lar. O salário-maternidade não é um benefício por incapacidade, já que a incapacidade decorrente propriamente do trabalho do parto não dura obviamente o lapso previsto no art. 71 da Lei 8.213/91. **O salário-maternidade representa em verdade, para o bebê, a garantia de que terá à sua disposição alguém que lhe seja inteiramente dedicado durante período de tempo mínimo necessário para o seu pleno desenvolvimento nos primeiros meses de vida, sem que essa dedicação signifique qualquer diminuição do rendimento familiar, já por si mesmo abalado pela chegada de mais um membro. No caso dos autos, essa pessoa era o pai, não a mãe.** (destaques nossos)

Assim, pode-se notar a grande importância dos cuidados que as crianças precisam, importância esta que foi assegurada pela Constituição de 1988 como um direito de prioridade absoluta.

A previsão dos direitos das crianças está no art. 227, da CRFB. O referido artigo dispõe que: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁸⁸ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 180.

⁸⁹ PERON, Rita de Cássia Andrioli Bazila. A extensão do exercício dos direitos fundamentais da licença maternidade ao homem: uma análise atual do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. 2012. 52f. **Monografia de especialização**. (Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012, p. 19.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também prevê os direitos das crianças, assegurando-os através, principalmente, dos artigos 3º, 4º, 7º, 15 e 19.

O art. 4º, do ECA, reproduz praticamente o texto do art. 227, da CRFB, ao garantir a defesa dos direitos fundamentais das crianças, afirmando que tal tarefa não é somente da família, mas também do Estado e da sociedade, por meio de uma ação conjunta e articulada, sendo que, não é por acaso que a família é mencionada primeiro, já que todo o trabalho de benefício às crianças deve ocorrer com preferência no âmbito familiar.⁹⁰

Ainda acerca do art. 4º, do ECA, este também prevê o princípio da prioridade absoluta da criança, que deve nortear a todos, para defesa dos direitos assegurados às crianças e adolescentes. Sendo absoluta, a prioridade deve estar acima de qualquer outra.⁹¹

Tanto o art. 227, da CRFB, quanto o art. 4º, do ECA, deixam claro o caráter imperativo da norma e elencam algumas formas de tradução do princípio da prioridade absoluta, entretanto, a enumeração do que compreende a garantia de prioridade absoluta é meramente exemplificativa,⁹² não resumindo, portanto, todos os casos em que se deve dar tal prioridade às crianças, mas somente trazendo algumas situações exemplificativas.

Rolf Madaleno afirma que as crianças e adolescentes são destinatários do princípio dos *melhores interesses*, sendo tal princípio sem dúvidas indeterminado. Entretanto, demonstra que sempre haverá a prevalência do infante quando em confronto com outros valores, tendo em vista que sempre será necessário assegurar o pleno e integral desenvolvimento físico e mental da criança, que será um adulto do futuro.⁹³

Antes da Constituição de 1988, havia discriminação de crianças com relação à filiação, já que o Código Civil, de 1916 vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos, negando-lhes identidade, personalidade e dignidade, como se eles tivessem qualquer responsabilidade pelas escolhas afetivas e procriadoras de seus

⁹⁰ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara Amorim. **ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. 2. ed. São Paulo: FTD, 2011, p. 18.

⁹¹ *Ibid.*, p. 19.

⁹² *Ibid.*, p. 18.

⁹³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 55.

pais. A Lei nº 7.814, de 1989, no encalço da Constituição de 1988, revogou o artigo 358 do Código Civil de 1916, que previa tal discriminação.⁹⁴

O § 6º, do art. 227, da CRFB, estabelece que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Portanto, como não há discriminação legal dos filhos, podemos nos perguntar, porque ainda são discriminados os filhos que não podem contar com a mãe após o parto por motivos não previstos na legislação?

Somente pelo fato de determinada família não se constituir com os membros previstos e reconhecidos legalmente como destinatários do direito à licença-maternidade, algumas crianças não tem seus direitos logo após o nascimento ou à adoção assegurados, unicamente por ausência de previsão legal, já que todos os filhos são iguais perante a lei. Sendo assim, algumas crianças são deixadas à margem dos direitos assegurados constitucionalmente, somente pelo fato de sua família não se enquadrar nos modelos familiares descritos na legislação.

A título de exemplo, uma criança que está inserida em uma família com pai e mãe, caso a mãe faleça, o pai, pela nova disposição da CLT, do art. 392-B, terá direito ao tempo restante de gozo da licença-maternidade, para cuidar da criança. Já uma criança que não tem pai, e, após o falecimento da mãe, passa aos cuidados de outro parente, como a avó ou o avô, o que comumente ocorre, não terá os direitos de cuidados após o nascimento assegurados, já que a avó não possui o direito de requerer a licença-maternidade.

Dessa forma, não são todas as crianças que tem seus direitos assegurados, quando na realidade a totalidade delas deveria ser abarcada pela legislação. A previsão legal não deveria levar em consideração modelos familiares restritos, mas sim observar o principal objetivo da licença-maternidade, que é assegurar os direitos da criança, e adequar a legislação a esse objetivo, de forma que abarque a totalidade das famílias, englobando as famílias em sentido amplo, principalmente aquelas que não tem a figura do pai e da mãe em sua composição, pois geralmente são as que mais necessitam de amparo.

⁹⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 99.

Nesse sentido, ao tratar acerca dos direitos das crianças, Paulo Luiz Netto Lôbo, destaca a importância não só da maternidade, mas também da família em sentido amplo, na promoção desses direitos fundamentais, conforme se pode observar pela seguinte citação:

A maternidade e a paternidade lidam com seres em desenvolvimento que se tornarão pessoas humanas em plenitude, exigentes de formação até quando atinjam autonomia e possam assumir responsabilidades próprias, em constante devir. **Não somente os pais, mas também todos os que integram as relações de parentesco ou grupo familiar. Nesta linha, o art. 227 da Constituição impõe à família, em sentido amplo** e bem assim à sociedade e ao Estado, deveres em relação à criança e ao adolescente concernentes à preservação à vida, à saúde, à educação familiar e escolar, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade, e à convivência familiar. Por seu turno, o art. 229 da Constituição estabelece que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Esse complexo enlaçamento de deveres fundamentais existe pelo simples fato da existência da criança e do adolescente, sem necessidade de ser exigível por estas. Basta a situação jurídica da existência, do nascer com vida.⁹⁵ (Destaque nosso)

Assim, pode-se notar que os direitos das crianças não devem ser assegurados somente pela mãe ou o pai, mas por toda a família (em sentido amplo), o Estado e a Sociedade, nos termos do art. 227, da CRFB.

Portanto, todas as crianças devem ter seus direitos assegurados, sendo satisfeitas todas as suas necessidades, para, somente assim, terem sua dignidade assegurada. A fim de que isso se torne possível, faz-se necessária a convivência familiar, especialmente logo após o parto ou a adoção. Tal direito à convivência, também é assegurado constitucionalmente no art. 227, da CRFB, e é a forma através da qual se viabilizam os cuidados com a criança.

Sobre a convivência familiar, destaca-se:

A convivência familiar é direito-dever de contato e convívio de cada pessoa com seu grupo familiar. É direito porque pode ser exercido contra quem o obsta, seja o Estado, o grupo familiar, o grupo social ou até mesmo outro membro da família. É dever porque cada integrante do grupo familiar, ou cônjuge, ou companheiro, ou filho, ou parente está legalmente obrigado a cumpri-lo, além da família como um todo, ou, ainda, a sociedade e o Estado.⁹⁶

⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, p. 11-27, 2010, p. 20.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 20.

Muito acertado o posicionamento acima, pois independente do grau de parentesco, toda a família tem o dever de cuidar da criança que é membro dela, portanto, caso haja o falecimento da mãe e ausência do pai, por exemplo, deve, outro membro, ser o responsável pelos cuidados da criança recém-nascida ou adotada, como a figura de um avô ou uma avó, irmão, tia ou tio, e para isso se deve conceder a licença-maternidade a este membro da família que será responsável pelos cuidados com a criança, pois somente assim será possível a sua garantia. Portanto, a licença-maternidade deve ser concedida ao responsável legal pela criança, independente do seu grau de parentesco.

Ainda, pode-se notar, através do art. 227, da CRFB, que assegura os direitos das crianças e adolescentes, que a sociedade também possui o dever de assegurar esses direitos, incluindo-se aí a empresa, como parte da sociedade.

Diante da fundamentação apresentada, e do fato de que nem todas as crianças recém-nascidas ou adotadas tem seus direitos básicos de cuidado assegurados, é que se propõe que as empresas cumpram o seu papel social possibilitando e facilitando o exercício dos direitos fundamentais, conforme será demonstrado no decorrer desta dissertação.

2.3. NOVOS MODELOS FAMILIARES NA SOCIEDADE ATUAL

Nossa sociedade está em constante evolução, entretanto, o direito não consegue acompanhar a evolução social com a mesma rapidez com que ela acontece. Diante disso, temos normas que não atendem às demandas sociais a contento, deixando, muitas vezes, diversos grupos de pessoas sem os seus direitos assegurados.

Esse é um grande problema que acompanha o direito à licença-maternidade, pois, embora tenham ocorrido mudanças significativas recentemente, ainda existem muitas famílias que não são abarcadas pelo instituto, mesmo estando na mesma situação fática da família que tem esse direito assegurado. Isso ocorre porque o legislador não considera todos os modelos familiares existentes em nossa sociedade e sua constante evolução, vinculando as normas aos modelos tradicionais de famílias, e quando apresentam qualquer evolução legislativa abarcando novos modelos familiares, deixam de fora outros que também precisam de tutela.

Diante da ausência de previsão legal, Maria Berenice Dias afirma que: “O fato de não haver previsão legal para situações específicas não significa inexistência de direito à tutela. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática”.⁹⁷

Portanto, o fato de algumas crianças não terem assegurados os cuidados que a licença-maternidade proporciona, não implica no direito de usufruir deles. O que ocorre é que não há a previsão legal para tanto, mas mesmo assim esses direitos são exigíveis, pois não pode haver qualquer diferenciação entre as crianças, com base em sua estrutura familiar, tendo em vista que todas tem que ter seus direitos assegurados, independente da família na qual tenha nascido, ou sido adotada.

Não é, portanto, admissível preordenar espécies estanques de unidade familiar e considerá-las como as únicas que devem receber a proteção estatal, quando a sociedade tem visivelmente outros dignificantes modelos de núcleos familiares, demonstrando que os modelos familiares previamente taxados não representam todo o alicerce social da família brasileira.⁹⁸

Portanto, devido ao grande número de modalidades de famílias que a sociedade tem atualmente, o que deve ser levado em consideração para se definir uma família é o vínculo afetivo entre seus integrantes e não sua constituição. Nesse norte:

O surgimento de novos paradigmas – quer pela emancipação da mulher, quer pela descoberta dos métodos contraceptivos e pela evolução da engenharia genética – dissociou os conceitos de casamento, sexo e reprodução. O moderno enfoque dado à família pelo direito volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que enlaça seus integrantes.⁹⁹

A legislação sofreu diversas mudanças na conceituação de família, saindo do modelo patriarcal e matrimonial e passando a prever mais modelos familiares. Entretanto, ainda mantém previsões restritas da significação.

Rolf Madaleno afirma que a partir da Constituição de 1988 que: “foi sendo desconstituída a ideologia da família patriarcal, edificada na relação monogâmica, parental, patriarcal, heterossexual e patrimonial”¹⁰⁰ continua afirmando que: “a família

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

⁹⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 07.

⁹⁹ DIAS, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁰ MADALENO, *op. cit.*, p. 24-25.

do passado não tinha preocupação alguma com o afeto e sua felicidade restava embotada pelos seus interesses econômicos construídos em um modelo familiar de um pai e uma mãe e seus filhos, todos financeiramente dependentes”.¹⁰¹

Entretanto, nem mesmo a Constituição de 1988 foi capaz de abarcar toda a diversidade familiar presente na sociedade brasileira, que tem como suporte os vínculos no afeto. O afeto tem sido a forma de se identificar a constituição e o reconhecimento oficial de uma entidade familiar, sendo que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e a ADI nº 4.277/DF conferiu ao artigo 1.723, do Código Civil, de 2002, interpretação conforme a Constituição de 1988, para excluir do dispositivo legal todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.¹⁰²

Nesse sentido, ainda, foi o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça no REsp. nº 1.183.378/RSm, destacando que são múltiplos os arranjos familiares, não se podendo negar a proteção estatal a qualquer família, independentemente de orientação sexual de seus partícipes, tendo em vista que todas elas possuem os mesmos núcleos axiológicos da dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.¹⁰³

Pode-se afirmar, também, que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, bem como o fato de que os casais homossexuais têm os mesmos direitos que os casais heterossexuais. Além disso, hoje já existem decisões que concedem a adoção para dois pais ou duas mães, constando na certidão de nascimento da criança o nome dos dois como pais da criança adotada.

Nesse sentido a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ABANDONO DA CRIANÇA PELA MÃE BIOLÓGICA. ADOÇÃO POR CASAL DOMESMO SEXO QUE VIVE EM UNIÃO ESTÁVEL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...] III - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família. IV - A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança. [...] O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos à menor de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre

¹⁰¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 24-25.

¹⁰² *Ibid.*, p. 24-25.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 25.

outros). (TJMG. Apelação Cível 1.0470.08.047254-6/001 0472546-21.2008.8.13.0470 1. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. DJ: 02/02/2012). (Destaques nossos).

Mesmo com diversos avanços, inclusive quanto ao reconhecimento da família homoafetiva, a legislação é mais restritiva na conceituação de família. A Constituição de 1988, afirma que: “a entidade familiar protegida pelo Estado é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, podendo originar do casamento civil, da união estável e da monoparentalidade”.¹⁰⁴ Há, portanto, uma definição totalmente restritiva da unidade familiar pela Constituição de 1988, o que deixa de fora um enorme número de famílias, inclusive algumas já reconhecidas pela jurisprudência.

Já o art. 25, do ECA, traz o conceito de família natural, em seu *caput, in verbis*: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. Traz também o conceito de família extensa em seu parágrafo único: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Portanto, o conceito de família extensa é reconhecido e regulamentado através do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo assim, não se pode considerar somente como família os pais e os filhos, mas todo aquele familiar com quem a criança mantenha laços de afinidade ou de afeto, ou mesmo de quem elas dependam, como no caso de crianças recém-nascidas.

Maria Helena Diniz traz a definição de família, no sentido técnico, como sendo: “Família é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção”.¹⁰⁵ Coloca, então, o afeto como componente e elemento que interliga os membros familiares e expande o conceito de família a outros familiares além dos pais e dos filhos.

¹⁰⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 32.

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16-17.

Há que se destacar, também, alguns tipos de famílias não regulamentadas, mas que estão presentes em nossa sociedade, somente a título de exemplo, uma vez que não se pode esgotar os modelos e arranjos familiares existentes.

Uma dessas famílias são aquelas compostas por avós, sem a presença dos pais. Tal realidade é muito comum na sociedade atual, entretanto os avós não têm direito à licença-maternidade e demais direitos que os pais detém. Porém um reconhecimento de seus direitos para com os netos pode ser a recente Lei nº 12.398, de 2011, que acrescentou o parágrafo único ao art. 1.589, do CC, e deu nova redação o inciso VII, do art. 888, do CPC, regulando o direito de visita aos netos.

Além de famílias compostas por avós e netos, há também as compostas por tios e sobrinhos, somente por irmãos, de enteados e padrasto ou madrasta, e ainda uma infinidade de composições familiares que não podem ser previstas ou especificadas.

Assim, diante do fato de que não se pode definir com exatidão ou prever legalmente todos os modelos familiares, o correto é identificar as famílias através do vínculo de afeto que as une e considerar que todos os familiares tem responsabilidades entre si, inclusive quando o legislador vai confeccionar a norma, este deve estar atento a tão importantes detalhes, sob pena de deixar inúmeras famílias sem proteção legal, que é o que ocorre atualmente com a licença-maternidade.

A família como um todo é responsável pelo bem estar de seus membros, especialmente as crianças, e principalmente no período após seu nascimento e sua adoção, sendo assim, caso estejam ausentes os pais, por qualquer razão, deve outro membro da família ser o responsável por garantir os direitos da criança, e, com esse dever, vem junto o direito à usufruir da licença-maternidade, já que esse período de licença, que possibilita o convívio familiar será o meio de garantir os direitos da criança.

Consequência natural de concretização da nova diretriz constitucional que personaliza as relações surgidas do contexto familiar está em assegurar não apenas a imediata eficácia da norma constitucional, mas, sobretudo a sua efetividade social, questionando se realmente os efeitos da norma restaram produzidos no mundo dos fatos.¹⁰⁶

Paulo Luiz Netto Lôbo ao tratar da responsabilidade na família aduz que mais importante e desafiadora é a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes da família, bem como os atos que assegurem as condições de vida digna das

¹⁰⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 45.

atuais e futuras gerações.¹⁰⁷ Completa a afirmação aduzindo que: “a família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações”.¹⁰⁸

Sendo assim, independente da composição familiar, deve-se considerar o afeto como forma de identificar uma família, bem como a dignidade dos seus membros, que são sujeitos de direitos mesmo que não tenham o seu modelo familiar previsto na legislação.

Dessa forma, todas as crianças, independente da sua composição familiar, devem ter seus direitos fundamentais de cuidado assegurados nos primeiros meses de vida ou nos primeiros meses após a adoção, para que seja assegurada sua dignidade, através da concessão da licença-maternidade não somente a mãe, pai ou companheiro, mas sim ao representante legal da criança.

2.4. CRÍTICAS ÀS ATUAIS DISPOSIÇÕES LEGAIS ACERCA DA LICENÇA-MATERNIDADE

Diante da análise da evolução e das normativas atuais acerca da licença-maternidade, bem como da evolução dos modelos familiares em nossa sociedade, pode-se observar que mesmo com a conquista de muitos direitos, a legislação caminha a passos curtos e se posiciona de maneira paliativa, não combatendo as necessidades e os problemas sociais em sua raiz, mas apenas concedendo direitos de maneira esparsa, somente para atender necessidades mais urgentes que batem à porta do judiciário com mais frequência.

O que se pode notar é um total descompasso da legislação, que prevê diversas situações desconexas acerca da licença-maternidade, sem, entretanto, solucionar o problema. Na CLT há recente previsão de que em caso de falecimento da mãe a licença-maternidade deve ser concedida ao cônjuge ou companheiro, já a Lei Complementar nº 146, de 2014, garante a estabilidade da gestante à pessoa que detiver a guarda da criança em caso de morte da mãe.

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, p. 11-27, 2010, p. 19.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 19.

Observa-se que, em nenhum dos casos se apresenta uma solução para atender a demanda social atual, em que existem famílias compostas de diversas formas, muitas vezes sem a presença nem da mãe, nem do pai da criança, como é o caso, por exemplo, de avós que cuidam dos netos.

Utilizando-se deste exemplo, caso um dos avós busque o direito da licença-maternidade, este só poderá contar com a estabilidade e não com o afastamento do trabalho, ou mesmo com o recebimento do salário-maternidade?

Ainda fazendo uma análise do recente art. 392-B, da CLT, que assegura ao cônjuge ou ao companheiro da genitora a licença em caso de sua morte, se tal artigo for interpretado segundo seus dizeres, não será o pai quem terá o direito de dar continuidade à licença, mas sim o cônjuge ou o companheiro. A redação desse artigo demonstra o total descompasso da legislação com a evolução dos modelos familiares, já que, o cônjuge ou o companheiro da mãe, não precisa ser, necessariamente, o pai da criança.

Sendo assim, ficou o pai sem o direito reconhecido de dar continuidade à licença-maternidade, por conta de uma concepção idealizada de família de que este necessariamente será o cônjuge ou o companheiro da genitora, esquecendo-se, o legislador, que os pais da criança podem não ser cônjuges ou companheiros, ou mesmo que o cônjuge ou companheiro da genitora pode não ser o pai da criança.

Dessa forma, tem-se uma previsão legal desconexa, que vincula a proteção da criança recém-nascida a uma composição familiar específica, em que os pais estão necessariamente casados ou vivendo conjuntamente. Não se pode deixar de notar, também, que a legislação somente prevê a ausência da mãe em caso de morte, deixando de observar que essa ausência se pode dar também por incapacidade ou abandono, por exemplo.

Nota-se que, mesmo com todo o progresso na legislação acerca da licença-maternidade, ainda há muito o que se fazer para que as normas “conversem” entre si, ou que tenham alguma coerência na prática, a fim de satisfazer a demanda social atual e não somente prever situações específicas que não atendem o problema em geral, mas apenas solucionam alguns pontos. Tal problema seria completamente resolvido caso os legisladores observassem os objetivos da licença-maternidade e não somente situações específicas em que é necessária a sua concessão.

Da mesma forma, a prorrogação da licença-maternidade através do Programa Empresa Cidadã, como já concluído em outro estudo, não tem muita aplicabilidade prática, nem beneficia muitas empregadas. Tal instituto se trata de uma norma extrafiscal, que por um lado cria um incentivo para a aplicação do direito fundamental social da licença-maternidade, mas por outro fornece à empresa somente o título de Empresa Cidadã, que recebe apenas compensação fiscal, não fazendo jus a qualquer vantagem financeira efetiva, além de tal norma não ser aplicável à maioria das empresas, pois só há previsão para a aplicação à empresas que recolhem seu Imposto de Renda pela sistemática do Lucro Real.¹⁰⁹ Assim, o Programa Empresa Cidadã não atende ao propósito a que foi criado, conforme se pode observar pela conclusão de trabalho específico sobre o assunto:

O balanço que foi possível fazer, neste artigo, evidencia um lado claramente positivo no Programa: de ampliar um direito fundamental estabelecido pela Constituição, indo além do que seria constitucionalmente obrigatório. Porém, da mesma forma, deixa claro aspectos evidentemente negativos: a timidez na intensidade do incentivo econômico-tributário aos empregadores; a reduzida abrangência do número de empresas que podem aderir ao Programa e, com isso, a restrição a que muitas mulheres possam ter a licença-maternidade estendida; e o ferimento à igualdade, em razão de que nem todas as mulheres poderão gozar de um direito fundamental ampliado.¹¹⁰

Diante disso, o que se pode observar é que o direito não consegue acompanhar a demanda social relativa ao direito da licença-maternidade, restringindo tal direito somente a determinadas famílias, quando outras, que passam pela mesma situação fática e deveriam ser contempladas com os mesmos direitos são deixadas à margem, sem qualquer tutela.

Portanto, muitas famílias ficam sem amparo e proteção, o que consequentemente deixa inúmeras crianças sem ter os seus direitos fundamentais de cuidados após o parto ou adoção assegurados, simplesmente por não haver previsão legal que os abarque, como é o caso, por exemplo, de famílias compostas por avós e netos, por tios e sobrinhos, ou mesmo em casos de incapacidade ou abandono da

¹⁰⁹ FOLLONI, André; PERON, Rita de Cássia Andrioli Bazila. Tributação extrafiscal e direitos fundamentais: programa empresa cidadã e licença-maternidade. *EJLL Espaço Jurídico Journal of Law*. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 399-420, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4495/3491>>. Acesso em: 22 dez. 2014, p 417.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 417.

genitora, dentre outras inúmeras situações, que não podem ser esgotadas aqui neste trabalho, nem mesmo pela legislação.

Devido ao fato de haver uma possibilidade infinita de modelos familiares ou mesmo de situações fáticas que podem afastar a genitora do filho, além do óbito da mãe, é que o legislador deveria parar de se preocupar em editar leis prevendo situações restritas de aplicação da licença, muitas vezes baseadas em modelos familiares pré-concebidos, e passar a tratar a entidade familiar através do vínculo de afeto que a une, de forma a conceder a licença-maternidade não ao pai, a mãe ou companheiro destes, mas sim àquele que for o responsável legal pela criança, pois somente dessa forma serão observados os dois objetivos da licença-maternidade: a proteção da criança; e da maternidade em sentido amplo, compreendendo a proteção da convivência familiar.

Portanto, o direito à licença maternidade tem que ser vinculado à criança e não ao seu responsável, por essa razão, aquele que estiver incumbido dos cuidados, quando da ausência dos pais, deve ter direito à licença maternidade, com todos os seus efeitos (estabilidade, afastamento do emprego e salário maternidade).

O que se pretende, portanto, não é a proteção de minorias, como no caso de um irmão que tem que cuidar do outro, ou mesmo de tios que são os únicos responsáveis por cuidar de um sobrinho recém-nascido, mas sim assegurar o direito das crianças de forma ampla, como uma prioridade absoluta, nos termos do art. 227, da CRFB, para que não existam lacunas onde certas crianças não sejam abarcadas pelo direito básico de cuidados após o nascimento. Pois, para que os direitos das crianças sejam observados de forma absoluta, não pode ser aceitável que algumas delas não sejam beneficiadas apenas por falta de previsão legal.

Sendo assim, observando a tríade Família-Sociedade-Estado, que são elencados pelo art. 227, da CRFB, como os responsáveis pela proteção e por assegurar com absoluta prioridade os direitos fundamentais das crianças, nota-se que há situações em que muitas vezes a família fica impossibilitada de realizar esses cuidados como deveria e o Estado não consegue prover esses direitos.

Diante disso, a empresa, como membro da sociedade, pode fazer a sua parte na promoção desses direitos fundamentais das crianças, através do incentivo e ajuda às famílias para que o direito social à licença-maternidade seja estendido não só de acordo com sua previsão legal, mas de acordo com os seus objetivos.

3. A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DA LICENÇA-MATERNIDADE

Este estudo irá tratar da licença-maternidade como um direito fundamental social assegurado constitucionalmente, que obriga a todos: família, sociedade e Estado na sua efetivação, de acordo com os seus objetivos, que são a proteção da criança recém-nascida ou adotada e a proteção da maternidade em sentido amplo, abrangendo toda a família, sendo na verdade a proteção da interação familiar.

Dentre os direitos sociais está o trabalho, nos termos do art. 6º, da Constituição de 1988. O direito à licença maternidade encontra-se previsto no inciso XVIII, do art. 7º, da Constituição de 1988, do Título II, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, mais especificamente no Capítulo II – “Dos Direitos Sociais”. Portanto, o direito à licença maternidade é um direito fundamental social, previsto constitucionalmente.

Por se tratar de um direito fundamental social, a licença-maternidade deve ter sua aplicação observada de maneira efetiva, de acordo com os seus objetivos, guiando-se principalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser aplicado principalmente à criança, através da garantia de todos os cuidados necessários, e a todos os membros da família, que tem o direito à interação familiar nos primeiros meses de vida do bebê ou nos primeiros meses em que a criança adotada chega ao lar.

Ainda, na aplicação da licença-maternidade deve-se observar o princípio da igualdade, para que nenhuma criança seja tratada de forma desigual, estando na mesma realidade fática, somente por estar inserida em uma família composta de maneira diversa daquelas protegidas pela legislação. Bem como, nenhuma pessoa deve ser tratado de maneira diferente, caso se encontre na mesma situação fática do detentor legal do direito à licença-maternidade, também pelo fato de compor um modelo familiar que não é previsto na legislação.

Sendo assim, para que se possa entender acerca da aplicabilidade da licença-maternidade de maneira efetiva, se fazem necessários alguns esclarecimentos acerca dos institutos mencionados, quais sejam, os direitos fundamentais, direitos fundamentais sociais, aplicabilidade desses direitos, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

3.1. PRINCÍPIOS QUE DEVEM SER CONSIDERADOS PARA A EFETIVIDADE DA LICENÇA-MATERNIDADE

A licença-maternidade deve ser interpretada e aplicada de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Sendo assim, são necessárias algumas considerações acerca dos princípios em geral, a fim de que seja demonstrada sua importância e seu papel na interpretação e aplicação dos direitos.

3.1.1. Dos princípios em geral e sua importância no ordenamento jurídico

Esta dissertação não pretende esgotar o tema dos princípios, com a análise de toda a sua significação e características, até porque seria necessário um estudo específico sobre o assunto. O que se pretende são apenas simples considerações para determinar a aplicabilidade e importância dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro e no tema aqui estudado.

Os princípios tem elevada importância no sistema constitucional pátrio, tendo em vista que “[...] o estudo dos princípios fundamentais de cada Constituição revela seu núcleo, donde se extrai toda sua força normativa e, por isso, necessariamente, molda todo o cenário jurídico a ela subjacente”.¹¹¹

O segundo período do Pós-Guerra trouxe a necessidade do resgate do fundamento ético da experiência jurídica, com base no valor da dignidade humana. No plano internacional, a materialização desse pensamento deu origem ao “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, com base no valor da dignidade humana. Já no caso dos constitucionalismos locais, tal vertente foi concretizada com a abertura das Constituições para a força normativa dos princípios, também com ênfase no princípio da dignidade humana. Importante destacar que os direitos humanos do plano internacional passam a servir de parâmetro e referência ética inspirando o constitucionalismo ocidental.¹¹²

No direito contemporâneo, compreende-se a Constituição como: “um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um

¹¹¹ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 515.

¹¹² *Ibid.*, p. 542-543.

papel central”.¹¹³ Anteriormente, o modelo jurídico tradicional era concebido somente para que fosse feita a interpretação e aplicação de regras. Entretanto, modernamente o que prevalece é a concepção de uma sistema jurídico ideal baseado em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, onde as regras ficam responsáveis pela segurança jurídica, tendo em vista a previsibilidade e objetividade das condutas, e os princípios, por serem flexíveis, servem para a realizar a justiça do caso concreto.¹¹⁴

Pode-se dizer que a relevância dos princípios fundamentais de nossa Constituição, sendo considerados como efetivas normas constitucionais, parece ser irrefutável, portanto, cabe ao intérprete da lei concretizar os preceitos constitucionais, partindo deles em suas ações e exigências, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade e desrespeitar o que há de mais importante no sistema jurídico.¹¹⁵ Sendo assim, pode-se afirmar que:

Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.¹¹⁶

O constituinte deixou evidente a intenção de conceder aos princípios fundamentais a “qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional”, o que inclui, de maneira especial, as normas que definem os direitos e garantias fundamentais, sendo que essas normas de direitos e garantias fundamentais juntamente com os princípios fundamentais integram o “núcleo essencial” da Constituição formal e material”.¹¹⁷

Os princípios constitucionais têm diferentes funções no ordenamento jurídico, duas delas são: 1) o de fonte direta de direitos e deveres – quando do seu

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 343.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 343.

¹¹⁵ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 541.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p.294.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 63-64.

núcleo, de seu sentido, se extraem regras que incidem sobre situações concretas; e 2) a função interpretativa.¹¹⁸

Portanto, os princípios constitucionais incidem de diferentes formas na realidade fática e no mundo jurídico. Assim: “por vezes, o princípio será fundamento direto de uma decisão. De outras vezes, sua incidência será indireta, condicionando a interpretação de determinada regra ou paralisando a sua eficácia”.¹¹⁹

Luís Roberto Barroso dispõe, acerca de três tipos de eficácia dos princípios constitucionais: a eficácia direta, interpretativa e negativa. A eficácia direta (positiva ou simétrica) ocorre quando o princípio incide na realidade como uma regra, podendo incidir sem a intermediação legislativa.¹²⁰ Sendo assim:

Nesses casos de eficácia direta, o princípio atua no sentido de reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal. Ou seja: se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorrerem – tenha a norma sido violada por ação ou por omissão -, a eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigí-los diretamente, na via judicial se necessário.¹²¹

Assim, pode-se afirmar que os princípios constitucionais fundamentais valem como lei, como lei constitucional. Eles possuem “eficácia jurídica positiva ou simétrica”, tendo em vista que criam direito subjetivo ao cidadão, o que possibilita sua exigência judicial.¹²²

Com relação à eficácia interpretativa, Luís Roberto Barroso dispõe que são “vetores da atividade do intérprete”, principalmente quanto à aplicação de normas jurídicas que possuem mais de uma possibilidade de interpretação. Afirma que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados levando em conta os valores e fins dos princípios constitucionais. Já quanto à eficácia negativa, assegura que esta diz

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 273-274.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 345.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 345-346.

¹²¹ *Ibid.*, p. 346.

¹²² PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 542.

respeito à paralisação da aplicação de normas e atos jurídicos contrários ao princípio constitucional em questão.¹²³

Acerca das normas, regras e princípios, cabe salientar que não há diferença entre princípios e normas, pois as normas compreendem regras e princípios, e os princípios são dotados de normatividade.¹²⁴ Ademais: “a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios em espécie”.¹²⁵

Humberto Ávila conceitua regras como:

[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.¹²⁶

O mesmo jurista traz a conceituação de princípios como: “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade” afirmando que para a sua aplicação se faz necessária uma avaliação da correlação entre o estado do que será promovido e os efeitos que decorrem da conduta tida como necessária a sua promoção.¹²⁷

Destaca-se, também, a conceituação de princípios jurídicos fundamentais de José Joaquim Gomes Canotilho, que os considera: “princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. Afirmando que: “pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”.¹²⁸

Ainda, acerca da diferenciação qualitativa dos princípios e regras, José Joaquim Gomes Canotilho, traz algumas importantes diferenças, afirmando que,

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 346-347.

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 294.

¹²⁵ *Ibid.*, p.294.

¹²⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 193.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 193.

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1165.

enquanto os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, sendo compatíveis em vários graus de concretização, dependendo das condições fáticas e jurídicas, pois há o balanceamento de valores e interesses, podendo ser objeto de ponderação e de harmonização; as *regras* são normas que prescrevem uma exigência de forma imperativa, impondo, permitindo ou proibindo, afirma que as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras que sejam contraditórias. Com relação à convivência dos princípios, afirma que esta é conflitual, pois estes coexistem, enquanto a convivência de regras é antinômica, tendo em vista que estas se excluem.¹²⁹

O modelo atual mostra que não há a possibilidade do sistema ser compreendido somente de princípios, ou só de regras. Pois, se houvessem somente os princípios, o sistema seria muito flexível, carecendo de diretrizes claras de comportamento, o que ocasionaria diversos problemas. Já em um sistema onde só houvessem regras formais, este seria rígido em demasia, faltando mecanismos de abertura para amoldar soluções às particularidades dos casos concretos.

Sendo assim, Humberto Ávila explica que não se pode afirmar se a norma é mais importante ou se o princípio o é, pois cada qual tem suas funções diferentes e complementares.¹³⁰ Ainda, acerca da hierarquia entre princípios e regras, Luís Roberto Barroso, defende que entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, tendo em vista o princípio instrumental da unidade da Constituição, mas admite que alguns autores afirmam haver uma hierarquia axiológica, em razão dos princípios condicionarem a compreensão das regras e em alguns casos afastar sua incidência.¹³¹

O presente estudo segue o entendimento de Paulo Bonavides, que reconhece a “superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa”, aduzindo que a supremacia não é apenas formal, mas principalmente material, afirmando que tal é possível em razão dos princípios serem compreendidos e equiparados ou mesmo confundidos com os valores. Finaliza afirmando que os princípios são “na ordem

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1161-1162.

¹³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 120-121.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 345.

constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”.¹³²

O valor das regras e princípios se exprimem em graus distintos, pois: “os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialmente, plenitude e abrangência”.¹³³ Nesse sentido, pode-se dizer a respeito dos princípios:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada de prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.¹³⁴ (Destques nossos)

Cada Direito não é simplesmente mero agregado de normas, mas sim um conjunto dotado de unidade e coerência, que repousam precisamente sobre os seus princípios. Sendo por essa razão que se caracterizam os princípios como normas jurídicas, como elementos internos ao sistema, estando nele integrados e inseridos.¹³⁵

Dessa forma, pode-se afirmar que “a interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios”.¹³⁶ Assim: “o estudo dos princípios fundamentais de cada Constituição revela seu núcleo, donde extrai toda sua força normativa e, por isso, necessariamente, molda todo o cenário jurídico a ela subjacente”.¹³⁷

Diante dessa breve análise acerca dos princípios, pode-se observar sua enorme importância no ordenamento jurídico através da concretização dos direitos e da interpretação das demais normas jurídicas.

3.1.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

¹³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 294-295.

¹³³ *Ibid.*, p.295.

¹³⁴ *Ibid.*, p.296.

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 162.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 162.

¹³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 515.

Neste estudo adota-se o entendimento de Luís Roberto Barroso de que: “a dignidade da pessoa humana é mais bem caracterizada como um princípio, e não como um direito fundamental [...]”.¹³⁸ Sendo assim, pode-se afirmar que:

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de *status* constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como jurisdição moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais.¹³⁹

Dessa forma, mesmo que a dignidade da pessoa humana em regra sirva de fundamento aos direitos fundamentais, e, considerando que o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, de forma isolada, pode e até mesmo deve gerar direitos fundamentais autônomos não especificados, não há como reconhecer que exista um direito fundamental à dignidade, mesmo que algumas vezes se encontrem referências neste sentido.¹⁴⁰

Portanto, ao tratar-se do “direito à dignidade” se está, na realidade, considerando o direito ao reconhecimento, ao respeito, à proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, sendo possível até se falar, ainda, de um direito à existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa. Sendo assim, considerando o sentido estrito do direito à dignidade como concessão, conclui-se que a dignidade da pessoa humana não é, e nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental.¹⁴¹

Entretanto, é correto afirmar que: “embora assumida concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos”.¹⁴²

Considerando-se que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa humana (variáveis em intensidade de um para outro princípio),

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 273.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 273.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 71.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 71-72.

¹⁴² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 193.

consequentemente, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa (sendo admitidas exceções).¹⁴³

Dessa forma, pode-se chegar à conclusão de que: “[...] sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.¹⁴⁴

Dentro dos direitos fundamentais, destaca-se que há a vinculação da dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais “seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (atuando como direitos positivos), constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana”.¹⁴⁵

Assim, a dignidade humana simboliza um “superprincípio constitucional”, a norma maior para orientar o constitucionalismo contemporâneo, imputando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.¹⁴⁶ O respeito à dignidade humana: “[...] é patrimônio de suprema valia e faz parte, tanto ou mais que algum outro, do acervo histórico, moral, jurídico e cultural de um povo. O Estado, enquanto seu guardião, não pode amesquinhá-lo, corroê-lo, dilapidá-lo ou dissipá-lo.”¹⁴⁷

Acerca da positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que se trata de algo relativamente recente, ainda mais considerando as origens remotas da noção de dignidade. A referida positivação ocorreu apenas ao longo do século XX e, salvo algumas exceções, somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, o que ocorreu após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948.¹⁴⁸

Atualmente, conforme afirma José Carlos Vieira de Andrade, tanto a Constituição portuguesa, como as suas congêneres europeias, dispõe acerca do estatuto dos indivíduos na sociedade política através de um sistema de valores, sendo que o

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 86.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 87.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 93.

¹⁴⁶ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 539.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 36.

¹⁴⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 64.

valor fundamental é o da dignidade da pessoa humana individual, valor primário em que se baseia o Estado.¹⁴⁹

No direito pátrio o princípio da dignidade da pessoa humana norteia o ordenamento jurídico como um todo, sendo fundamento do Estado Democrático de Direito,¹⁵⁰ previsto como tal no art. 1º, da CRFB.

Resta clara, pois, a importância do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento pátrio, visto que, além de fundamento do Estado Democrático de Direito, o legislador foi expresso em alguns artigos sobre a observância da dignidade da pessoa humana quando assegurou, no *caput*, do art. 170, que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna; ou ainda, na esfera da ordem social, quando fundou o planejamento familiar dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, através do artigo 226, § 7º; além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade, no *caput*, do artigo 227.¹⁵¹

Como o princípio norteador do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana deve ser observada quando da aplicação da licença-maternidade, garantindo-se a dignidade da criança recém-nascida ou recém-chegada ao lar adotivo, bem como a dignidade daqueles que são os membros da família, e desta como um todo.

A dignidade de cada um dos membros de uma família é assegurada constitucionalmente, pois a cada ser humano é garantido o direito à vida digna. Além disso, o art. 226, da Constituição de 1988, garante especial proteção do Estado à família, afirmando no § 7º que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do planejamento familiar.

Já o princípio da dignidade da criança recém-nascida ou adotada deve ser observado não somente por se tratar, a dignidade, de princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, mas também por previsão expressa do art. 227, da Constituição de 1988, que dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, dentre outros direitos, a dignidade da criança, com absoluta prioridade. Nesse sentido:

Os direitos especiais reconhecidos às crianças e aos adolescente decorrem de sua peculiar condição de ser humano em desenvolvimento. Como

¹⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 107.

¹⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 149.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 63-64.

consequência, o Estado e a sociedade devem assegurar, por meio de leis ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento das capacidades físicas, mentais, morais, espirituais e sociais, cuidando para que isso se dê em condições de liberdade e de dignidade.¹⁵²

Diante da enorme importância do princípio da dignidade da pessoa humana, necessária uma conceituação, mesmo sendo esta uma tarefa difícil.¹⁵³ Ingo Wolfgang Sarlet define dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁵⁴

Em nossa opinião essa vida em comunhão com os demais seres humanos pode tanto ser analisada de uma perspectiva ampla, como pode também ser interpretada em sua perspectiva restrita, a da necessidade do ser humano conviver com a própria família, o que implica, especificamente no caso da licença-maternidade, na concessão desse direito ao responsável pela criança, independente se há previsão legal para tanto. Isso porque, caso se negue, por exemplo, a um avô, uma avó ou uma tia (que sejam os únicos responsáveis pela criança) a licença-maternidade, estará sendo desrespeitada a dignidade dessa pessoa de convivência familiar e de prestação de cuidados à criança, que também deve ter sua dignidade assegurada, justamente através dessa prestação de cuidados.

Assim, não há como se falar em dignidade da pessoa humana, onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde não houver limitação do poder, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados minimamente, não passando, a pessoa, de mero objeto de arbítrio e injustiças. Dessa forma, para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-

¹⁵² PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. Os direitos humanos das crianças e dos adolescentes no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 453.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 40.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 62.

instrumento), pode ser considerada a antítese da noção de dignidade da pessoa, não podendo, entretanto, ser exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), pois, dessa forma, restringir-se-ia demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.¹⁵⁵ Nesse sentido:

[...] a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada afrontada sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada à condição de objeto, de mero instrumento, meio para se atingir determinados objetivos, tratada como coisa, o que significaria uma ação desprovida de moralidade e voltada para descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos naturais inalienáveis.¹⁵⁶

Luís Roberto Barroso, afirma que o conteúdo mínimo da dignidade é composto por três elementos: a) **o valor intrínseco da pessoa humana** – sendo elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser, que está na origem de uma série de direitos fundamentais, quais sejam, direito à vida, à igualdade, à integridade física e à integridade moral ou psíquica; b) **a autonomia** – elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com algumas normas; no plano jurídico envolve uma dimensão privada e outra pública, bem como a satisfação do mínimo existencial; c) **o valor comunitário** que constitui o elemento social da dignidade humana, do indivíduo em relação ao grupo, destinando-se a promover a proteção dos direitos de terceiros, a proteção do indivíduo contra si próprio e a proteção de valores sociais.¹⁵⁷

Ingo Wolfgang Sarlet enfatiza que a dignidade da pessoa humana possui caráter multidimensional, considerando sua dimensão ontológica, sua dimensão histórico-cultural e sua dupla dimensão (ou função) negativa e prestacional, acrescentando-se, ainda, a dupla dimensão objetiva e subjetiva da dignidade, na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais.¹⁵⁸

Por se tratar de valor fundante de todo o conjunto constitucional, a dignidade da pessoa humana, vincula tanto o Estado como toda a sociedade na sua aplicação, nesse sentido:

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 61.

¹⁵⁶ ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. **Direito constitucional econômico**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 107.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 274-277.

¹⁵⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 61-62.

Consoante já restou destacado, o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.¹⁵⁹

Sendo assim, não há qualquer dúvida acerca da vinculação de todos os órgãos, funções e atividades estatais ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a eles imposto um dever de respeito e proteção, que pode ser traduzido tanto em dever de abstenção (não ingerência na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal), bem como no dever de proteção da dignidade dos indivíduos contra agressões vindas de terceiros, inclusive advindas de particulares.¹⁶⁰

Além da vinculação do Estado, deve-se destacar também a vinculação dos particulares ao referido princípio. Nesse sentido:

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também **a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana**, o que implica a existência de deveres de proteção e respeito também na esfera das relações entre particulares. Com efeito, também (mas não exclusivamente) por sua natureza igualitária e por exprimir a ideia de solidariedade [...].¹⁶¹ (Destques nossos)

Dessa forma, pode-se concluir acerca da vinculação da dignidade da pessoa humana ao Estado, particulares e a cada um individualmente como um dever. Nesse sentido:

Assim, se da dignidade – na condição de princípio fundamental – decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (pelo Estado e particulares), seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais específicos, seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que a dignidade implica também, em *ultima ratio* por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (e de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso e, de certa forma, até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas.¹⁶²

Pode-se observar, então, que se a ordem comunitária, formada pelo poder público, instituições sociais e particulares, bem como a ordem jurídica que não toma a

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 112-113.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 113.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 114.

¹⁶² *Ibid.*, p. 117.

sério a dignidade da pessoa, não trata com seriedade os direitos fundamentais e, principalmente não leva a sério a própria humanidade que está em cada pessoa individualmente e em todas, tornando-as merecedoras do respeito e consideração recíprocos.¹⁶³

Juntos a dignidade humana e os direitos fundamentais constituem os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, e que dessa forma fornecem o suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na Constituição de 1988, esses valores tem uma especial força expansiva, e dessa forma se projetam por todo o universo constitucional, além de servir como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.¹⁶⁴

Sendo assim, deve-se observar com grande zelo o cumprimento de tais princípios, pois:

[...] se a Carta de 1988 rege todo o ordenamento com negável preponderância, aquilo que para ela mesma pareceu fundamental não pode, em hipótese alguma, pelo jurista e pelo cidadão, ser tomado como supletivo. Ao se permitir tomar como secundária a base mesma do modelo constitucional, corrompe-se como um todo o sistema jurídico que a ele necessariamente se amolda.¹⁶⁵

Entretanto, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana pode, e é invocada para todos os tipos de situações, sendo utilizada muitas vezes como meio de solucionar todos os tipos de conflitos, sem qualquer esforço argumentativo¹⁶⁶, se faz necessário estabelecer limites e identificar quando deve ser feita a sua invocação.

No caso da licença-maternidade, trata-se de direito fundamental social assegurado constitucionalmente, e, por essa razão, já é diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme já demonstrado. Ademais, como também foi salientado, no caso da proteção da criança, tal princípio encontra-se previsto expressamente no texto constitucional, no art. 227. Sendo assim, pela proteção da dignidade da criança ser assegurada constitucionalmente de forma expressa, e por serem

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 150.

¹⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 498-499.

¹⁶⁵ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 517.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 273.

os cuidados com a criança recém-nascida e adotada o principal objetivo da licença-maternidade, e uma forma de se garantir a sua dignidade, a não concessão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança é com absoluta certeza uma afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda, em razão da proteção especial de cada um individualmente e da família especialmente pelo artigo 226, §7º, da CRFB, o princípio da dignidade da pessoa humana também é desrespeitado quando não se observa a sua aplicação ao responsável legal pela criança, a quem não se aplica o direito à licença-maternidade, por ausência de previsão legal.

Portanto, se faz necessário que as crianças tenham sua dignidade assegurada com absoluta prioridade, bem como o membro da família responsável por ela, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, que norteia nosso ordenamento jurídico, pois não podem ser tratados com desigualdade membros familiares que se encontram na mesma situação fática, tendo em vista que: “[...] constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário.”¹⁶⁷

O próximo tópico deste estudo tratará acerca dessa situação, ao apresentar alguns pontos sobre o princípio da igualdade.

3.1.3. Princípio da igualdade

O preâmbulo da Constituição de 1988 coloca como valor supremo do nosso Estado Democrático, dentre outros, o da igualdade. Por essa razão, pode-se observar a grande importância desse princípio no ordenamento jurídico pátrio, que deve ser promovido de forma prioritária pelo Estado e por toda a sociedade.

O “centro medular” do Estado social, bem como de todos os direitos que integram sua ordem jurídica é sem nenhuma dúvida o princípio da igualdade. Sendo assim: “materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 89.

contemporâneo”.¹⁶⁸ Nesse sentido, pode-se afirmar que: “o Estado Social é o Estado produtor de igualdade fática, valor que deve orientar toda a hermenêutica constitucional”.¹⁶⁹

Qualquer projeto democrático deve promover a implementação do direito à igualdade, pois, em última análise, a democracia significa igualdade, que se materializa através da igualdade no exercício dos direitos civis, políticos e econômicos, sociais e culturais. Para que se chegue à democracia fundamentalmente deve acontecer o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos elementares.¹⁷⁰

Nesse sentido, a afirmativa de Ronald Dworkin:

Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais firme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania [...]¹⁷¹

A grande importância do princípio da igualdade (sendo ele um dos mais importantes da constituição), reside no fato de que este incide no exercício de todos os demais direitos. “É como se disséssemos: é garantido o direito de propriedade, de liberdade, de comunicação, respeitando o princípio da igualdade”.¹⁷²

Ainda, deve-se destacar que: “toda vez que o critério adotado perde legitimação, isto é, não se afigura mais aos olhos da sociedade com razão para diferenciar pessoas, esse elemento tem de ser expurgado do sistema”.¹⁷³

É assim no caso da licença-maternidade. Este direito foi concedido às mulheres como forma de proteção destas no mercado de trabalho, para que pudessem se recuperar do parto e cuidar dos filhos após seu nascimento sem prejuízo do emprego e do salário. Entretanto, desde a concessão desse direito, a sociedade vem mudando de forma radical. Quando foi introduzido no sistema jurídico, as famílias eram em sua

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 384.

¹⁶⁹ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 32.

¹⁷⁰ PIOVESAN, Flávia; PIOVESA, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do Direito à Igualdade. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 320.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX.

¹⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. Revista e atualizada por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 289.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 289.

enorme maioria compostas somente por um homem e uma mulher, casados, e pelos seus filhos.

Hoje os modelos familiares, como já foi demonstrado no capítulo anterior, são os mais variados possíveis, havendo casos em que não estão presentes nem a mãe, nem o pai da criança na composição familiar. Dessa forma, o cenário social é absolutamente diverso de quando a lei foi criada para a proteção das mulheres, e, por essa razão, não há mais sentido em atribuir vantagens somente às mulheres, já que em muitos casos são os pais ou outros familiares que cuidam das crianças recém-nascidas ou adotadas, que merecem a mesma proteção dispensada à mãe, por se encontrarem na mesma situação fática que essas.

Destacando-se novamente, que, nem mesmo as evoluções legislativas nesse sentido, que ocorreram através da Lei 12.873, de 2013, foram suficientes para satisfazer a necessidade social atual, pois não concederam o direito à maternidade de forma a abranger todos os titulares desse direito, mantendo a sua proteção restrita somente a alguns tipos de famílias. No entanto, o que deveria ocorrer na prática é a aplicação da licença-maternidade a todos aqueles que se encontram na mesma situação fática de necessidade de proteção e cuidados para com a criança recém-nascida e adotada.

Celso Ribeiro Bastos afirma que o atual artigo isonômico tem a função de um verdadeiro princípio a “informar e condicionar todo o restante do direito”. Aduz que a igualdade não assegura nenhuma situação jurídica específica, porém garante os indivíduos contra a incorreta utilização do ordenamento jurídico, sendo a igualdade: “o mais vasto dos princípios constitucionais, não se vendo recanto onde ela não seja impositiva”.¹⁷⁴

Nesse sentido, a igualdade deve ser utilizada como forma de proteção do direito à licença-maternidade, para que seja aplicado segundo os seus objetivos, a fim de que não sejam tratadas de maneira desigual as crianças recém-nascidas e adotadas que fazem parte de uma família cuja composição não é reconhecida pelo ordenamento jurídico. Da mesma forma não pode ser tratado de maneira desigual o responsável legal pela criança, que se encontra na mesma realidade fática que a mãe detentora do direito à licença-maternidade.

¹⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. Revista e atualizada por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 290.

Existem diversas classificações acerca da igualdade/isonomia, entretanto neste estudo destacaremos apenas algumas, sendo que, independente de qualquer classificação, o mais importante é a aplicação prática de tão importante princípio. Assim, faz-se necessário ao menos estabelecer algumas delimitações acerca do princípio para melhor compreensão do instituto e de sua aplicação.

Norberto Bobbio afirma que, diferentemente da liberdade – que é uma qualidade ou propriedade da pessoa, a igualdade é: “pura e simplesmente um tipo de relação formal, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos”, é necessário que se especifique com que entes se está tratando e com relação a que são iguais, ou seja, é necessário responder duas perguntas: “igualdade entre quem?” e “igualdade em quê?”.¹⁷⁵

O próprio doutrinador afirma que as duas questões formuladas podem ser respondidas de quatro maneiras: “a) igualdade entre todos em tudo; b) igualdade entre todos em algo; c) igualdade entre alguns em tudo; d) igualdade entre alguns em algo”.¹⁷⁶

Acerca da máxima “igualdade de todos”, Norberto Bobbio dispõe que esta não pode ser interpretada como a exigência de que todos sejam iguais em tudo, mas sim que os homens devem ser considerados e tratados como iguais em relação às qualidades que constituem a essência do homem, ou a natureza humana enquanto distinta da natureza dos outros seres. Sendo assim, a máxima não tem um significado unívoco, mas tantos quantos forem as respostas à questão: “todos são iguais, sim, mas em que?”¹⁷⁷

Acerca igualdade de oportunidades, Norberto Bobbio dispõe que seu objetivo é colocar todos os membros de determinada sociedade em posições iguais para participar da “competição pela vida”, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo.¹⁷⁸ Entretanto, tal igualdade envolve muitos elementos subjetivos que devem ser valorados para se chegar a algum resultado.

Com relação à igualdade perante a lei, Norberto Bobbio afirma ser uma máxima universalmente escolhida, sendo uma forma específica e historicamente

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 11-12.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 35-36.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 24.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 31-32.

determinada de igualdade de direito ou dos direitos¹⁷⁹. Continua definindo igualdade de direito, igualdade nos direitos e igualdade jurídica da seguinte forma:

A expressão igualdade de direito é usada em contraposição à igualdade de fato, correspondendo quase sempre à contraposição entre igualdade formal e igualdade substancial ou material. [...] A igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada: significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados [...] a igualdade nos direitos compreende, além do direito de serem considerados iguais perante a lei, todos os direitos fundamentais enumerados em uma Constituição [...] por igualdade jurídica se entende, habitualmente, a igualdade naquele atributo particular que faz de todo membro de um grupo social, inclusive a criança, um sujeito jurídico, isto é, um sujeito dotado de capacidade jurídica.¹⁸⁰ (Destques nossos)

A constituição brasileira estabelece no art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei. O que implica no fato de que o alcance do princípio não se restringe apenas a considerar todos os cidadãos iguais diante da norma posta, mas que a própria lei não pode ser confeccionada sem a observância do princípio da isonomia.¹⁸¹

Assim, ser igual perante a lei não restringe tal preceito somente quando de sua aplicação, pois o princípio da igualdade se dirige ao próprio legislador, que fica vinculado à criação de um direito igual para todos os cidadãos.¹⁸² Portanto:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.¹⁸³

Tendo em vista que as leis discriminam situações para submetê-las a regência de certas regras, sendo esta sua função, é preciso questionar quando as discriminações legais são juridicamente toleráveis e quando não o são.¹⁸⁴

Para resolver o problema da aplicação do princípio da igualdade é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles muito repetida, de que a

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 25-29.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 29-30.

¹⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 9.

¹⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 426.

¹⁸³ MELLO, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 11.

igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Não se contestando a procedência da afirmação, reconhece-se nela um ponto de partida, mas deve-se negar-lhe caráter de termo de chegada, pois: “entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?*”¹⁸⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello destaca que:

A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável-sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?¹⁸⁶

Conclui afirmando que somente com a resposta a estas indagações pode-se adensar o preceito, para que tenha um cunho operativo seguro, capaz de passar da teoria à prática efetiva, que a própria constituição reclama.¹⁸⁷

Ao se afirmar que “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” não se vê presente o critério material para estabelecer um juízo de valor sobre a relação de igualdade ou desigualdade. O que pode definir a “igualdade justa” deve ser colocado através das questões: “o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade?”¹⁸⁸

Celso Antonio Bandeira de Mello também se questiona quando é vedado à lei estabelecer discriminações, ou quais são os limites para a função legal de discriminar.¹⁸⁹ Aduz que: “respondida a indignação, o problema do conteúdo real da isonomia, insoluto anos a reio, terá recebido substancial achega para nortear-lhe o deslinde”.¹⁹⁰

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 10-11.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 428.

¹⁸⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 13.

Somente restará clara a compreensão do conteúdo da isonomia quando for estabelecido em que casos a discriminação é legítima e em que casos é ilegítima.¹⁹¹ Para reconhecer as discriminações que não podem ser feitas sem que se desconfigure a isonomia, Celso Antonio Bandeira de Mello coloca três questões: a investigação daquilo que é adotado como critério discriminatório; verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para em razão do traço desigualador acolhido, atribuir o tratamento jurídico específico adotado em função da desigualdade verificada; e por fim analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente está de acordo, se está em harmonia, com os valores da ordem constitucional.¹⁹²

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica *abstrata* entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica *concreta*, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição. Só a conjunção dos três aspectos é que permite análise correta do problema.¹⁹³

Fazendo uma análise da licença-maternidade com base nos três critérios colocados por Celso Antonio Bandeira de Mello, pode-se constatar que com relação ao primeiro ponto, o critério utilizado para a investigação do que é adotado como discriminatório no caso da licença é falho, pois o legislador não partiu da ideia de cumprir os objetivos da licença-maternidade de forma ampla, assegurando a prestação de cuidados da criança recém-nascida ou adotada, mas sim, atribui tal direito a somente algumas das muitas famílias que fazem jus a ele, através de uma premissa ultrapassada do conceito de família, deixando de fora da proteção legal outras pessoas que também fazem jus à prestação jurisdicional, por não se utilizar do objetivo da norma como critério discriminatório.

Com relação ao segundo ponto não há qualquer justificativa racional para conceder a licença-maternidade somente a algumas famílias e algumas crianças, deixando outras à margem da prestação jurisdicional, pois a lógica para discriminar somente alguns destinatários deste direito, foi a utilização de um conceito de família incondizente com os modelos familiares atuais.

¹⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 12.

¹⁹² *Ibid.*, p. 21- 22.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 22.

Já em se tratando do terceiro ponto, observa-se que a concessão da licença-maternidade somente a alguns modelos familiares, vai totalmente contra os valores constitucionais, pois deixa de observar a igualdade entre as crianças, bem como a igualdade daqueles membros de uma família que estão na mesma condição fática que a mãe beneficiária do direito, bem como se deixa de observar o princípio da dignidade da pessoa humana ao desrespeitar esses direitos.

Assim, através da análise dos três critérios colocados por Celso Antonio Bandeira de Mello como necessários para se verificar se a norma faz discriminação de determinada categoria e pessoas de maneira legítima, cumprindo o preceito isonômico, pode-se observar que o direito à licença-maternidade não cumpre nenhum dos preceitos, e, por essa razão, não obedece ao mandamento constitucional da igualdade.

Mesmo diante das diversas formas de igualdade apresentadas, a mais importante é a igualdade aplicada na prática. Nesse sentido Norberto Bobbio afirma que o que caracterizam as ideologias igualitárias em relação a todas as outras ideologias sociais que também tratam da igualdade é a exigência de uma igualdade também material, distinta da igualdade perante a lei e de oportunidades.¹⁹⁴

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho: “o princípio da igualdade é não apenas um *princípio de Estado de direito* mas também um princípio de *Estado social*”.¹⁹⁵ Continua afirmando que:

Independentemente do problema da distinção entre <<igualdade fática>> e <<igualdade Jurídica>> e dos problemas económicos e políticos ligados à primeira (ex.: políticas e teorias de distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um princípio de justiça social. Assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (Equality of opportunity) e de condições reais de vida. Garantir a <<liberdade real>> ou <<liberdade igual>> (gleiche Freiheit) é o propósito de numerosas normas e princípios consagrados na Constituição.¹⁹⁶

O Estado social é aquele destinado a promover a igualdade fática. Sendo que tal conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, a fim de estabelecer a equivalência de direitos. Esse preceito obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; para promover meios de concretizar os comandos da igualdade,

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 31-32.

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 430.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 430.

caso sejam necessários.¹⁹⁷ Destaca-se: “De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social”.¹⁹⁸

Sendo assim, o mais importante é a aplicação prática do princípio da igualdade, afim de que os cidadãos tenham seus direitos assegurados de maneira igualitária. Não se deve observar somente a norma posta, mas sim aplicá-la de acordo com os seus objetivos, buscando-se a igualdade fática. Portanto: “o princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”.¹⁹⁹

Diante todo o exposto, pode-se constatar a enorme importância do princípio da igualdade no ordenamento jurídico pátrio, bem como a necessidade de sua observação na prática. Sendo assim, em se tratando da licença-maternidade, este direito deve ser concedido ao responsável legal pela criança, independente se há previsão legal para a concessão, por duas razões baseadas no princípio da igualdade.

A primeira é que nenhuma criança pode ser tratada de maneira desigual estando na mesma situação fática que outra, somente pelo fato de sua família não ser composta pelos membros previstos na legislação. Mesmo porque, como já amplamente demonstrado neste estudo, as crianças possuem tratamento prioritário, devendo ter seus direitos atendidos de forma preferencial.

Sendo assim, não se pode negar os cuidados à uma criança recém-nascida ou adotada, somente pela razão de que não há previsão legal para se conceder a licença-maternidade ao membro da família responsável por ela, ainda mais pelo fato de que o direito à licença tem como destinatário principal, não a mãe ou o pai, mas sim a criança.

Portanto, deve-se estender a licença-maternidade ao responsável legal pela criança, mesmo que este seja seu tio, tia, avô, irmão ou outro parente responsável legalmente pelos seus cuidados, pois somente dessa forma se verão observados os direitos constitucionais assegurados à criança, sendo garantida sua dignidade.

¹⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 386.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 384.

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 427.

A segunda razão é de que qualquer membro de uma família que se encontre em igual situação fática não pode ser tratado de maneira diferenciada. Em uma família em que há o abandono da criança pela mãe logo após o parto, por exemplo, faz-se necessário que o pai seja o responsável pelos cuidados dessa criança, mesmo que não haja previsão legal nesse sentido para a concessão da licença-maternidade. Da mesma forma, por exemplo, no caso de morte da mãe, quando a criança não tem o pai presente e o responsável legal da criança passa a ser um de seus avós ou tios. Nesses casos há a ausência de previsão legal para a concessão da licença-maternidade, mas os responsáveis legais pela criança se encontram em situação fática idêntica à de uma mãe, pai ou companheiro que tem o direito assegurado por lei.

Sendo assim, em todos os casos em que o responsável legal pela criança esteja em situação fática igual à da mãe, pai ou companheiro (que tem o direito assegurado legalmente), deve-se aplicar extensivamente a licença-maternidade, observando-se o princípio da igualdade. Tendo em vista que, o que se pretende com a extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança é atingir o real objetivo da norma, pois não se deve cumprir uma norma imposta em sua literalidade quando incondizente com a realidade, mas sim adaptar sua aplicação à situação que a sociedade atual demanda, para que seja possível atingir o seu real objetivo.

3.2.DIREITOS FUNDAMENTAIS

Devido à transformação e ampliação ao longo do tempo, bem como aos diversos termos utilizados para a sua denominação, torna-se difícil a definição de um conceito sintético e preciso dos direitos fundamentais.²⁰⁰

Existem muitas nomenclaturas utilizadas na doutrina e no direito positivo para os direitos fundamentais, tais como “direitos humanos”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”. A própria Constituição de 1988 traz em seu texto nomenclaturas variadas para os direitos fundamentais, como por exemplo, o termo “direitos humanos” no art. 4º, II; o termo “direitos e garantias fundamentais” na

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 177.

epígrafe do Título II, e no art. 5º, § 1º; o termo “direitos e liberdades constitucionais” no art. 5º, LXXI; e o termo “direitos e garantias individuais” no art. 60, § 4º, IV.²⁰¹

Mesmo diante de várias nomenclaturas, neste estudo vamos nos ater somente à duas em específico: “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, embora sejam necessárias, também, algumas considerações sobre a expressão “direitos do homem”. Neste norte, importante a diferenciação feita por José Joaquim Gomes Canotilho, de direitos fundamentais e direitos do homem:

As expressões <<direitos do homem>> e <<direitos fundamentais>> são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.²⁰² (Destaques do autor)

Complementando o exposto, outra importante distinção entre as expressões é feita por Ingo Wolfgang Sarlet, que soma à análise dos direitos do homem e fundamentais a expressão “direitos humanos”. Aduz que os “direitos do homem” dizem respeito aos direitos naturais não, ou ainda não, positivados. Afirma também que os direitos humanos são aqueles positivados na esfera do direito internacional e os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.²⁰³

Sendo assim, assumindo-se que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados constitucionalmente, neste estudo utilizaremos o termo “direitos fundamentais”, de acordo com a conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet acima descrita, pois será tratado aqui somente do direito à licença-maternidade que esta positivado no ordenamento jurídico pátrio. Porém, embora o presente estudo adote a terminologia “direitos fundamentais” em vários momentos será tratado acerca dos direitos humanos,

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 27.

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 393.

²⁰³ SARLET, *op. cit.*, p. 30.

pois os direitos humanos foram e são importantes aos direitos fundamentais, visto que estes são a positivação daqueles. Nesse sentido:

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal dos Direitos de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam [...]²⁰⁴

Acerca dos tratados internacionais de direitos humanos se pode explicar que: “têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’, que é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo”.²⁰⁵

Diante do regime do terror e da destruição da Segunda Guerra Mundial, onde as pessoas eram consideradas descartáveis, surge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como modelo e referencial ético para orientar a ordem internacional. Portanto, o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surge em meados do século XX, com a crença de que parte dos desrespeitos aos direitos das pessoas pudessem ter sido prevenidos caso existisse um sistema de proteção internacional de direitos humanos. Diante desse cenário, em 1945 é criada a Organização das Nações Unidas e, em 1948, é adotada a Declaração Universal de Direitos Humanos.²⁰⁶

Antes, porém, da Declaração de 1948, a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, manifestou pela primeira vez, através da descoberta do racionalismo francês da Revolução, a vinculação dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, que conduzem à universalidade desses direitos.²⁰⁷ Mas foi a partir da concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal de 1948, que se iniciou o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com diversos tratados internacionais visando a proteção de direitos fundamentais.²⁰⁸ Portanto, pode-se afirmar que:

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 32-33.

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 50-52.

²⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 576.

²⁰⁸ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 56.

Em geral, costuma fazer-se um *corte histórico* no processo de desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas: uma anterior ao *Virginia Bill of Rights* (12-6-1776) e à *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (26-8-1789), caracterizada por uma relativa *cegueira* em relação à ideia dos direitos do homem. Outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada *constitucionalização* ou *positivação* dos direitos do homem nos documentos constitucionais.²⁰⁹ (Destaques do autor)

No ordenamento jurídico pátrio, os direitos fundamentais são essenciais ao constitucionalismo, pois: “não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça”.²¹⁰

Em se tratando da relação entre o constitucionalismo e os direitos fundamentais cabe destacar que:

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.²¹¹

A Constituição pátria, em seu Preâmbulo, demonstra a relevância dos direitos fundamentais, pois há a afirmação de que a Assembleia Constituinte teve como inspiração básica a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança. Sendo assim, esse objetivo deve ser o pilar ético, jurídico e político da própria compreensão da Constituição. Pode-se explicar, então, que, por si só, o domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam é indispensável para a interpretação da Constituição.²¹²

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 380.

²¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 633.

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135.

²¹² *Ibid.*, p. 135.

Observa-se também a grande preocupação da Constituição de 1988 em garantir a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como um imperativo de justiça social, tendo em vista o privilégio sobre o tema de direitos fundamentais, que são elevados à cláusulas pétreas.²¹³

Com relação à conceituação dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que uma conceituação de cunho genérico e universal somente parece viável caso seja propositalmente aberta, permitindo a sua permanente adaptação à luz do direito constitucional. Apresenta, então, um conceito de direitos fundamentais, com base no conceito de Robert Alexy, dispondo que:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo). De resto, uma conceituação de cunho descritivo e que contenha referenciais indicativos do efetivo conteúdo dos direitos fundamentais somente parece viável à luz do direito positivo e após identificados os elementos constitutivos da matéria dos direitos fundamentais.

Adotando a expressão “direitos fundamentais do homem”, José Afonso da Silva afirma que se tratam de situações jurídicas, objetivas e subjetivas que estão definidas no direito positivo em favor da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Aduz que são normas constitucionais, pois se tratam de direitos que nascem e se fundamentam no princípio da soberania popular, além de serem direitos caracterizados pela historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

Deve-se destacar, também, a classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, que são variáveis, de jurista para jurista, quanto ao número dessas gerações e também quanto à terminologia utilizada.

Ingo Wolfgang Sarlet discorda da terminologia “gerações”, optando pelo termo “dimensões”, pois acredita que o termo “gerações” pode ensejar a falsa impressão

²¹³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 490-491.

de substituição gradativa de uma geração por outra²¹⁴. Entretanto, Paulo Bonavides afirma que, embora o termo “dimensões” possa substituir com vantagem lógica o termo “gerações”, caso seja adotada somente uma sucessão cronológica no sentido de caducidade das gerações anteriores, não é o que ocorre, dando-se justamente o contrário, pois os direitos das gerações anteriores permanecem após a constitucionalização da geração posterior.²¹⁵

Mesmo não sendo a divisão aceita pela maioria doutrinária no que se refere à quarta e quinta gerações, cabe destacar, com relação a divisão das gerações dos direitos fundamentais, o importante posicionamento de Paulo Bonavides que dispõe acerca do tema.

O jurista estabelece os direitos fundamentais de primeira geração como os direitos da liberdade (direitos civis e políticos); os direitos de segunda geração são como os direitos relativos à igualdade (direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos); os direitos de terceira geração como os direitos da fraternidade, sendo aqueles referentes ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade; os direitos de quarta geração como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo; já o direito de quinta geração é o direito à paz, que é trasladado da terceira para a quinta geração.²¹⁶

Mesmo havendo discordância acerca da classificação das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, parece existir certo consenso quanto à primeira dimensão ser composta pelos direitos de liberdade – direitos civis, políticos e de propriedade – e dos direitos fundamentais de segunda dimensão como os direitos relativos à igualdade substancial, aí incluídos os direitos sociais.²¹⁷ No presente estudo o enfoque será somente nessas duas dimensões de direitos, principalmente na segunda.

Os direitos de primeira geração – direitos de liberdade – foram os primeiros a constar na normativa constitucional, correspondendo sob o ponto de vista histórico à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. Esses direitos têm como titular o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado e traduzidos como faculdades ou atributos da

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 45.

²¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 586.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 574-609.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 574-609.

pessoa, ostentando uma subjetividade que é seu traço mais característico.²¹⁸ Ainda, pode-se dizer que se tratam de direitos que: “valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual”.²¹⁹

Já os direitos de segunda geração dominam o século XX da mesma forma que os direitos da primeira geração dominaram o século passado. Tratam-se dos direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, que foram introduzidos no constitucionalismo das diferentes formas de Estado social, advindos da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Tais direitos tem relação intrínseca com o princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois tal princípio é a razão dos referidos direitos.²²⁰

Os direitos fundamentais sociais começaram a despontar já no século XIX, através de grandes movimentos reivindicatórios que geraram o reconhecimento progressivo de direitos. Surgiram em parte, devido aos graves problemas sociais e econômicos que seguiram a Revolução Industrial, juntamente com o surgimento das doutrinas socialistas. Restou claro que a mera formalização da liberdade e da igualdade em textos jurídicos, mesmo que de cunho constitucional, não eram capazes de gerar a garantia de sua fruição, portanto, passou-se a atribuir ao Estado o dever de um comportamento ativo na efetivação da justiça social,²²¹ o que pode ser demonstrado através da expressão: “não se cuida mais, portanto, de liberdade do, e, perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.²²²

Antes de serem inseridos nas constituições, os direitos de segunda geração foram estudados nas esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico. Estiveram presentes nas Constituições marxistas e também no constitucionalismo da social-democracia, principalmente a de Weimar. Após dominaram totalmente as Constituições do segundo pós-guerra.²²³

²¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 577-578.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 578.

²²⁰ *Ibid.*, p. 578.

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47.

²²² *Ibid.*, p. 47.

²²³ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 578.

Assim, antes dos direitos fundamentais sociais serem positivados em número significativo no período pós Segunda Guerra, bem como serem objeto de pactos internacionais, já haviam sido contemplados de forma “embrionária” e isolada nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, bem como na Constituição do Brasil de 1824 e na Constituição Alemã de 1849.²²⁴

Com relação às constituições brasileiras, as Cartas de 1824 e 1891 se trataram de Constituições Liberais. A Constituição de 1934 e seguintes, exceto a de 1937, podem ser classificadas como Constituições Sociais. A Carta Constitucional de 1967 coloca alguns preceitos de cunho social no título da ordem econômica e social, entretanto não menciona de forma explícita os direitos sociais propriamente ditos.²²⁵

A Constituição de 1988 consolida a extensão de titularidade de direitos, trazendo novos sujeitos de direitos e o aumento da quantidade de bens mercedores de tutela, através da ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais, a Constituição de 1988 expande os direitos sociais e os consolida como direitos fundamentais.²²⁶

Os direitos sociais são assegurados pelo Preâmbulo da Constituição de 1988. São estabelecidos pelo seu art. 6º, sendo eles a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Há ainda o Título VIII, da CRFB que trata especificamente “Da Ordem Social”, bem como diversos dispositivos que remetem aos direitos sociais, como, por exemplo, a Ordem Econômica, que tem por fim “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Sendo assim, o direito à licença-maternidade, por estar previsto no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, art. 7º, inciso XVIII, da CRFB, trata-se de direito fundamental social com previsão constitucional.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1988 é a primeira que inclui como direitos fundamentais os direitos sociais, tendo em vista que estes, nas Constituições anteriores estavam “pulverizados” no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Assim, a previsão constitucional é clara ao afirmar que direitos sociais são direitos

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47.

²²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 491-492.

²²⁶ *Ibid.*, p. 491-492.

fundamentais, o que torna inaceitável separar os valores liberdade, que são os direitos civis e políticos, dos valores da igualdade - direitos sociais, econômicos e culturais.²²⁷ Assim, pode-se afirmar, nas palavras de Flávia Piovesan, que: “a Constituição de 1988 acolhe a concepção contemporânea de cidadania no que diz respeito à indivisibilidade dos direitos humanos”.²²⁸

Dessa forma, obedecendo aos princípios fundamentais do Título I, da Constituição, deve-se interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea. Os direitos sociais tem uma garantia tão elevada e reforçada, que se pode afirmar legítima a sua inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60, pois os direitos sociais devem ser interpretados de forma que se reconheça “o mesmo quadro de proteção e garantia aberto pelo constituinte em favor do conteúdo material do § 4º do art. 60, ao qual eles pertencem pela universalidade mesma da expressão direitos e garantias individuais”.²²⁹

Em se tratando da titularidade dos direitos fundamentais sociais, destaca Ingo Wolfgang Sarlet que, tanto na condição de direitos humanos, como na de direitos fundamentais, os direitos sociais surgiram e foram incorporados, em primeiro lugar “à pessoa humana individualmente considerada”, sendo a pessoa seu titular por excelência. Entretanto, a tese de que os direitos sociais não são considerados direitos coletivos, mas referidos à pessoa individual, não deve afastar uma dimensão coletiva dos direitos sociais ou ainda a circunstância de que tais direitos podem também ser coletivos e, em algumas circunstâncias, difusos.²³⁰

Com a introdução dos direitos sociais básicos, não se pode explicar que os direitos fundamentais mudaram, mas sim que “se enriqueceram de uma dimensão nova e adicional”.²³¹ A igualdade não chegou para tomar o lugar da liberdade, pois esta sem aquela é valor vulnerável. O que ocorreu foi “a passagem da liberdade jurídica para a

²²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 499.

²²⁸ *Ibid.*, p. 499.

²²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 676-677.

²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 215-217.

²³¹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 387.

liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática”.²³² Nesse sentido, pode-se afirmar que:

Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade. A igualdade é, desde logo, a igualdade formal “igualdade jurídica”, “igualdade liberal” estritamente postulada pelo constitucionalismo liberal: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Por isso se considera que esta igualdade é um pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria liberdade individual.²³³

O princípio da igualdade passou a traduzir de alguma forma a essência do Estado social, que não pode ser concebido sem essa primazia. Passou-se da igualdade jurídica do liberalismo para se tornar a igualdade material da nova forma de Estado. O princípio da igualdade saiu das esferas abstratas vinculadas à doutrina do Estado social, passando a ter em seu conceito o fator ideológico e considerações de natureza axiológica. Sendo assim, ideologia e valores passam a integrar o conceito da igualdade.²³⁴

Mesmo diante da divisão dos direitos em gerações ou dimensões, este estudo adota a ideia de que os direitos fundamentais não podem ser divididos entre diferentes categorias quanto à sua aplicação, efetividade e validade, a não ser quanto à sua classificação histórica e de abrangência, pois todos os direitos estão interligados e são interdependentes, defendendo-se, aqui, a universalização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido é o posicionamento de Flávia Piovesan, que dispõe acerca dos direitos humanos na Declaração de 1948, afirmando que esta, ao conjugar os valores da liberdade e da igualdade, demarcou a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual: “os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível”.²³⁵

A jurista acima mencionada aduz, ainda, que a classificação dos direitos humanos em gerações adota o entendimento de que uma geração não substitui a outra, mas há uma interação entre as duas. Portanto, afasta-se a ideia da sucessão de direitos,

²³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 387.

²³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 426.

²³⁴ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 384-385.

²³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

acolhendo-se a ideia de que há, na realidade uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, sendo todos esses direitos complementares e em constante dinâmica de interação. Assim, afirma Flavia Piovesan que: “apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade”.²³⁶

Ainda, nesse sentido é a posição de Víctor Abramovich e Christian Curtis, que inclusive questionam se é possível fazer qualquer diferenciação entre os direitos, se há sentido na distinção, tendo em vista que a diferença entre os direitos civis e sociais não pode ter como fundamento argumentos de ordem deontológica, nem sobre a presença ou ausência de características como a exigibilidade judicial. Colocam sua opinião no sentido de que a distinção somente é útil na medida em que reflita a operação dos paradigmas ou matrizes político-ideológicas, bem como para situar, em um contexto histórico, a forma em que foram conceituados e positivados os diversos direitos.²³⁷

Os referidos juristas aduzem que, de acordo com essa linha de raciocínio somente se poderia falar de direitos com algum sentido quando houvesse uma norma que impusesse obrigações negativas ou abstenções, ao passo que, quando se trata de direitos a partir do estabelecimento de obrigações positivas, resultaria em conceitualmente impossível ou materialmente inviável. Afirmam, então, que esta é uma visão tendenciosa e “naturalista”, do funcionamento do aparato estatal que coincide com a posição do Estado mínimo, que garante exclusivamente a justiça, seguridade e defesa.²³⁸

O presente estudo adota os posicionamentos acima expostos de Flávia Piovesa e Víctor Abramovich e Christian Curtis, considerando que os direitos fundamentais devem ser entendidos como um todo indivisível, interdependentes e complementares.

Para que isso seja possível, dentre outras coisas é importante a caracterização dos direitos fundamentais como direitos subjetivos e objetivos.

²³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

²³⁷ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 47-48.

²³⁸ *Ibid.*, p. 21-23.

Acerca do surgimento do componente objetivo, que complementa o elemento subjetivo desses direitos, dispõe Cristiane Derani: “Os direitos fundamentais não são mais passíveis de serem compreendidos pelo mero dualismo entre Estado e indivíduo. Eles recebem o caráter de princípios constituidores (formadores, criadores) da ordem social como um todo”.²³⁹ Nesse sentido:

[...] importa salientar aquele que é talvez o aspecto mais significativo da influência do factor democrático, porque modifica o próprio sentido dos direitos fundamentais – ao lado de uma dimensão subjetiva, tendo agora a reconhecer-lhes uma dimensão objectiva. Até aqui, os direitos fundamentais eram posições do indivíduo perante e contra o Estado, destinados a salvaguardar esferas privadas de autonomia, que correspondiam, afinal, no seu conjunto, à autonomia liberal da própria sociedade em face do Estado. Porém, ao valorizar-se um certo sistema de organização da vida política e de legitimação do poder, os direitos fundamentais, e, em particular, a igualdade de todos no uso e fruição desses direitos, passa a estar intimamente ligados à forma de governo. A democracia torna-se, nesse contexto, numa condição e numa garantia dos direitos fundamentais e, em geral, da própria liberdade do homem.²⁴⁰

Pode-se afirmar, então, que os direitos fundamentais devem ser vistos tanto de sua perspectiva subjetiva quanto da objetiva.

Paulo Bonavides, ao dispor que os direitos fundamentais possuem, além da esfera subjetiva, uma esfera objetiva, afirma que, em razão do advento dos direitos sociais, percebeu-se que, tão importante quanto salvaguardar os indivíduos é a proteção das instituições, o que trouxe o surgimento das garantias institucionais. As garantias institucionais tem grande importância, pois revalorizaram os direitos de liberdade transitando de uma concepção de subjetividade para uma de objetividade.²⁴¹

Assim, se na primeira geração dos direitos fundamentais eram estabelecidas essencialmente as garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração esses direitos começaram a compreender também os critérios objetivos de valores e os princípios básicos da Constituição, projetando-lhe a unidade e promovendo a harmonia fundamental de suas regras.²⁴²

²³⁹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 208.

²⁴⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 54.

²⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores 2014, p. 579-582.

²⁴² *Ibid.*, p. 582.

Diante disso, necessária uma breve consideração acerca das garantias, que não podem ser confundidas com os direitos, pois a garantia é meio de defesa que se coloca diante do direito.²⁴³

José Joaquim Gomes Canotilho, afirma que: “as garantias traduziam-se quer no direito do cidadão a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade [...]”²⁴⁴

Assim, pode-se afirmar que as garantias constitucionais podem ser tanto da própria Constituição, em uma acepção lata; como garantias dos direitos subjetivos que vem expressos ou que são outorgados pela Constituição - remédios jurisdicionais eficazes para a garantia desses direitos (acepção estrita).²⁴⁵ Pode-se concluir, então, que:

Sem as garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou poderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas. [...] De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos.²⁴⁶

Voltando à dupla perspectiva dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que a constatação da dupla perspectiva (que considera os direitos tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos da comunidade) constitui, sem qualquer questionamento, uma das mais importantes formulações do direito constitucional contemporâneo, principalmente no que tange à matéria dos direitos fundamentais.²⁴⁷

Para uma melhor compreensão das dimensões mencionadas, importante a conceituação desses elementos. Gilmar Ferreira Mendes afirma que a dimensão objetiva corresponde à: “característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejam uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 538.

²⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 396.

²⁴⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 545.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 544.

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 141.

vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas".²⁴⁸ O mesmo jurista apresenta a dimensão objetiva dos direitos fundamentais da seguinte forma:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.²⁴⁹

A dimensão objetiva faz com que o direito fundamental não seja considerado somente da perspectiva individualidade, mas que o bem tutelado, seja também visto como um valor em si mesmo, que deve ser preservado e fomentado.²⁵⁰

José Carlos Vieira de Andrade explica a necessidade da dimensão jurídica objetiva dos direitos fundamentais de forma muito clara:

Mau grado a sua posição central e nuclear na estruturação jurídica da matéria, o <direito> (isto é, a posição jurídica subjetiva) fundamental não explica todas as consequências jurídicas resultantes da consagração de direitos fundamentais, ou seja, não abarca toda a relevância jurídica dos preceitos constitucionais atinentes a esta matéria. É precisamente a esses restantes feitos, a essa <mais-valia> jurídica que se pode dar o nome de dimensão objectiva em sentido funcional. Nesse contexto, devem considerar-se os efeitos associados aos diversos tipos de garantias (institucionais, funcionais, organizativas e procedimentais), que ampliam as relações jurídicas demarcadas pelos direitos subjectivos dos particulares, seja por directa determinação dos preceitos constitucionais, seja por <irradiação> normativa sobre toda a ordem jurídica.²⁵¹

Assim, a concepção de objetividade e de valores relativos aos direitos fundamentais fez com que os princípios da liberdade e da igualdade tomassem novo sentido, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme, para assumir uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado.²⁵²

²⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 167.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 167.

²⁵¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 138.

²⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 583.

José Carlos Vieira de Andrade destaca outro papel importante do Estado, afirmando a vinculação de todos os poderes públicos (do legislador e dos magistrados) aos preceitos constitucionais que tratam dos direitos fundamentais, ressaltando os deveres de proteção desses direitos por parte do Estado perante terceiros. Afirma ainda que a vinculação dos poderes estaduais não ficam limitadas somente ao dever principal de abstenção ou proteção ou garantia, mas também implica o dever de promoção e proteção de quaisquer ameaças, para que sua efetividade seja assegurada.²⁵³

Assim, a descoberta, ou redescoberta, da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais indica, antes de tudo, que estes direitos, além de sua caracterização como direitos subjetivos, permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, assumindo um papel de alta importância na construção de um sistema eficaz e racional para a efetivação dos direitos fundamentais, independentemente de sua a possibilidade de subjetivação.²⁵⁴

Portanto, os direitos fundamentais devem ser vistos de maneira universal, independente de qual a geração em que está classificado, pois todos os direitos fundamentais são inter-relacionados. Além disso, devem ser analisados através de sua dupla perspectiva, subjetiva e objetiva, bem como da proteção desses direitos pelo Estado perante as relações entre particulares.

3.3. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Antes de dominarem por inteiro as Constituições do período após a Segunda Guerra, os direitos sociais passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em razão da sua própria natureza de: “direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”.²⁵⁵

Com o questionamento de sua juridicidade nesta fase, eles passaram à chamada esfera programática, tendo em vista não conterem para sua concretização aquelas garantias que eram ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos

²⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 142.

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 151.

²⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 578-579.

direitos da liberdade. Diante disso, passaram por uma crise de observância e execução, que foram solucionadas pela formulação do preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de recentes Constituições, inclusive a do Brasil.²⁵⁶

Sendo assim, os direitos de segunda geração tendem a se tornarem tão justificáveis quanto os da primeira, não cabendo mais o descumprimento ou recusa de eficácia baseando-se na argumentação arrimada no caráter programático da norma.²⁵⁷ Sendo que: “é puramente ideológico e sem nenhuma base jurídica o entendimento de que a ausência de lei definidora obsta à identificação do conceito à invocação do correlato direito”.²⁵⁸ Os direitos sociais são perfeitamente exigíveis, independente de norma regulamentadora.

Dada a sua complexa estrutura, não existe direito econômico, social ou cultural que não apresente ao menos alguma característica ou faceta que permita a sua exigibilidade judicial em caso de violação.²⁵⁹

Tanto os direitos sociais como os civis e políticos demandam prestações positivas e negativas do Estado, podendo-se afirmar como “equivocada e simplista” a visão segundo a qual os direitos sociais estariam restritos à prestações positivas, e os direitos civis e políticos, por sua vez, demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. Para que se assegurem os direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, por exemplo, pode-se indagar qual o custo do aparato de segurança, para que sejam assegurados tais direitos. Assim, pode-se observar que também os direitos civis e políticos requerem políticas públicas direcionadas para sua implementação, o que demanda custos.²⁶⁰

Os direitos sociais são direitos fundamentais que não possuem qualquer diferenciação quanto à sua aplicabilidade em relação aos direitos civis e políticos, sendo, portanto, direitos fundamentais de aplicabilidade imediata. Assim, para que seja eficaz a norma constitucional, e, conseqüentemente, o direito fundamental, devem ser

²⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 579.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 579.

²⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 57.

²⁵⁹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 47.

²⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 175.

criados pressupostos de consciência social, com base na “crença inabalável nos mandamentos constitucionais”.²⁶¹

Portanto, os direitos sociais devem ser tratados da mesma forma que os direitos individuais, quanto à sua aplicabilidade e efetividade, nesse sentido é o posicionamento de Víctor Abramovich e Christian Curtis, que afirmam que os direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam justamente por envolver um aspecto amplo de obrigações estatais, sendo assim inverídico que as possibilidades de exigibilidade desses direitos sejam escassas, pois cada tipo de obrigação oferece um leque de ações possíveis, que vão desde a denúncia do descumprimento de obrigações negativas, por meio de diversas formas de execução de obrigações positivas e negativas, para alcançar a exigência de cumprimento de obrigações positivas não cumpridas.²⁶²

Assim, os direitos sociais não podem ser resumidos somente a prestações positivas do Estado, enquanto os direitos individuais são tidos apenas por abstenções. Este estudo adota a ideia de que, conforme já foi afirmado nos tópicos anteriores, os direitos fundamentais são universais, sendo que os direitos sociais tem a sua eficácia imediata da mesma forma que os direitos civis.

Isso pode ser confirmado pelo fato de que a Constituição brasileira de 1988 ao afirmar no § 1º, do art. 5º, em que garante que as normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, garantiu essa aplicabilidade aos direitos fundamentais em geral, não restringindo tal previsão somente aos direitos individuais.²⁶³

Flávia Piovesan dispõe que se deve afastar a interpretação restritiva de que o princípio da aplicabilidade imediata incida somente no art. 5º, da CRFB, afirmando que: “o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais há de se expandir por todo o texto constitucional”.²⁶⁴

Para uma melhor compreensão do que propõe este trabalho, importante delimitar o significado dos termos efetividade, eficácia e aplicabilidade. A seguir algumas considerações acerca dos termos “aplicabilidade” e “eficácia”:

²⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 632.

²⁶² ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 36.

²⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.

²⁶⁴ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 90.

[...] a categoria da eficácia está relacionada seja ao enfoque jurídico – eficácia jurídica – seja ao enfoque social – eficácia social. A eficácia jurídica identifica-se com a capacidade de produção de efeitos normativos no âmbito da ordem jurídica, ou seja, designa a qualidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos. Compreendida sob o prisma sociológico, a eficácia social, diversamente da eficácia jurídica, corresponde à ideia da norma estar sendo efetivamente observada e respeitada no mundo dos fatos. Por fim, se a eficácia jurídica esta relacionada com a potencialidade normativa e a eficácia social está relacionada com o cumprimento efetivo da norma no mundo fático, o conceito de aplicabilidade identifica-se com o conceito de eficácia jurídica. A aplicabilidade corresponde à noção de realizabilidade normativa, ou executoriedade das diferentes normas em vigor. Isto é, a aplicabilidade está relacionada com a possibilidade de aplicação da norma.²⁶⁵ (Destques nossos)

Assim, pode-se afirmar que a eficácia se divide em eficácia jurídica e eficácia social, e que a aplicabilidade se relaciona com a eficácia jurídica, enquanto a eficácia social está interligada ao cumprimento efetivo da norma, ou seja, com a sua efetividade. Neste estudo se adota a definição de efetividade trazida por Luís Roberto Barroso:

Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.²⁶⁶

Assim, pode-se afirmar que: “uma norma eficaz é sempre aplicável, mas poderá não ser aplicada, portanto, poderá não alcançar eficácia social ou efetividade”.²⁶⁷

O que não pode ser deixado de lado é o fato de que o problema da eficácia do direito abrange a eficácia jurídica juntamente com a eficácia social, sendo que as duas constituem aspectos diversos do mesmo fenômeno, tendo em vista que uma diz respeito ao mundo do dever ser e a outra do mundo do ser, mas estão intimamente ligados, pois ambos os aspectos servem e são indispensáveis à realização integral do

²⁶⁵ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 51.

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 300.

²⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 238.

direito.²⁶⁸ Portanto: “uma norma jurídica há de ser revestida de eficácia social e eficácia jurídica”.²⁶⁹

Luís Roberto Barroso faz uma análise histórica do estudo da eficácia jurídica das normas, afirmando que as conclusões foram no sentido de que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, em maior ou menor intensidade. Afirma também que a doutrina não deu atenção a um problema diverso e vital, o de constatar se os efeitos potenciais da norma “efetivamente se produzem”. Aduz ainda que: “o Direito existe para realizar-se e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto de interesse e de estudo”.²⁷⁰

Tendo em vista que: “o direito existe para realizar-se”²⁷¹, e que o objeto de estudo neste caso não diz respeito à aplicabilidade da norma, suas classificações e funções no mundo jurídico, sendo o objeto dessa dissertação a efetividade da norma, a sua eficácia social, não nos deteremos em classificar ou elencar as possibilidades de aplicabilidade da normas ou sua eficácia jurídica, limitando apenas a algumas considerações acerca da importância da efetividades da norma, mais especificamente à licença-maternidade.

A interpretação e a aplicação da constituição deve se dar com a compreensão não somente do seu texto, mas também da realidade. A hermenêutica constitucional não pode ser exclusivamente do texto formal. Se for suspensa a interpretação em sentido formal, substituindo-se por uma concepção realista, a Constituição será entendida como “manifestação de uma estrutura político-social concreta” escapando do plano do dever-ser, e passando a expressar “o ser político do Estado”.²⁷²

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 240.

²⁶⁹ ROMANO, Sylvia. **A morte da Justiça do Trabalho: Comissões de conciliação**. Campinas: Minelli, 2002, p. 123.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 297.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 84.

²⁷² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 163.

Assim: “a *dignidade da pessoa humana* apenas restará plenamente assegurada se e enquanto viabilizado o acesso de todos não apenas às chamadas *liberdades formais*, mas, sobretudo, às *liberdades reais*”.²⁷³

Muito importante é assegurar e interpretar a norma constitucional para que, além da preocupação da eficácia jurídica, sejam esses direitos essenciais aplicados na prática, para que sejam usufruídos por seus destinatários.

Mesmo que existam diversas classificações e teorias acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais, mais especificamente os direitos sociais, baseadas na forma como a norma é classificada, este estudo adota o preceito de que todas as normas de direitos fundamentais sociais tem garantia de efetividade.

Há, por exemplo, a classificação de José Afonso da Silva, posição que este estudo não adota, mas que é de grande relevância doutrinária e deve ser citada. O jurista defende que mesmo não havendo norma constitucional destituída de eficácia, pois todas irradiam efeitos jurídicos, algumas normas não se manifestam na plenitude de seus efeitos enquanto não for emitida norma jurídica ou complementar para sua execução.²⁷⁴ O referido jurista classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e de eficácia limitada, que se divide em outros dois tipos: declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; e declaratórias de princípio programático.²⁷⁵

Mesmo diante de tão respeitado posicionamento, citando-se por conta de sua enorme importância na doutrina pátria, bem como das demais divisões doutrinárias classificatórias quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, este estudo adota a posição de Abramovich e Courtis,²⁷⁶ já apresentada acima, de que todos os direitos fundamentais sociais são exigíveis de alguma forma.

A exigibilidade e acionabilidade dos direitos sociais não serão estudadas de maneira mais profunda nesta dissertação, tendo em vista que o enfoque aqui apresentado é do papel da empresa, como parte da sociedade, na aplicação dos direitos

²⁷³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 195.

²⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 81-82.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 82.

²⁷⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 47.

fundamentais sociais, e, para esse objetivo, bastam as afirmações de exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e sua vinculação ao Estado e aos particulares. Aqui o enfoque maior é a efetivação prática dos direitos fundamentais sociais, os seus efeitos na sociedade, e como isso pode ser possível através de ações empresariais.

No caso deste estudo, pode-se afirmar que o direito fundamental social da licença-maternidade extensivo ao responsável legal pela criança não possui legislação prevendo a sua aplicação, mas pode ser aplicado através de uma análise conjunta dos artigos constitucionais de proteção à maternidade, à infância, juntamente com a análise dos objetivos da licença-maternidade e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que, independente de norma ulterior, a partir das normas constitucionais “já são invocáveis direitos muito mais amplos e sólidos do que se supõe habitualmente”, pois, o fato estarem sendo subutilizados pelos interessados ou sendo desconhecidos pelo Poder Público, não implica no fato de que estes direitos existem e estão disponíveis. Essa situação serve apenas para incentivar os estudiosos do Direito a persistirem neste tema e a buscarem o reconhecimento efetivo destes direitos em juízo, até que haja a consolidação de uma consciência nacional que determine a positividade fática destes direitos, ao menos quando levados à apreciação do judiciário.²⁷⁷

A partir dessa análise, pode-se afirmar que “a disceptação entre normas de eficácia plena, contida ou limitada não é instrumento operativo para isolar os distintos teores de consistência da posição jurídica dos cidadãos ante as normas constitucionais”.²⁷⁸

Nesse sentido é o posicionamento de Cristiane Derani:

A simples vigência da norma não é o bastante para o sucesso do direito. A atividade de implementação e realização do texto, transforma o verbo em ato, é o que completa a ordem jurídica. Isto não é diferente para os direitos fundamentais: o que vale para o todo também se aplica à parte. Os dispositivos referentes aos direitos fundamentais precisam ganhar efetividade. A discussão sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais constitucionalmente apresentados não pode ser resolvida na absurda

²⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 16-17.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 19.

subversão, pela qual a eficácia de preceitos constitucionais é vinculada a prescrições de leis ordinárias.²⁷⁹ (Destaques nossos)

Sendo assim, a ausência de previsão legal não deve frustrar a efetividade dos direitos sociais, que podem ser perfeitamente exigíveis, independente de qualquer norma regulamentadora, com base em sua própria previsão constitucional ou mesmo através da interpretação dos princípios e das normas constitucionais, como no caso do presente estudo, em que a combinação de direitos constitucionais, de responsabilidade do Estado da sociedade e da família em assegurar com absoluta prioridade os direitos da criança, juntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, tornam perfeitamente possível a extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, em casos em que esteja na mesma situação fática dos detentores legais deste direito.

As normas jurídicas são determinações, não apenas conselhos, opinamentos ou sugestões. A característica do direito é ser disciplina obrigatória de condutas, pela sua imposição e exigência, sendo que, mesmo quando a norma permite uma conduta, no lugar de exigir, juntamente com essa permissão há um comando obrigatório e coercitivamente assegurável de que nenhum terceiro possa obstar o comportamento facultado. Assim: “o regramento constitucional é, acima de tudo, o conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos”.²⁸⁰

Portanto, “para a realização de uma sociedade democrática não basta ter consagrados em sua constituição os direitos fundamentais necessários à realização da ordem democrática, eles precisam ser efetivados na prática”.²⁸¹

Acerca da importância da Constituição e a imposição dos preceitos nela assegurados, destaca-se o seguinte:

A Constituição, não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.²⁸² (Destaques nossos)

²⁷⁹ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 215.

²⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 12.

²⁸¹ DERANI, *op. cit.*, p. 215.

²⁸² MELLO, *op. cit.*, p. 11.

Nesse sentido é a extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança. Se for feita uma análise do texto constitucional como um todo, onde são garantidos os direitos prioritários das crianças (art. 227, da CRFB), da proteção da família (art. 226, da CRFB) e dos objetivos da licença-maternidade (art. 7º, XVIII, da CRFB), bem como os princípios da dignidade (art. 1º, III, da CRFB) e do princípio da igualdade que vem no preâmbulo da Constituição, a extensão ao responsável legal pela criança mostra-se perfeitamente possível.

A forma mais eficiente de tornar os direitos, tanto individuais como sociais, inoperantes na prática é quando aqueles investidos com o poder constituinte, que são os representantes do povo, traçam tais direitos em termos vagos, genéricos, fluídos ou dependentes de normatização infraconstitucional.²⁸³ Assim:

Este modo de regular acaba tirando com uma das mãos o que foi dado com a outra. Termina por frustrar o que se proclamou enfaticamente. Cumpre, em última instância, uma função escamoteadora, tenha ou não esta intenção adrede concebida. Porém, tal resultado ocorre menos porque os preceitos em causa sejam juridicamente débeis, inoperantes de direito, e muito mais por uma inadequada compreensão da força jurídica que lhes é própria. Daí a conveniência de dissipar a errônea inteligência predominante acerca da eficácia ou aplicabilidade destas disposições.²⁸⁴

Portanto, o que se deve levar em consideração é que todos os direitos fundamentais podem ser efetivados, aplicados na prática, para que tenham os efeitos esperados para a sociedade, pois: “sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...]”²⁸⁵

O que se deve buscar é a aplicação da norma de acordo com a realidade fática apresentada, pois, de nada adianta a aplicação da norma de acordo com seu texto formal, se a situação fática demanda aplicação diversa, extensiva a outra situação similar, que atende prontamente o objetivo da normativa, como no caso da extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança. Portanto:

²⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 10.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 10.

²⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 676.

A aplicação do Direito - e este ato supõe interpretação - não é mera dedução dele, mas, sim, processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos. Da mesma forma, a ordem jurídica, no seu evoluir em coerência com as necessidades reais, embora haja de respeitar a Constituição, não se resume a uma mera dedução dela. A Constituição é um dinamismo. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao Direito - e à constituição.²⁸⁶ (Destaques nossos)

Assim a compreensão errônea da norma e sua redação à simples conceito lógico-hipotético, ou somente a um texto imperativo: “levantam de forma aguda a questão sobre o modo apropriado da relação entre direito e realidade, exatamente no que diz respeito ao momento da concretização do direito”.²⁸⁷ Como no caso da licença-maternidade não se pode restringir somente a sua aplicação aos casos previstos na lei, o que deve ser feita é uma análise dos seus objetivos, de acordo com os anseios sociais, e consequentemente realizar a aplicação extensiva ao responsável legal pela criança, que se encontre na mesma situação fática daqueles que são destinatários legais deste direito.

A norma deve ser avaliada, segundo Cristiane Derani, com "corpo e alma", o que rejeita a concepção e o tratamento da norma jurídica como algo assentado em si mesmo, que tem como pressuposto a separação entre norma e fatos. Afirmando que: “norma e fato são elementos constitutivos, indispensáveis ao estudo do direito”.²⁸⁸

O direito deve seguir a sociedade, deve ser interpretado segundo os anseios sociais. De que adiantam as normas postas, se não servem para promover os objetivos a que se propõe? De que adiantam as previsões constitucionais de proteção das crianças com absoluta prioridade, se, muitas vezes essas crianças são impedidas dessa proteção por simples ausência de previsão legal? Como se pode negar a extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança que está na mesma situação fática do destinatário da norma, ignorando os princípios constitucionais mais importantes da igualdade e da dignidade da pessoa humana?

Não é concebível que os princípios constitucionais não sejam observados pelo legislador, pelo judiciário ou mesmo pela sociedade, pois “a facticidade da norma

²⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 46.

²⁸⁷ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 14.

não está simplesmente no preenchimento de seus pressupostos formais. Toda norma tem uma razão concreta a que deve sua existência”.²⁸⁹

Nesse sentido o disposto por Cristiane Derani:

Esta base de interdependência do direito contribui para desmistificar o trancamento do direito, apresentando uma compreensão da norma jurídica voltada às manifestações de uma sociedade temporal e espacialmente definida, o que aliás é exigido de toda teoria que se pretende social. Abandona-se, portanto, o hábito de reduzir o direito a um conjunto de normas, exilado e condenado à solidão de um texto sem vida, pois lhe falta a humanidade só concedida com a presença do homem, sujeito participante de uma sociedade, formador, respeitador e modificador da norma. E é nesta complexidade dinâmica que se torna possível identificar em sua inteireza a escolha operada pela ordem jurídica para a manutenção da ordem social.²⁹⁰

Portanto, para que a norma acompanhe os anseios sociais, esta deve estar de acordo com o que é demandado pela sociedade no momento histórico em que se encontra. No caso da licença-maternidade, esse direito deve ser efetivado segundo seus objetivos, sem qualquer vinculação à modelos familiares tradicionais que já não representam mais a sociedade atual em sua totalidade.

Não deve, a aplicação do direito, limitar-se ao que está escrito na norma, pois esta “não é um objeto inerte, modifica-se e ajusta-se pela correlação de forças que imperam durante a sua utilização (concretização)”²⁹¹, pelo contrário, a interpretação e implementação das normas devem ser feitas de acordo com os seus objetivos, de acordo com o espírito da normativa, que somente pode ser traduzido por uma análise completa dos anseios sociais.

3.4. O PAPEL DO ESTADO NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme foi demonstrado neste capítulo, os direitos fundamentais sociais possuem meios de ter sua efetividade garantida, através da interpretação constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como pelo fato de se tratar de direito de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, da CRFB, independente de normas infraconstitucionais posteriores.

Outro ponto muito importante a ser tratado é a vinculação dos direitos fundamentais ao Estado (que será tratado de forma breve neste tópico) e à sociedade

²⁸⁹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 199.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 14.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 21.

(que será tratado no próximo capítulo). Sobre este assunto, necessárias algumas considerações.

Enquanto a Constituição do Estado Liberal era tida por “antigoverno e anti-Estado”, a do Estado Social coloca a sociedade reconciliada com o Estado, exigindo a sua intervenção em domínios fundamentais. Por essa razão: “em sua dinâmica, a Constituição Social não se apresenta como um instrumento jurídico de conformação do *status quo*, mas surge como um instrumento de direção e transformação social, bem como instrumento de implementação de políticas públicas”.²⁹² Pode-se afirmar que o sistema constitucional de 1988 possui delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social.²⁹³

O Estado de Direito Social, o Estado de Direito e de Justiça Social ou ainda o Estado Democrático de Direito, como prefere o constituinte originário (art. 1º, caput, da Constituição), surge, então, com o escopo de consolidar o modelo protetivo dos trabalhadores e regular a atividade econômica para evitar o império de posições dominantes abusivas, sendo certo que o controle de mercados por empresa ou grupo de empresas é o caminho mais rápido para o desrespeito da liberdade de concorrência.

Conseqüentemente, a questão social e o *capitalismo* de grupo foram responsáveis pela revisão dos conceitos de abstencionismo estatal que até então predominavam, fazendo com que o Estado passasse a assumir obrigações positivas, comissivas, consubstanciadas nos direitos sociais.²⁹⁴

Originalmente os direitos fundamentais são concebidos como direitos do cidadão em face do Estado, assim, considerando que os direitos fundamentais são “*prima facie* direitos contra o Estado”, pode-se concluir que todos os Poderes, bem como todos os exercentes de funções públicas estão “diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias fundamentais”.²⁹⁵

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que, mesmo que nossa constituição não tenha previsto expressamente a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, pois a Constituição de 1988 limitou-se a proclamar, em seu art. 5º, § 1º, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, essa omissão não significa que os

²⁹² PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 29.

²⁹³ *Ibid.*, p. 41.

²⁹⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 147.

²⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

poderes públicos, assim como os particulares, não estejam vinculados pelos direitos fundamentais.²⁹⁶ Continua afirmando que:

Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF,) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.²⁹⁷

Assim: “a exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata traduz a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais”.²⁹⁸

O Estado é um “objeto cultural” criado pelo homem, e por essa razão estará sempre à sua disposição para atender as necessidades reputadas essenciais. Entretanto, as necessidades humanas não são estáticas, ao contrário, evoluem juntamente com a história, que na verdade é a própria evolução do homem, sendo que essas necessidades ficam vinculadas à cultura de um povo em determinada época.²⁹⁹

Portanto: “não é, conseqüentemente, o Estado um fim em si mesmo; existe e somente subsiste se puder responder à demanda dos indivíduos por melhores condições de existência.”³⁰⁰

Tendo em vista que a Constituição de 1988 instituiu o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, através do art. 5º, § 1º, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, é inadmissível a inércia do Estado quanto à concretização desses direitos, tendo em vista que a omissão estatal viola a ordem constitucional, em razão da exigência de ação para que seja garantido um direito fundamental.³⁰¹

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 374.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 374.

²⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

²⁹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 136-137.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 139.

³⁰¹ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 38.

Sendo assim, resta claro que os direitos fundamentais obrigam a todos os Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário, em todas as suas esferas (federal, estadual e municipal).³⁰²

Nesse sentido: “o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais investe os Poderes Públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos”.³⁰³

Pode-se afirmar, então, que: “cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental”.³⁰⁴ Tanto dos direitos fundamentais civis, quanto dos direitos sociais, tendo em vista a sua indivisibilidade. Assim:

Instalado um pleito com sede nos artigos da Lei Maior, pleito em que se questionem as disponibilidades e a capacidade do Estado de ministrar prestações de ordem material com que concretizar direitos sociais, não pode a autoridade judicante, tanto quanto a executiva ou legislativa, exonerar-se – debaixo daquele pretexto e alegativa – da obrigação constitucional de fazer valer a observância das regras e princípios de proteção a semelhantes direitos estampados na Lei Suprema.³⁰⁵

Os direitos fundamentais vinculam o legislador que sofre limitação material de sua liberdade de conformação em sua atividade regulamentadora e concretizadora. A lei não pode definir de forma independente da Constituição o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual deve exclusivamente ser extraído das próprias normas constitucionais que os consagram.³⁰⁶

O Legislativo pode promover leis que efetivem os direitos fundamentais sociais, além de incentivar através da legislação o cumprimento desses preceitos, como por exemplo, através de legislação extrafiscal, que induz uma conduta positiva em troca de incentivos fiscais, como no caso do Programa Empresa Cidadã, onde há o incentivo

³⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

³⁰³ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas:** Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 92.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 89.

³⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 679.

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 375-376.

da extensão da licença-maternidade por mais 60 dias sem qualquer custo ao empregador.

No âmbito da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, há também o problema da inconstitucionalidade por omissão, que decorre de uma inércia total ou parcial do legislador em face de uma imposição mais ou menos concreta, podendo ser uma finalidade ou programa que esteja contido nas normas constitucionais.³⁰⁷

O Judiciário pode e deve aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação, tendo em vista que o art. 5º, § 1º, da CRFB, autoriza que os operadores do direito, mesmo diante da falta de comando legislativo, concretizem os direitos fundamentais pela via interpretativa. Assim, o judiciário pode dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se esta não estiver de acordo com o sentido constitucional.³⁰⁸

Além disso, o executivo também se vincula aos direitos fundamentais, sendo que os órgãos administrativos devem executar somente as leis conforme a constituição, além de guiarem suas decisões através dos parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição de 1988, principalmente no caso de interpretação e aplicação de conceitos abertos e cláusulas gerais, bem como no exercício da atividade discricionária.³⁰⁹

Cabe destacar, também, outra importante função que se atribui aos direitos fundamentais que é a obrigação do Estado, de reconhecimento dos deveres de proteção, vinculado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, cabendo a este zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões vindas de particulares e também de outros Estados.³¹⁰

³⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 376.

³⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.

³⁰⁹ SARLET, *op. cit.*, p. 378.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 248-149.

Além dos poderes estatais, também a sociedade deve obediência aos direitos fundamentais.³¹¹ Ao tratar dos direitos sociais, Paulo Bonavides afirma que: “tais direitos, por derradeiro, concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da Sociedade”.³¹²

Especificamente, com relação ao objeto de estudo aqui proposto, pode-se observar uma vinculação, tanto do Estado quanto da sociedade em assegurar a extensão do direito da licença-maternidade ao responsável legal, pela análise dos objetivos desse direito e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, juntamente com o art. 227, da CRFB, que obriga a família, o Estado e a sociedade na proteção dos direitos das crianças, com absoluta prioridade.

Mesmo diante de inúmeras formas de promoção e aplicação dos direitos sociais pelo Estado, o foco deste estudo é o papel da empresa nessa efetivação, que será tratado no próximo capítulo.

³¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 12.

³¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 675.

4. UMA NOVA REALIDADE ECONÔMICA E SOCIAL PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL SUSTENTÁVEL ATRAVÉS DA EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO RESPONSÁVEL LEGAL PELA CRIANÇA

Como já foi demonstrado nos capítulos anteriores, a licença-maternidade se trata de um direito fundamental social, que possui eficácia imediata, vinculando tanto o Estado como a sociedade. Além disso, ficou comprovado que, mais importante que a aplicabilidade (eficácia jurídica), é a efetividade (eficácia social) deste direito, que tem como objetivos, em primeiro lugar os cuidados com a criança recém-nascida ou adotada, que deve ter sua dignidade assegurada, e em segundo lugar a proteção da maternidade em sentido amplo, que engloba a proteção de toda a família.

Tendo em vista a grande importância do direito à licença-maternidade, pois corresponde à convivência familiar nos primeiros meses de vida da criança, ou nos primeiros meses em um novo lar, e sua interação com a família; além do papel que o estado tem de garantia desse direito, é muito importante que toda a sociedade contribua para a sua efetivação.

Nesse sentido, a empresa, como parte da sociedade e, muitas vezes, como órgão mais influente na comunidade do que o próprio Estado, é responsável pela efetividade dos direitos fundamentais sociais, e, neste caso, especificamente pela extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, quando em situação fática idêntica à do destinatário legal do direito, conforme será demonstrado no tópico referente às formas de efetividade dos direitos sociais pelas empresas.

A seguir será apresentada uma análise dos principais pontos que servirão de justificativa para essa atividade social da empresa, de cumpridora das normas fundamentais da Constituição.

Em primeiro lugar será demonstrado que a Ordem Econômica não busca apenas ao lucro, devendo respeitar os princípios e fundamentos constitucionais. Após, serão apresentadas três justificativas para que a empresa promova os direitos fundamentais sociais previstos constitucionalmente – através da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, do exercício da função social da empresa, e do exercício da atividade empresarial sustentável, todos fundamentados na vinculação da empresa, como membro da sociedade em promover os direitos fundamentais sociais.

Deve-se destacar que a empresa, assim como o Estado, possui vinculação aos direitos fundamentais constitucionais, sendo também responsável pelo seu

cumprimento. Especificamente no caso deste estudo, há uma vinculação expressa da empresa no cumprimento do direito à licença-maternidade, se for feita uma análise conjunta de algumas normativas constitucionais.

Pois bem, o art. 227, da CRFB, dispõe que, tanto a família, quanto o Estado e a sociedade tem o dever assegurar os direitos das crianças com “absoluta prioridade”, dentre esses direitos elencados estão a dignidade e a convivência familiar, que fazem parte dos objetivos da licença-maternidade, já que a criança só tem sua dignidade assegurada se receber todos os cuidados de que precisa nos primeiros meses de vida ou nos primeiros meses em um novo lar.

Assim, como o principal objetivo da licença-maternidade é a prestação de cuidados da criança, sendo a criança o real destinatário do direito à licença, todos aqueles que tem o dever de zelar pelos seus direitos, devem garantir que estes sejam assegurados nos primeiros meses de vida ou no novo lar, que corresponde ao período em que a criança mais precisa de cuidados.

Sendo assim, há previsão expressa da vinculação das empresas no dever de garantia dos direitos das crianças, sendo o direito à licença-maternidade uma forma dessa garantia ser exercida.

Portanto, mesmo quando a criança não esta inserida em uma família que é destinatária legal da licença-maternidade, ela deve ter seus direitos assegurados com absoluta prioridade, e as empresas podem ser os agentes responsáveis pela efetivação desses direitos prioritários e fundamentais, pois o seu caráter prioritário, implica no fato de que deve ser observado com preferência até mesmo ao direito à livre iniciativa.

4.1.OS FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

A Ordem Econômica, deve restar claro, não regula apenas a atividade econômica baseada na livre iniciativa, mas obedece aos fundamentos e princípios estabelecidos no art. 170, da CRFB, bem como os demais valores e princípios constitucionais. Portanto, a empresa não pode buscar apenas o lucro, sem qualquer preocupação social, mas sim regular-se de acordo com os preceitos constitucionalmente impostos.

Pode-se conceituar a ordem econômica como: “o plexo normativo, de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico”.³¹³

No período subsequente ao predomínio das ideias liberais, quando foram constatadas as graves desigualdades que decorreram da consolidação do Estado ausenteísta, a humanidade se voltou para a consecução de um mínimo em termos de garantias materiais de existência dos indivíduos, havendo inegável fortalecimento da intervenção do Estado no domínio econômico.³¹⁴

A ordem econômica passou a ter dimensão jurídica a partir do momento em que foi disciplinada sistematicamente pelas constituições, o que se deu inicialmente com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira constituição a consignar seus princípios e normas foi a de 1934, influenciada pela Constituição alemã de Weimar.³¹⁵

Entretanto, a Constituição brasileira de 1946, através do disposto no seu art. 145, foi a primeira a trazer referência expressa sobre a valorização do trabalho, afirmando que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça social e conciliar a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.³¹⁶

No mesmo sentido foi o disposto pela Constituição de 1967, que afirmou que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, trazendo dentre os seus princípios a valorização do trabalho como condição da dignidade humana.³¹⁷

Através da Carta de 1988 há uma redefinição do Estado brasileiro e dos direitos fundamentais. Podendo-se afirmar que o sistema constitucional de 1988 traz os delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social, não sendo apenas um de direito formal, mas sim um “Estado de Bem-Estar Social intervencionista e planejador”, com o desafio de implementar uma ordem jurídica característica dos Estados intervencionistas em um cenário onde esta presente a globalização econômica e

³¹³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 135.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 135.

³¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 798.

³¹⁶ SILVA NETO, *op. cit.*, p. 95.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 95.

políticas neoliberais.³¹⁸ Conforme disposto por Eros Roberto Grau, a Constituição do Brasil de 1988, define um modelo econômico de bem-estar.³¹⁹

Se o Estado brasileiro concebido em 1988 é uma sociedade que preserva a livre iniciativa, mas que protege as garantias sociais, o Direito Econômico não pode ficar alheio à realidade, devendo estar presentes os desígnios da política econômica centrados na consecução dos direitos sociais.³²⁰

Jose Afonso da Silva explica o fato da ordem econômica ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa da seguinte forma:

Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica da prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).³²¹

Eros Roberto Grau concorda com José Afonso da Silva ao afirmar que a interação das cláusulas principiológicas da valorização do trabalho humano e do valor social do trabalho com os outros princípios constitucionais, traduzem a prevalência dos valores do trabalho na ordem econômica.³²²

Assim, o fato da ordem econômica na Constituição de 1988 optar pelo sistema capitalista, não implica em contradição com o modelo de Estado promotor do bem-estar social, pois este modelo não se confunde com o Estado socialista e com o regime da propriedade coletiva dos meios de produção, apenas caracteriza um modelo de Estado concretizador de direitos a prestações positivas.³²³

Portanto, pode-se afirmar que o Estado brasileiro atual adotou o modelo capitalista, porém com características sociais e prevalência desses valores sociais em

³¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 508.

³¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 46.

³²⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 130.

³²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 800.

³²² GRAU, *op. cit.*, p. 197.

³²³ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 493.

relação aos preceitos capitalistas, visto que, baseado no modelo de bem-estar-social, com seu alicerce no princípio da dignidade da pessoa humana.

A expressão “ordem econômica” foi trazida para o uso no campo jurídico a partir da metade deste século. Sendo que a ordem econômica do capitalismo foi rompida, pois este se transforma e adquire novo caráter, o social.³²⁴ Portanto, o direito econômico deve ser tratado com uma dupla dimensão: “garantidor da iniciativa econômica privada e implementador do bem-estar social”.³²⁵

Quando se fala sobre os direitos econômicos, muito importante certificar-se acerca da ideologia constitucionalmente adotada, para que, assim, seja possível uma interpretação das normas constitucionais econômicas com relação ao plexo normativo posto na Constituição. No caso do Brasil, a ligação do valor social do trabalho à livre iniciativa determina a opção pela democracia social, ideologia adotada pelo constituinte de 1988,³²⁶ assim:

É esta ideologia assentada sobre os princípios anteditos que conduz ao remate de a atividade econômica no Brasil estar submetida à *regulação* e não à *regência*. A primeira indica a fixação de diretrizes e acompanhamento de sua execução pelo Estado; a segunda impõe total comando dos destinos da economia ao órgão estatal, deixando pouca ou nenhuma liberdade de opção aos indivíduos.³²⁷

Diante da globalização econômica e políticas neoliberais, há a gradativa redefinição do papel do Estado, que transita de agente interventor para regulador da ordem econômica, em razão dos sucessivos processos de privatização, o que “tem esvaziado e mitigado a força normativa da Carta de 1988, em particular no que tange aos direitos sociais”.³²⁸

A ordem econômica deve seguir os princípios e fundamentos do art. 170, da CRFB, bem como todos os princípios fundamentais constitucionais, sendo a dignidade da pessoa humana o seu verdadeiro norte. Nesse sentido Cristiane Derani afirma que, através da análise dos princípios do art. 170, da Constituição de 1988, deve-se depreender que: “o princípio da dignidade humana é a essência, a razão das normas da

³²⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64.

³²⁵ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 46.

³²⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 96-97.

³²⁷ *Ibid.*, p. 96-97.

³²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 494-495.

ordem econômica, entendendo-se este princípio como aquilo que a inspira e a conduz”.³²⁹

Acerca da importância e necessidade de observância do art. 170, da CRFB, destaca-se o assinalado por Eros Roberto Grau:

O Direito não descreve situações ou fatos senão para a eles atribuir consequências jurídicas. Por isso o texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica *está* fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e *tem* por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela *deve* estar - vale dizer, *tem de necessariamente estar* - fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, e *deve ter* - vale dizer, *tem de necessariamente ter* - por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Eros Roberto Grau continua afirmando que:

A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de qualquer prática econômica (*mundo do ser*) incompatível com a valorização do trabalho e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, *institucionalmente inconstitucional*.³³⁰

Assim, a liberdade de iniciativa somente se legitima quando estiver voltada à efetiva consecução dos fundamentos, fins e valores da ordem econômica.³³¹ Sendo claro que a livre iniciativa está vinculada necessariamente à valorização do trabalho humano e à existência digna.

Nesse sentido é o disposto por Eros Roberto Grau, que afirma que entre os fundamentos da República, entre outros, estão o valor social do trabalho e o valor da livre iniciativa, bem como, que estes mesmos preceitos são fundamentos da ordem econômica, entendida como o mundo do ser. O jurista traz importante entendimento, de que a livre iniciativa não pode ser reduzida “à feição que assume como liberdade econômica, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção)”, pois ela é tratada no ordenamento jurídico quanto ao que expressa de socialmente valioso, sendo também por essa razão que não pode ser tida tão somente

³²⁹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 242.

³³⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 193.

³³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 826-827.

como uma afirmação do capitalismo. Conclui afirmando que: “livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho”.³³²

Portanto, pode-se afirmar que os fundamentos da ordem econômica na valorização do trabalho humano e livre iniciativa, não se configuram apenas como uma regra (comando para o legislador e diretriz para o executivo na produção da política socioeconômica, ou para os empregados), mas também como uma fonte de direito subjetivo para o trabalhador, pois qualquer ato que desrespeite a valorização do trabalho será inconstitucional e estará transgredindo um direito de todos dos indivíduos atingidos, sendo que, para anular o ato não é necessário se fundar em nenhuma norma, a não ser o próprio art. 170, da CRFB,³³³ pois a “Carta Constitucional não pode valer menos que uma lei, que um regulamento ou uma portaria do Ministério do Trabalho”,³³⁴ sendo que:

Se o texto constitucional proclama que “a valorização do trabalho é fundamento da ordem econômica”, isto significa que erigiu esta noção em princípio, vale dizer, em cânone mais forte que uma simples regra – pelo que ele é invocável como supedâneo imediato de uma pretensão jurídica.[...] É puramente ideológica – e não científica – a suposição de que este preceito necessitaria de ulteriores especificações para embasar oposição a atos descompassados com tal mandamento.³³⁵

Assim, se o art. 3º, I, da CRFB, estabelece que são objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, não está autorizado o Poder Público a fomentar política econômica que não esteja de acordo com esses objetivos, pois não lhe cabe a eleição de outros objetivos, diferentes daqueles escolhidos pelo constituinte originário,³³⁶ menos ainda à empresa, cabe o direito de agir de maneira diversa do estipulado constitucionalmente.

Acerca da subordinação da iniciativa privada ao princípio da função social, José Afonso da Silva salienta:

[...] a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação

³³² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 210.

³³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 36-37.

³³⁴ *Ibid.*, p. 37.

³³⁵ *Ibid.*, p. 37.

³³⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 97-98.

empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica.³³⁷

Portanto, a ordem econômica deve respeitar, necessariamente, os seus fundamentos, finalidade e princípios, para que esteja de acordo com os ditames constitucionais. Além de observar todos os demais valores e princípios da Constituição.

Tendo em vista que a ordem econômica tem como fundamentos a livre iniciativa e a promoção e a valorização do trabalho humano, sendo este mais importante que aquele, bem como pelo fato de sua finalidade ser a garantia da existência digna, somados ao disposto no art. 227, da CRFB, que assegura com absoluta prioridade os direitos das crianças, afirmando que a sociedade tem o dever de assegurá-los; pode-se concluir que a empresa, como membro da sociedade, deve promover a extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, para que sejam observados os direitos aqui expostos.

Fica evidente, pela análise dos preceitos constitucionais acima elencados, bem como dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, além dos demais valores sociais da Constituição de 1988, juntamente com a análise dos objetivos da licença maternidade (que tem como principal destinatário a criança), que é dever da empresa, com absoluta prioridade, a garantia da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, mesmo que este não seja o destinatário legal do direito.

Essa extensão, concedida pela empresa, pode ser realizada através do pagamento dos valores correspondentes, com posterior ressarcimento caso o empregado consiga a concessão judicial posterior, bem como pela ajuda com disponibilização de informações, de recursos ou de serviços jurídicos, por exemplo, que muitas vezes o empregado não tem acesso.

Mesmo que haja qualquer gasto para a empresa, não se pode ter isso como justificativa para a omissão em ajudar, pois a própria constituição deixa claro, conforme demonstrado acima, que o direito das crianças deve ser assegurado com absoluta prioridade, pois é um dever da sociedade. Sendo a empresa, muitas vezes mais influente

³³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 816.

que o próprio Estado na vida e no cotidiano das pessoas, reforça-se mais ainda esse dever.

Outro argumento que não pode ser aceito é de que haveria um retrocesso no direito à licença maternidade com o pagamento dos valores pelo empregador, tendo em vista que tal encargo deve ser do órgão previdenciário. Entretanto, isso não pode ser afirmado, já que o direito das crianças de terem os cuidados e a dignidade assegurados supera qualquer outro direito ou preceito, pois, nos termos da própria constituição estes direitos devem ser assegurados com “absoluta prioridade”. Portanto, como o Estado, através do legislativo, não assegurou esse direito, cabe a empresa, corresponsável, garantir a sua efetividade, baseada nos preceitos legais aqui expostos, bem como nos demais argumentos que serão elencados a seguir.

4.2. FORMAS DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PELAS EMPRESAS

Diante da análise da ordem econômica trazida pela Constituição de 1988, que é fundada tanto na livre iniciativa quanto nos valores do trabalho humano, sendo este fundamento que se sobrepõe àquele, pois sem a valorização do trabalho humano a livre iniciativa não se justifica; destacando-se também a finalidade da ordem econômica de assegurar a todos a existência digna; pode-se afirmar que a vinculação das empresas aos direitos fundamentais vai além da simples obrigação que todos da sociedade têm perante esses direitos, pois a ordem econômica, que regula a atividade empresarial vincula diretamente esta à valorização do trabalho humano e coloca como sua finalidade assegurar a todos a existência digna.

Sendo assim, a atividade empresarial, para que atenda aos preceitos constitucionais, deve garantir em primeiro lugar a finalidade da ordem econômica, que é assegurar a todos a existência digna. No caso concreto, além da vinculação da empresa aos direitos fundamentais, há também, como já exposto, a vinculação direta e expressa em assegurar os direitos da criança, que é o principal destinatário da licença-maternidade.

Portanto, a atividade empresarial, sob nenhuma hipótese, deve estar voltada somente à procura do lucro pessoal, à satisfação individual do empresário. Para que a empresa esteja de acordo com os ditames constitucionais, esta deve assegurar a todos a existência digna, e, no presente caso, defende-se a ideia de que uma forma de assegurar

esse direito é através da extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, mesmo sem previsão para tanto.

Tal extensão ocorre quando cumprida e eficácia social da norma, através de atos da empresa, que possibilitem a efetividade do direito à licença-maternidade ao responsável legal pela criança, obedecendo aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e o objetivo da licença-maternidade, assegurando, então, os direitos prioritários das crianças, ou seja, cumprindo a finalidade da ordem econômica.

A empresa, assim como o Estado, está diretamente vinculada aos direitos fundamentais sociais, fazendo parte daqueles que promovem a sua efetividade, para a garantia desses direitos. Nesse sentido:

Os direitos fundamentais exerciam preponderantemente funções limitativas (o exercício da liberdade individual só limitado pelo exercício da liberdade de outro). **Hoje, seu maior papel está em ações constitutivas operadas tanto pelo Estado como pelos agentes privados.** Esta compreensão nova e inovadora dos direitos fundamentais está pautada numa premissa essencial, a de que as liberdades individuais são indissociáveis das liberdades sociais ou coletivas³³⁸. (Destaques nossos)

Diante do fato de que, muitas vezes, o Estado resta inerte quanto à efetividade dos direitos fundamentais, a empresa deve, como corresponsável pela eficácia social desses direitos, tomar as medidas necessárias para sua efetivação.

Além da não aplicação dos direitos fundamentais pelo Estado, na realidade atual, existem fatores externos que contribuem para a não aplicação dos direitos fundamentais sociais, que são o neoliberalismo e a globalização. É da própria sociedade, onde atuam esses fatores novos, que partem ameaças que se poderão tornar letais à liberdade enquanto direito fundamental, pois a moderna e complexa sociedade de massas, como Sociedade pós-industrial, há muito tem feito crescer esse risco.³³⁹

Diante desse cenário, onde as grandes empresas acabam ultrapassando fronteiras e influenciando a vida de milhares de pessoas, muitas vezes de cidades ou regiões inteiras, é que se mostra tão importante o seu papel na concretização dos direitos fundamentais, pois estas, como parte da sociedade também tem o dever de observância

³³⁸ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 208.

³³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 631.

desses direitos, que são deixados de lado muitas vezes para gerar lucros e vantagens pessoais, quando na realidade deveriam em parte retornar para a sociedade.

Necessário destacar a responsabilidade social empresarial, especialmente das empresas multinacionais, tendo em vista que estas constituem nas grandes beneficiárias do processo de globalização. Basta citar que das 100 maiores economias mundiais, 51 são empresas multinacionais e 49 são Estados nacionais. Assim, faz-se necessário encorajar empresas a adotarem códigos de direitos humanos nas relações de comércio; demandar sanções comerciais às empresas que violarem direitos sociais; entre outras medidas.³⁴⁰ Nesse sentido:

À medida que se desenvolvem essas tendências, as empresas - sobretudo as grandes corporações - tornam-se cada vez mais ricas e poderosas. Quando se classificam em termos de produto interno bruto (ou seja, o valor dos bens e serviços produzidos) as cem maiores entidades econômicas do mundo, apenas sessenta e três são países - as outras trinta e sete são empresas multinacionais. A venda conjunta das duzentas maiores empresas do mundo é maior do que a produção total de todos os países do mundo, com exceção dos dez mais ricos. Trata-se de enorme concentração de riqueza e poder - não em mãos de presidentes e de parlamentos, mas sob o controle de CEOs e de Conselhos de Administração.³⁴¹

O cenário de profundo colapso financeiro internacional demanda a reinvenção do papel do Estado, a maior responsabilidade dos mercados e uma nova arquitetura financeira internacional, sendo fundamental que o setor privado, principalmente as corporações transnacionais, ampliem sua responsabilidade na promoção dos direitos humanos, com respeito aos direitos trabalhistas e a outros direitos diretamente impactados por suas atividades, através de uma responsabilidade ética.³⁴² Pois, ao mesmo tempo que nosso mundo se torna mais complexo e interconectado, os governos de muitos países, sob diversos aspectos (prático, filosófico e político) se eximem de algumas de suas responsabilidades sociais tradicionalmente a eles atribuídas. O que ocorre como uma consequência do triunfo do capitalismo laissez-faire e do colapso do socialismo em toda Europa, na Ásia e em grande parte do mundo em desenvolvimento, que se deu nos últimos quinze anos.³⁴³ Nesse sentido:

³⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 218.

³⁴¹ SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental**. Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 61.

³⁴² PIOVESAN, *op. cit.*, p. 218.

³⁴³ SAVITZ, *op. cit.*, p. 61.

Em parcela considerável do mundo desenvolvido, a regulamentação dos negócios pelos governos está em declínio. Ansiosos por oferecer um clima atraente para as empresas, muitos países estão desregulamentando setores, privatizando empresas estatais, reduzindo as restrições ao comércio, abrindo suas fronteiras, adotando padrões regionais ou globais, em vez de locais ou nacionais e afastando-se dos modelos tradicionais de comando e controle da regulamentação, em favor de mecanismos de livre mercado ou de acordos negociados entre os setores públicos e privado.³⁴⁴

Diante disso, pode-se afirmar que as empresas e os executivos possuem um papel dominante na economia moderna. Entretanto, fala-se disso com cautela ou simplesmente não se fala, sendo preferível a referência leniente do mercado, para que não se conceda autoridade definitiva às empresas.³⁴⁵ Porém, mesmo não havendo qualquer referência expressa nesse sentido, pode-se afirmar que:

Examinada de forma séria, a propalada divisão entre os setores público e privado não faz sentido. Não é realidade, é retórica. Uma parte grande, vital e cada vez maior do que é chamado de setor público está, para todos efeitos práticos, no setor privado.³⁴⁶

Ao fazer uma análise dessa problemática nos Estados Unidos, destacando-se que tal não ocorre somente lá, mas em boa parte do mundo, John Kenneth Galbraith, afirma que há algum tempo a ostensiva intrusão do setor privado no chamado setor público se tornou lugar-comum. Aduz que os administradores que tem autoridade total sobre as grandes empresas modernas, estenderam sua influência para a política e o governo. Antes, havia a influência do capitalismo sobre o público, agora essa influência é dos administradores das empresas, que possuem alianças com os governantes do país e ocupam importantes cargos públicos.³⁴⁷

Importante observar que a mudança do poder do setor público para o setor privado, significa que a sociedade em geral irá recorrer às empresas buscando ajuda para resolver problemas sociais, ambientais e econômicos, que no passado eram

³⁴⁴ SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental.** Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 61.

³⁴⁵ GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para nosso tempo.** Tradução de Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 25.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 52.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 54.

considerados território exclusivo dos governos, sendo que nem mesmo as empresas de pequeno e médio porte estarão imunes.³⁴⁸

Para isso, as empresas, ao invés de atender os próprios interesses, como dispõe John Kenneth Galbraith (“à medida que o interesse da empresa se transforma em poder sobre o que era o setor público, ele atende, como seria de prever, ao interesse da própria empresa”)³⁴⁹, o que as empresas devem fazer é tomar as rédeas no sentido de efetivar os direitos fundamentais da sociedade, cumprindo o seu papel social e agindo de maneira sustentável, pois:

Na nova concepção de empresa, esta compreende que a atividade econômica não deve orientar-se somente por uma lógica de resultados, mas também pelo significado que esta adquire na sociedade como um todo. Cada vez mais a empresa é compreendida menos como uma unidade de produção, e mais como uma organização. E, como tal, é um sistema social, formado por um conjunto de pessoas que para ela convergem para alcançar determinados fins. Nesta perspectiva, o grupo social que constitui a organização deverá ter uma liderança que deve estabelecer e firmar objetivos éticos para orientar suas atividades.³⁵⁰

Para que isso aconteça, os empresários estão se conscientizando de que a empresa não é somente uma unidade de produção e distribuição de bens e serviços para entender que devem também atender a determinadas necessidades da sociedade, atuando de acordo com uma responsabilidade social que se concretiza no respeito aos direitos humanos, na melhoria da qualidade de vida da comunidade e da sociedade mais geral, bem como na preservação do meio ambiente natural,³⁵¹ ou seja, agindo a fim de promover a atividade empresarial sustentável.

Portanto, diante da enorme importância das empresas na sociedade atual, bem como pela sua direta vinculação na efetivação dos direitos fundamentais e de todos os preceitos constitucionais, a empresa deve garantir que a efetividade da extensão da licença maternidade ao responsável legal pela criança, mesmo sem qualquer previsão legal nesse sentido.

³⁴⁸ SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental.** Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 62.

³⁴⁹ GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para nosso tempo.** Tradução de Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 73-74.

³⁵⁰ DIAS, Reinaldo. **Gestão ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 155.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 155.

A garantia do direito à licença-maternidade se justifica pela efetividade dos direitos fundamentais, e pode ser colocada em prática através de três justificativas com base nessa efetividade, que estão todas diretamente interligadas, quais sejam, o exercício da função social da empresa, o exercício da atividade empresarial sustentável e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

4.2.1. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, além de vincularem todos os poderes públicos, exercem também sua eficácia vinculante na esfera jurídico-privada, ou seja, nas relações jurídicas entre particulares.³⁵² Nesse sentido:

Os direitos fundamentais são, como as demais normas, direcionados aos indivíduos ou a organizações administrativas ou privadas. Sua validade e sua eficácia são evidenciadas na atividade social. A teoria dos direitos fundamentais procura verificar como se dá esta realização e quais os fatores indispensáveis para o desenvolvimento de políticas para sua implementação, clareando vias para a plena realização de valores sociais mais prezados positivados na Constituição Federal.³⁵³

Destaca-se que há certas diferenças entre a relação do Estado com os particulares e dos particulares entre si, pois “a relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é o contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais.”³⁵⁴ Entretanto, as duas formas estão vinculadas aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem, então, além da eficácia vertical, que disciplina eficácia desses direitos em relações do Estado e do particular; a eficácia horizontal, que corresponde à eficácia dos direitos fundamentais em relações entre particulares.

Como um ponto de partida para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é a análise do Estado liberal clássico e o Estado Social de Direito. No primeiro modelo estatal os direitos fundamentais, que eram tidos como direitos de defesa, serviam para proteger o indivíduo de ingerências dos poderes

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 382.

³⁵³ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 214.

³⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 528.

públicos na sua esfera pessoal, e pelo fato de que havia uma separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais somente tinham sentido nas relações entre indivíduos e o Estado.³⁵⁵

Já no Estado social de Direito houve uma ampliação das atividades e funções do Estado, bem como a maior participação ativa da sociedade no exercício do poder, importando em uma proteção da liberdade individual não somente contra os Poderes públicos, como também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, tendo em vista que alguns particulares detém poder social e econômico, resultando na ameaça a liberdades como, por exemplo, na esfera das relações de trabalho e da proteção dos consumidores, casos em que se manifestam tanto os deveres de proteção dos órgãos estatais e a sua vinculação às normas constitucionais, quanto a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos atores privados.³⁵⁶

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode ser tratada em duas diferentes formas, uma em relação à dois particulares que estejam na mesma condição de igualdade, e outra em uma relação em que um dos particulares esteja em posição de superioridade ao outro, como é o caso da relação de emprego, em que o empregador possui condição superior ao empregado, e no caso da relação de consumo, onde o consumidor é hipossuficiente em relação ao produtor/fornecedor.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, mesmo que em condição de tendencial igualdade, possuindo igual liberdade, tem encontrado importante fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Tal se justifica considerando o seu conteúdo em dignidade o que torna os direitos irrenunciáveis, vinculando diretamente os particulares nas relações entre si.³⁵⁷

Neste estudo, tratar-se-á somente da eficácia horizontal nas relações entre particulares, em que um dos polos possui superioridade em relação ao outro, mais especificamente nas relações de emprego.

³⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 386.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 386.

³⁵⁷ *Idem*. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 115.

Acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito da relação de emprego, Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que a promoção dos direitos fundamentais também é de responsabilidade dos particulares, principalmente quando atuam nas relações com outros particulares com supremacia de poder. O que ocorre no caso da relação empregatícia. Assegura que é necessário que a doutrina e a jurisprudência do trabalho passem a interpretar e aplicar os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores com base não somente na eficácia vertical, como também na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.³⁵⁸

Se os direitos fundamentais não tivessem que ser respeitados na relação de emprego, então não faria mais sentido falar no princípio da Supremacia da Constituição, se a vontade do particular prevalecesse sobre as normas fundamentais.³⁵⁹

Mesmo que ambas as partes da relação empregatícia sejam titulares de direitos fundamentais, formando uma rede de direitos e deveres que estão limitados e condicionados mutuamente, há uma diferença entre as partes, pois apesar de titulares de direitos fundamentais, encontram-se em situações desiguais.³⁶⁰

Na relação de emprego resta evidente a supremacia de poder do empregador em relação ao empregado, sendo que: “a assimetria das partes existentes na relação de emprego se deve ao fato de o empregador se encontrar na condição de domínio e o empregado na de subordinação”.³⁶¹ Assim:

É possível concluir que, na relação de emprego, a autonomia da vontade das partes está limitada pelos direitos constitucionalmente assegurados aos empregados (arts. 7º a 11 da CRFB /1988), pelos direitos assegurados por meio da legislação trabalhista, bem como pelas normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais (igualdade, intimidade etc.) a todos os cidadãos, inclusive empregados.³⁶²

Há um questionamento doutrinário acerca de qual eficácia é aplicada nas relações entre particulares, José Joaquim Gomes Canotilho se questiona se se trata de *eficácia imediata* ou de *eficácia mediata*, se se trata de uma eficácia traduzida no fato

³⁵⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, v. 22, n. 263, p. 58-70, maio 2011, p. 69.

³⁵⁹ RAMOS, Josiane Hybner Rodrigues; RAMOS, José Eduardo Silvério. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego. **Revista Síntese Trabalhista**, v. 24, n. 297, março 2014, p. 20.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 20.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 19.

³⁶² *Ibid.*, p. 23.

das entidades privadas respeitarem de forma direta e necessária os direitos constitucionais, eficácia direta, ou de eficácia indireta, sendo aquela produzida através da atuação dos órgãos estatais.³⁶³

No direito pátrio, por tudo o que foi exposto, pode-se observar que os direitos fundamentais tem aplicação imediata por previsão constitucional (§ 1º, do art. 5º, da CRFB), vinculando tanto o Estado como os particulares em sua aplicação. Sendo assim, como o presente estudo está voltado à efetividade desses direitos (sua eficácia social), não adentraremos ao mérito de aplicabilidade dos direitos fundamentais, afirmando-se somente acerca de sua efetividade, e sobre esta, defende-se a ideia de que deve ser exigida nas relações entre particulares, mais especificamente na relação de emprego, por conta da hipossuficiência do empregado em face da superioridade do empregador.

A aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais faz parte do exercício da atividade empresarial, visto que atende aos preceitos constitucionais que vinculam os particulares ao exercício e efetividade dos direitos fundamentais, bem como pela razão de que através dessa aplicação é que se torna possível atender aos fundamentos, finalidade e princípios da ordem econômica.

4.2.2. Exercício da função social da empresa

A função social da empresa deriva da função social da propriedade. Por essa razão, serão feitas inicialmente algumas considerações acerca desta, para, somente após, ser explicada a função social da empresa.

Diante do cenário econômico e social em que se encontra a sociedade, é necessário ficar atento às suas mudanças, para que o direito e sua interpretação possam estar em consonância com a realidade, e atender os anseios e necessidades sociais da melhor forma possível, se adequando às demandas impostas.

Nesse contexto se enquadra a propriedade privada, que ao longo da história teve diversas conotações e significados, de acordo com a sociedade e com o tempo em que estava inserida. Pode-se afirmar que: “a propriedade é um conceito variável, circunscrito na relação entre o conteúdo do direito do proprietário e a organização da sociedade”.³⁶⁴ Sendo que a essência da propriedade é seu serviço à sociedade. Enquanto

³⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1287-1288.

³⁶⁴ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

fruição privada a propriedade é justificada como meio de alcance da felicidade social, tendo em vista que o bem-estar individual deve levar também à felicidade coletiva.³⁶⁵

Neste norte, Cristiane Derani destaca que:

A propriedade é o motor de agregação e de mudança sociais. O relacionamento da sociedade com a propriedade é um testemunho da evolução histórico-cultural e da tradição de um povo. Este caráter essencial da propriedade, capaz de espelhar, pelas suas formas de manifestação, características tão profundas de um povo, deve-se sobretudo à ligação vital e inalienável que o homem tem com a terra [...]³⁶⁶

Apenas com a Revolução Francesa, em 1789, e com o confisco das terras em 1791, é que se consolidou a concepção moderna de propriedade. Dessa forma, a propriedade passou a ser caracterizada como o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e ainda de reavê-los de quem os detenha injustamente.³⁶⁷

Pode-se afirmar que: “foi com o advento das relações de produção capitalistas que se verificou a substituição do conceito da instituição da propriedade como meio pelo conceito da acumulação da propriedade fim”.³⁶⁸ Pois: “para legitimar as relações capitalistas foi preciso passar a conceber a acumulação da propriedade como um fim”.³⁶⁹ Ainda:

A transformação da terra em propriedade privada absoluta e individual foi um fenômeno da civilização européia, histórico, recente e datado, espalhado pelo colonialismo ao resto do mundo. É uma construção teórica exclusivamente que foi levada à prática como princípio de dominação de uns sobre outros, sobrevivendo à energia e vontade de majorias, inclusive a revoluções e guerras. Corresponde ao mercantilismo e ao capitalismo e sua expansão.³⁷⁰

Atualmente, o direito à propriedade encontra previsão legal no art. 5º, *caput*, da CRFB, como direito fundamental, bem como no seu inciso XXII. Mas logo no inciso seguinte (inciso XXIII), há a previsão de que: “a propriedade atenderá a sua função

³⁶⁵ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 239.

³⁶⁷ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a Função Social da Propriedade com base na Constituição Federal e Legislação Infraconstitucional. **Revista dos Tribunais**, ano 96, v. 860, p. 91-133, jun. 2007, p. 93.

³⁶⁸ MACPHERSON, C.B. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 119.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 119.

³⁷⁰ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 133.

social”. Assim: “a função social da propriedade – e, portanto, sua vinculação social – assume relevo no estabelecimento da conformação ou limitação do direito”.³⁷¹

Há ainda, a previsão da propriedade privada como princípio da ordem econômica, também seguida da disposição que prevê a função social da propriedade (art. 170, II e III, da CRFB). Portanto, resta claro que o texto constitucional condiciona a propriedade privada ao atendimento de sua função social.

O Código Civil traz também disposições acerca da propriedade em seu art. 1.228: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” E no parágrafo 1º, estabelece como deve ser exercido o direito e propriedade:

Art. 1.228. § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Porém, destaca-se que: “embora integre o conceito de propriedade a definição constante da legislação civil, é certo que a garantia constitucional da propriedade abrange não só os bens móveis ou imóveis, mas também outros valores patrimoniais”.³⁷²

É, pois, a Constituição que assegura o direito de propriedade e estabelece também o seu regime fundamental, sendo que, ao Direito Civil cabe apenas as disposições acerca das relações civis referentes ao direito de propriedade (uso, gozo e disposição dos bens, bem como a plenitude da propriedade e seu caráter exclusivo e ilimitado, dentre outros) e não a propriedade em si.³⁷³

Portanto, pode-se concluir que: “as normas de Direito Privado sobre a propriedade não que ser compreendidas de conformidade com a disciplina que a Constituição lhe impõe”.³⁷⁴

³⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 4ª ed., 2ª triagem, revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

³⁷² *Ibid.*, p. 144.

³⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 275.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 275.

Sendo assim, o direito subjetivo privado (ou civil) do proprietário particular tem como polo passivo todas as demais pessoas, a que corre o dever de respeitar o exercício das três faculdades básicas da propriedade, o uso, o gozo e a disposição.³⁷⁵

Pode-se concluir então que: “a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”.³⁷⁶

José Afonso da Silva afirma que as limitações ao direito de propriedade são os condicionamentos que atingem os caracteres tradicionais desse direito, que era tido como direito absoluto, exclusivo e perpétuo. O caráter absoluto diz respeito à liberdade do proprietário de dispor da coisa do modo como lhe aprouver; o caráter exclusivo refere-se ao direito ser imputado somente ao proprietário; já o caráter perpétuo refere-se ao fato da propriedade não cessar com a morte do proprietário, pois esta passa aos seus sucessores. As limitações a essas características são as restrições – que limitam o caráter absoluto; as servidões e outras formas de utilização da propriedade alheia – que limitam o caráter exclusivo; e a desapropriação – que limita o caráter perpétuo.³⁷⁷

O sentido subjetivo da propriedade privada sucumbiu diante dos interesses coletivos ao ser apresentada a função social como princípio constitucional e o respeito à dignidade da pessoa humana.³⁷⁸ Assim:

A propriedade atenderá a sua função social. Diz o art. 5º, XXIII, para a propriedade em geral (CC, art. 1.228, § 1º). Essa disposição bastava para que toda forma de propriedade fosse intrinsecamente permeada daquele princípio constitucional, mas a Constituição não se limitou a isso. Reafirmou a instituição da propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III), relativizando, assim, seu significado, como vimos. Além disso, inscreveu o princípio da função social da propriedade, com conteúdo definido em relação às propriedades urbana e rural, com sanções para o caso de não ser observado (arts. 182, 184 e 186).³⁷⁹

Destaca-se, ainda, o posicionamento de Eros Roberto Grau, que afirma existir uma diferença entre a propriedade dotada de função social e de função

³⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 275.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 284.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 281-282.

³⁷⁸ OLIVEIRA, Eloete Camilli. **A Função Social da Empresa. Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 204.

³⁷⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 283-284.

individual. Esta última, presente no inciso XXII do art. 50, da Constituição de 1988, só tem a função social imputada como limitadora se houver algum abuso. Porém, no caso da propriedade com função social, que vem descrita no inciso III, do art. 170, da Constituição de 1988, diz respeito diretamente à Ordem Econômica, à propriedade privada dos bens de produção, que é subordinada à justiça social e tem como finalidade assegurar a todos a existência digna.³⁸⁰

Para esclarecer os conceitos postos nesse posicionamento, primeiro serão dispostos alguns comentários acerca da função social da propriedade de maneira geral, para, somente após, serem prestados esclarecimentos sobre a propriedade dos bens de produção.

Assim, fundamentos diferentes justificam a propriedade dotada de função individual e a de função social. A primeira encontra justificativa na garantia do indivíduo prover a sua subsistência e de sua família, sendo por isso que se justifica a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito de herança. Já a propriedade dotada de função social se justifica pelos seus fins, seus serviços, sua função.³⁸¹ Sendo assim, pressuposto indispensável é a afirmação de que: “o que legitima a propriedade é o exercício de sua *função social*”.³⁸²

De acordo com todo o exposto no capítulo anterior deste estudo, pode-se afirmar que, por se tratar, a função social da propriedade, de direito fundamental: “a norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais”.³⁸³

José Afonso da Silva aduz que a propriedade tem seu fundamento na Constituição, e diante das previsões de garantia do direito da propriedade privada, desde que atenda sua função social, afirma que não há como escapar ao sentido de que a propriedade privada somente será garantida diante do atendimento de sua função social. Continua afirmando que o conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade demonstra que esta não pode continuar sendo considerada como um direito individual

³⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 235 – 247.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 238-239.

³⁸² DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

³⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 285.

ou como instituição do direito privado, devendo ser tida somente como uma instituição da ordem econômica.³⁸⁴

Perante a análise do art. 170, da CRFB, que tem como finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, a propriedade privada tem que atender sua função social, relativizando o seu conceito e significado, ficando vinculada a essa finalidade. Mesmo estando também prevista entre as normas de direito individual, deve-se ficar assegurada a instituição, mas não mais na extensão que o individualismo reconheceu.³⁸⁵

Diante dos pressupostos da função social da propriedade, passa-se à análise da função social da empresa, que tem seu fundamento legal na função social da propriedade, mais especificamente na função social dos bens de produção. Assim, importante a seguinte definição:

Bens de produção, chamados também capital instrumental, são os que se aplicam na produção de outros bens ou rendas, como as ferramentas, máquinas, fábricas, estradas de ferro, docas, navios, matérias-primas, a terra, imóveis não destinados à moradia do proprietário mas à produção de rendas. Estes bens não são consumidos, são utilizados para a geração de outros ou de rendas.³⁸⁶

José Afonso da Silva afirma que, o regime de apropriação define a natureza do sistema econômico adotado. Caso a apropriação seja social ou pública o regime será socialista. No caso do nosso sistema, pode-se afirmar que ele é fundamentalmente o da propriedade privada dos meios de produção, revelando ser basicamente capitalista, que a vigente Constituição tenta civilizar, buscando a criação de no mínimo um capitalismo social, se tal for possível, através da estruturação de uma ordem social intensamente preocupada com a justiça social e dignidade da pessoa humana.³⁸⁷

O sistema de apropriação privada, da mesma forma que o sistema de apropriação pública ou social, tende a organizar-se em empresas, que estão sujeitas ao princípio da função social.³⁸⁸

³⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 272.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 272-273.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 825.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 825.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 825.

A grande empresa, como uma organização econômica, transcende a pessoa do empresário, impondo também suas relações com a sociedade e as relações que tem no seu interior, entre investidores, empresários e trabalhadores.³⁸⁹ Assim: “o princípio da propriedade privada envolve, evidentemente, a propriedade privada dos meios de produção”.³⁹⁰ Ao referir-se a empresa neste contexto, refere-se a ideia da empresa como “expressão dos bens de produção em dinamismo, em torno da qual se instala o relacionamento capital x trabalho e a partir da qual se desenrolam os processos econômicos privados”.³⁹¹ Portanto, “ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa”.³⁹²

Nesse sentido é que se adota a expressão função social da empresa, baseada na função social dos bens de produção. Diante disso, pode-se observar que a função social da empresa tem seu fundamento nos dispositivos constitucionais e obriga ao empresário, ou ao controlador da empresa a agir de forma a buscar sempre a sua função social.

O crescimento das empresas alteram as relações sociais e econômicas da região em que se encontram, seja com relação aos trabalhadores, seja na questão de arrecadação tributária, ou mesmo na contratação de outras empresas menores que por consequência terão o mesmo impacto social, mas em menor escala. O fato é que o equilíbrio da região fica alterado pela instalação e gerenciamento da empresa ali localizada, o que justifica o fato do proprietário dos bens de produção não ter liberdade total no exercício da atividade empresarial, pois essa reflete nas pessoas.³⁹³

Assim, é imperativo que a função social da empresa seja respeitada. Tendo como pressuposto que: “a função social da empresa importa no reconhecimento de que ela realiza atividade de interesses múltiplos[...]”.³⁹⁴

Entretanto, o fato mais relevante é de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário, ou a quem detém o poder de controle da empresa, não somente o dever de não exercê-lo em prejuízo de outrem, mas também em uma

³⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 336.

³⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 281-282.

³⁹¹ GRAU, *op. cit.*, p. 173.

³⁹² *Ibid.*, p. 238.

³⁹³ NEVES, Edson Alvisi; SILVA, Marisa Machado da; NEVES, Lorryne Fialho. Função Social da Empresa. *Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 35, p. 25-42, out-nov 2010, p. 32-33.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 40.

ação positiva, no dever de exercê-lo em benefício de outrem. O que significa que a função social da propriedade atua “como fonte da imposição de comportamentos positivos - prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* - ao detentor do poder que deflui da propriedade”.³⁹⁵

Com base nesse raciocínio é que este trabalho propõe o dever da empresa de promover a extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, para que esse tão importante direito fundamental, que está relacionado diretamente com o cumprimento dos direitos prioritários da criança, seja efetivado, com base no exercício da função social da empresa, que, cumprindo os preceitos constitucionais de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como sua direta vinculação à promoção dos direitos das crianças, e a todos os direitos fundamentais constitucionais, contribua para a eficácia social do direito da licença-maternidade.

Ainda, o exercício da função social da empresa corresponde diretamente a um dos pilares da sustentabilidade, que é o pilar social. Portanto, a função social da empresa deve ser necessariamente observada para que seja alcançada a sustentabilidade no seu desenvolvimento econômico, contribuindo para que os três pilares da sustentabilidade sejam alcançados: o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e o desenvolvimento ambiental.

4.2.3. Exercício da atividade empresarial sustentável

Tendo em vista que a empresa influencia direta e indiretamente a vida dos seus empregados e seus familiares; de outros empresários que estão na mesma cadeia produtiva e dependem das grandes empresas; bem como de toda a sociedade em seu entorno, que é influenciada direta e indiretamente por ela; a empresa deve agir de forma sustentável para que sejam atendidos os preceitos constitucionais da sociedade brasileira.

Alguns pressupostos devem ser destacados quando se trata da atividade empresarial sustentável, dentre eles o desenvolvimento econômico como forma de mensurar o desenvolvimento nacional, pois, muitas vezes, se confunde o desenvolvimento nacional com o desenvolvimento puramente econômico, esquecendo-se do desenvolvimento sustentável.

³⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 245.

A garantia do desenvolvimento nacional está prevista no art. 3º, II, da CRFB, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Entretanto, não há qualquer menção, se tal desenvolvimento é puramente econômico ou mesmo qualquer outra especificação.

Porém, através de uma visão geral da Constituição de 1988, resta evidente que o desenvolvimento proposto está longe de ser somente o desenvolvimento econômico, podendo ser interpretado como o desenvolvimento sustentável, que visa não somente o aspecto econômico, mas também o social e o ambiental, principalmente pelo fato de que o Estado brasileiro é baseado nos direitos fundamentais e principalmente guiado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Flávia Piovesan afirma que: “em sua essência, o direito ao desenvolvimento traduz o direito a um ambiente nacional e internacional que assegure aos indivíduos e aos povos o exercício de seus direitos humanos básicos, bem como de suas liberdades fundamentais”.³⁹⁶

O desenvolvimento comumente é mensurado através do Produto Interno Bruto (PIB) de um país, entretanto, tal índice está longe de representar todas as esferas de desenvolvimento de uma nação, pois nem tudo está vinculado a fatores econômicos, sendo que o resultado do PIB não corresponde à realidade de desenvolvimento da sociedade como um todo. Nesse sentido:

Insisto no fato de que o bem-estar não se resume num meio ambiente íntegro, tampouco em condições materiais. Seu conteúdo é constituído pela soma desses elementos. Portanto, deve-se concluir que o desenvolvimento sustentável verdadeiro de uma sociedade, com a presença irrevogável de uma sadia qualidade de vida, não pode ser refletido, com fidelidade, na operação matemática responsável pela representação numérica do produto interno bruto.³⁹⁷

O desenvolvimento econômico, segundo José Afonso da Silva, “tem consistido, para a cultura ocidental, na aplicação direta de toda a tecnologia gerada pelo Homem no sentido de criar formas de substituir o que é oferecido pela Natureza, com vista, no mais das vezes, à obtenção de lucro em forma de dinheiro” continua afirmando

³⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 219.

³⁹⁷ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86.

que muitas vezes se confunde ter mais ou menos dinheiro com melhor ou pior qualidade de vida.³⁹⁸

John Kennet Galbraith critica o fato dos avanços econômicos e sociais serem medidos pelo aumento da produção total de bens e serviços, o Produto Interno Bruto (PIB),³⁹⁹ afirmando que um aumento no PIB com certeza é compensador, pois dele decorrem a renda, o emprego e os produtos e serviços que sustentam a vida e valorizam o seu legítimo desfrute, porém do PIB nasce também uma das formas de fraudes mais difundidas em nossa sociedade, que diz respeito à composição do PIB, que não é determinada livremente pelo público, mas por aqueles que produzem as coisas que os compõe.⁴⁰⁰

Continua afirmando que, em grande parte, tal fato é o resultado da persuasão envolvente e talentosa do mundo econômico, inclusive de seus economistas. Sendo que o tamanho e a composição do PIB são determinados principalmente pelos produtores. O bom desempenho é medido pela produção de bens e serviços materiais, e não pelo nível de educação, literatura, artes em geral, o que determina a forma de medir hoje o sucesso econômico e, portanto, social.⁴⁰¹

Fritjof Capra afirma que a resultante integração das atividades econômicas vai além dos aspectos meramente econômicos, alcançando também o domínio cultural. Aduz que, em todo o mundo, países que são totalmente diferentes culturalmente acabam ficando cada vez mais homogeneizados pela proliferação incessante de produtos e serviços, como franquias de restaurantes, cadeias de hotéis, a mesma arquitetura de prédios, as mesmas lojas e shoppings.⁴⁰²

Tendo em vista a afirmação de que: “a otimização econômica, por um lado, nem sempre favorece uma boa qualidade de vida da população em geral e, por outro lado, pode não ser sustentável; na ótica do neoliberalismo não o é, certamente”,⁴⁰³ deve-se destacar o disposto por Cristiane Derani acerca do bem-estar:

³⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 25.

³⁹⁹ GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 31.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁰² CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas : ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 222.

⁴⁰³ SILVA, *op. cit.*, p. 28.

[...] o bem-estar não se resume num meio ambiente íntegro, tampouco em condições materiais. Seu conteúdo é construído pela soma desses elementos. Portanto, deve-se concluir que o desenvolvimento verdadeiro de uma sociedade, com a presença irrevogável de uma sadia qualidade de vida, não pode ser refletido, com fidelidade, na operação matemática responsável pela reapresentação numérica do produto interno bruto⁴⁰⁴.

Assim, resta evidente o quanto de ilusório contém o conceito de crescimento econômico, tanto com relação à política ambiental, quanto para o que é convencionalmente chamado de bem-estar, ou qualidade de vida, quando o conceito é separado de qualquer compromisso com a melhora do tratamento dos recursos naturais. Ainda, não se pode dizer que o aumento do PIB, como indicador de crescimento, signifique, por si, um aumento do padrão de vida de uma sociedade, pois sua expressão monetária não reflete necessariamente uma produção que consista na satisfação das necessidades dos integrantes da sociedade, condição básica para a realização da "sociedade do bem-estar".⁴⁰⁵

“À medida que o poder sobre a inovação, a produção e a venda de bens e serviços passou para as mãos do produtor e se afastou do consumidor, o volume dessa produção se tornou a primeira indicação de sucesso social.”⁴⁰⁶ Entretanto, medir o progresso social exclusivamente pelo aumento do PIB, ou seja, pelo volume da produção determinada pelos produtores é mais do que uma fraude, tendo em vista que cultivamos e celebramos as artes, as ciências e suas contribuições para sociedade e para os diversos valores e alegrias da vida.⁴⁰⁷

Amartya Sen considera que o desenvolvimento pode ser visto como: “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.”⁴⁰⁸ Afirma que a liberdade humana é o principal meio e o principal fim do desenvolvimento, pois o objetivo do desenvolvimento é relacionado com a avaliação das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas, sendo que as capacidades individuais são dependentes, entre outras coisas, de disposições econômicas, sociais e políticas e a inter-relação entre eles.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 87.

⁴⁰⁶ GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para nosso tempo**. Tradução de Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 30.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 32.

⁴⁰⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 71.

Diante dessas considerações, e do fato de que o desenvolvimento não deve estar somente relacionado ao crescimento econômico, mas também às condições sociais e aspirações da sociedade, adota-se neste trabalho o seguinte conceito de desenvolvimento:

Desenvolvimento econômico é garantia de um melhor nível de vida coordenada com equilíbrio na distribuição de renda e de condições de vida mais saudáveis. A medida de renda *per capita* não se mostra como o mais apropriado indicador do desenvolvimento econômico compreendido pela ordem econômica constitucional. O grau de desenvolvimento é aferido sobretudo pelas condições materiais de que dispõe uma população para o seu bem-estar.⁴¹⁰

O desenvolvimento requer que sejam removidas as principais fontes de privação de liberdade: “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.⁴¹¹

A sociedade atual está inserida em um contexto de globalização onde as grandes empresas, principalmente as empresas multinacionais possuem grande influência na comunidade, tanto local quanto global, onde o capitalismo domina a sociedade ocidental, transformando-a na sociedade de consumo, na sociedade de massas, no capitalismo global, conforme já foi destacado.

Ao tratar do capitalismo global, Fritjof Capra afirma que este: “põe em risco e destrói inúmeras comunidades locais pelo mundo inteiro; e, no exercício de uma biotecnologia mal-pensada, violou o caráter sagrado da vida e procurou transformar a diversidade em monocultura, a ecologia em engenharia e a própria vida numa mercadoria”.⁴¹²

O capitalismo global fez aumentar a pobreza e a desigualdade social não só através da transformação das relações entre o capital e o trabalho, mas também por meio do processo de "exclusão social", que é uma consequência direta da estrutura em rede da nova economia. À medida que os fluxos de capital e informação interligam redes que se espalham pelo mundo inteiro, eles ao mesmo tempo excluem dessas redes todas as populações e territórios que não tem valor nem interesse para a busca de ganhos financeiros.⁴¹³

⁴¹⁰ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 226.

⁴¹¹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

⁴¹² CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas : ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 217.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 155.

As regras econômicas do capitalismo global são promovidas e fiscalizadas pelas instituições de Bretton Woods, que foram criadas numa convenção das Nações Unidas em Bretton Woods, New Hampshire, em 1944, para proporcionar uma estrutura institucional à economia mundial coerente no pós-guerra. São três essas instituições o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a OMC.⁴¹⁴

O Banco Mundial foi originalmente criado para financiar a reconstrução da Europa no pós-guerra, e o FMI, para garantir a estabilidade do sistema financeiro internacional, porém as duas instituições passaram a realizar a promoção e imposição ao Terceiro Mundo “um modelo tacanho de desenvolvimento econômico”, que gerou diversas vezes consequências sociais e ambientais desastrosas.⁴¹⁵

Já a OMC possui o papel declarado de regulamentar o comércio, impedir as guerras comerciais e proteger os interesses das nações pobres, entretanto, na verdade a OMC implementa e impõe no mundo inteiro os mesmos princípios que o Banco Mundial e o FMI impuseram à maior parte dos países em desenvolvimento. Assim, ao invés de proteger a saúde, a segurança, os meios de vida e a cultura dos povos, as regras de livre comércio da OMC minam esses direitos humanos básicos para que seja consolidado o poder e riqueza de uma pequena elite empresarial.⁴¹⁶

As regras de livre comércio são o resultado de muitos anos de negociações a portas fechadas, que envolveram sobretudo empresas e grupos econômicos, mas excluíram as organizações não-governamentais (ONG's) que representam os interesses do meio ambiente, da justiça social, dos direitos humanos e da democracia. [...] Uma poderosa coalizão de centenas de ONG's está agora propondo todo um novo conjunto de políticas de comércio que poderia mudar profundamente o jogo financeiro global. Líderes comunitários e movimentos populares do mundo inteiro, cientistas sociais e até alguns dos mais bem-sucedidos especuladores financeiros estão começando a perceber que o capitalismo global precisa ser regulamentado e contido, que os seus fluxos financeiros precisam ser organizados de acordo com valores diferentes.⁴¹⁷

Destaca-se ainda que a forma atual do capitalismo global, além da instabilidade econômica é também insustentável dos pontos de vista ecológico e social,

⁴¹⁴ CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas : ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 222.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 222-223.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 222-223.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 223.

e por isso não é viável há longo prazo,⁴¹⁸ sendo boas as razões para que as empresas comecem a pensar no desenvolvimento com sustentabilidade; a pensar não somente no lucro pessoal através da exploração do trabalho, mas sim em uma cooperação com o trabalhador e com toda a sociedade, almejando para os empregados e a sociedade o bem estar e a qualidade de vida necessários para a existência digna.

O que pode ser feito são ações afirmativas, que coloquem em prática os direitos fundamentais, como, por exemplo, o proposto neste trabalho, efetivando a extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, através do pagamento, pelas empresas do período até que o empregado ou empregada consiga a concessão do direito através da justiça. Ou ainda por incentivos ou ajuda através de prestação de serviços de advogados, garantia do emprego e do salário, dentre tantas outras iniciativas e ações positivas.

Tendo em vista que, o direito ao desenvolvimento nacional, previsto no art. 3º, II, da CRFB, não pode ser confundido com crescimento econômico, que revela dimensão apenas quantitativa – algo que ocorre com bastante habitualidade no Brasil,⁴¹⁹ as empresas, como parte da sociedade, devem promover os princípios constitucionais através do exercício da atividade empresarial sustentável.

O mero crescimento econômico, segundo Édis Milaré, é apenas um mito generalizado, que vem sendo contido com a busca de alternativas e, dentre elas se encontra o desenvolvimento sustentável, que se baseia na conciliação entre três metas indispensáveis, quais sejam, o pleno desenvolvimento, a preservação ambiental e a melhor qualidade de vida.⁴²⁰

Procedendo dessa forma, a empresa estará cumprindo os fundamentos e princípios da ordem econômica, agindo de modo a buscar o desenvolvimento sustentável e contribuindo para a aplicação prática dos direitos fundamentais de seus empregados, e, dessa forma, fazendo a sua parte para que possamos alcançar o bem estar social.

O desenvolvimento sustentável surgiu no final da década de 1970, e tomou relevo em 1980, com o Relatório de Brundtland, também denominado “Nosso Futuro

⁴¹⁸ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas** : ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 167.

⁴¹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 98.

⁴²⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. A Gestão Ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 64.

Comum”, documento da ONU, mas a expressão foi consagrada definitivamente na ECO-92 e transformada em princípio.⁴²¹

Paulo Afonso Leme Machado afirma que se faz necessária a integração do desenvolvimento ambiental, econômico e social para que se alcance o que se passou a chamar de desenvolvimento sustentado.⁴²² O desenvolvimento sustentável, segundo Cristiane Derani, trata-se de um conjunto de instrumentos preventivos, que devem ser usados a fim de garantir o bem estar de toda a sociedade.⁴²³

Ao tratar de sustentabilidade, José Joaquim Gomes Canotilho, afirma que: “convém distinguir entre sustentabilidade em sentido restrito ou ecológico e sustentabilidade em sentido amplo”.⁴²⁴ O jurista continua, ao dispor especificamente sobre a sustentabilidade em sentido amplo (formada por três pilares: a sustentabilidade ecológica; econômica e social), que esta: “perfila-se como um ‘conceito federador’ que, progressivamente, vem definindo as condições e pressupostos jurídicos do contexto da evolução sustentável”.⁴²⁵

Este estudo adota o conceito de sustentabilidade em sentido amplo, já que o tema de aprofundamento diz respeito à responsabilidade social da empresa. Nesse sentido, destaca-se o seguinte conceito de sustentabilidade ou desenvolvimento sustentável:

Sustentabilidade, em outras palavras, tem por finalidade buscar compatibilizar o atendimento das necessidades sociais e econômicas do ser humano com a necessidade de preservação do meio ambiente. Visa-se, com essa conciliação, assegurar a manutenção de todas as formas de vida na Terra, inclusive a humana. Busca-se, por meio desse princípio, melhorar a qualidade de vida, respeitando a capacidade de suporte dos ecossistemas. Objetiva-se, com isso, a diminuição da miséria, da exclusão social e econômica, do consumismo, do desperdício e da degradação ambiental.⁴²⁶

Mesmo diante do conceito adotado nesse estudo, especificado acima, cabe destacar a opinião de José Eli da Veiga, que acredita que diante das definições discutidas atualmente, pode-se notar que há a ideia de que as sociedades industriais

⁴²¹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

⁴²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 816.

⁴²³ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 155.

⁴²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**. Portugal, v. 08, n. 13, p. 07-18, 2010, p. 09-10.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 09-10.

⁴²⁶ SIRVINSKAS, *op. cit.*, p. 141.

estão partindo para uma nova fase de sua evolução, de forma tão significativa quanto foi a passagem da ordem econômica europeia da ordem social agrária para a ordem social industrial. Destaca também que, por outro lado: “[...] as diversas definições sobre o ‘desenvolvimento sustentável’ parecem muito longe de delinear, de fato, o surgimento dessa utopia de entrada no terceiro milênio. Este é o enigma que continua à espera de um Édipo que o desvende”.⁴²⁷

Entretanto, mesmo com esse posicionamento, e concordando que os parâmetros do desenvolvimento sustentável ainda necessitam de novas elaborações e aperfeiçoamentos, destaca-se que o desenvolvimento sustentável deve se basear em três pilares, o econômico, o social e o ambiental.

Nesse sentido, Paulo Affonso Leme Machado, ao tratar da defesa do meio ambiente, assegura que este passa a fazer parte do desenvolvimento nacional, conforme os arts. 3º e 170, da CRFB, sendo que o que se pretende é um desenvolvimento ambiental, social e econômico. Assim, a junção desses três elementos passou a ser chamada de desenvolvimento sustentado. Com a integração das diversas formas de desenvolvimento, há um peso relevante com relação à gestão adequada da propriedade privada e pública, diante disso a Constituição dá uma fórmula para o uso da propriedade, que é sua função social.⁴²⁸

Dessa forma, pode-se notar a relação do desenvolvimento sustentável com a função social da propriedade, que pode ser estendida aos bens de produção e entendida como função social da empresa, como já exposto em item anterior deste trabalho. Pois a empresa ao realizar sua função social, se preocupará não somente com o seu lucro, mas também com a sociedade que a cerca e com o meio ambiente, sendo o exercício da função social da propriedade o pilar social da atividade empresarial sustentável. Assim:

Em uma arena cada vez mais complexa, fundamental é avançar na afirmação do direito ao desenvolvimento e da justiça global nos campos social, econômico e político, a compor uma nova arquitetura, capaz de responder aos desafios da agenda contemporânea, da nova dinâmica de poder no âmbito internacional e da necessária transformação das organizações internacionais, em um crescente quadro de responsabilidades compartilhadas.⁴²⁹

⁴²⁷ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 208.

⁴²⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 156-157.

⁴²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

Portanto: “se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado de sustentável.”⁴³⁰

Segundo Luís Paulo Sirvinskas do ponto de vista empresarial, sustentabilidade engloba quatro conceitos básicos: “eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social, e governança corporativa.”⁴³¹ A preocupação com esses conceitos sustentáveis passou a ter relevância quando foi criado o Índice de Sustentabilidade das Empresas (ISE), que realiza a avaliação das empresas do ponto de vista socioambiental. São empresas de capital aberto que cumprem os requisitos legais de sustentabilidade. Tal avaliação e identificação são realizadas na Bovespa e vem aumentando o número de empresas com essa consciência.⁴³²

Ainda, há que se destacar que, ao tratar das três dimensões do desenvolvimento sustentável nas empresas (econômica, social e ambiental), Reinaldo Dias dispõe que, do ponto de vista econômico, as empresas devem ser economicamente viáveis, ou seja, proporcionar um retorno do capital privado. Em relação à dimensão social, a empresa deve proporcionar melhores condições de trabalho aos seus empregados, além de contemplar a diversidade cultural da sociedade em que atua, e participar das atividades socioculturais da comunidade que vive em torno da unidade produtiva. Já do ponto de vista ambiental deve ser observada a ecoeficiência, produção limpa e condições para o desenvolvimento de uma cultura ambiental organizacional, de responsabilidade ambiental.⁴³³ Sendo esses os objetivos e metas que devem ser buscados pelas empresas na implementação do desenvolvimento sustentável.

Tendo em vista a crescente expansão do papel econômico das empresas em todo o mundo, devido à diversos fatores as empresas tem aumentado muito sua receitas e indicadores econômico-financeiros, a ponto de algumas delas possuírem receitas maiores do que o PIB de diversos países. Entretanto, não se pode afirmar que somente as empresas multinacionais tem impacto global, empresas pequenas também tem atuação econômica importante a nível local, pois tem relação próxima com a sociedade,

⁴³⁰ SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 27.

⁴³¹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

⁴³² *Ibid.*, p. 119.

⁴³³ DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental: Responsabilidade social e sustentabilidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 45.

investindo em projetos sociais, ambientais e políticos. Assim, a responsabilidade social está presente em todas as empresas, tanto multinacionais, quanto as pequenas empresas.⁴³⁴

Dessa forma, destaca-se:

[...] é inegável o poder econômico das empresas, maior do que de muitos países. Isso lhes dá um poder fenomenal em todos os níveis: local, nacional ou global. Suas decisões, além dos impactos econômicos, têm impactos sociais, ambientais e políticos, que não podem ser ignorados pela sociedade.⁴³⁵

Assim, “na qualidade de membros da comunidade humana, nosso comportamento deve manifestar um respeito pela dignidade humana e pelos direitos humanos básicos”, pois a vida humana engloba necessidades biológicas, cognitivas e sociais, o que leva à conclusão de que os direitos humanos devem ser respeitados nessas três dimensões”.⁴³⁶ Assim, se faz necessário observar a sustentabilidade como algo que diz respeito a toda a sociedade. Nesse sentido:

Para integrar o respeito aos direitos humanos com a ética das sustentabilidade ecológica, precisamos perceber que a sustentabilidade - tanto nos ecossistemas quanto na sociedade humana - não é uma propriedade individual, mas uma propriedade de toda uma teia de relacionamentos; ela envolve toda uma comunidade.⁴³⁷

Diante da certeza de que “a empresa moderna é uma força dominante na economia atual”⁴³⁸ esta deve ter, além das prerrogativas para o seu exercício, todas as responsabilidades correspondentes ao seu nível de importância. Em razão da sua grande influência, muitas vezes maior até mesmo que a do Estado, as empresas devem ter também as responsabilidades correspondentes.

Assim, tendo em vista que as empresas tem o potencial de influenciar a sociedade de modo tão eficiente, é importantíssimo que elas observem sempre a sua função social, colocando em prática os pressupostos de uma atividade empresarial

⁴³⁴ OLIVEIRA, José Antonio Puppim de. **Empresas na Sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 01-03.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 03.

⁴³⁶ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas : ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 224.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 224.

⁴³⁸ GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 25.

sustentável, buscando, além do crescimento econômico, o viés social e ambiental no exercício de suas atividades, para que, dessa forma, haja uma efetiva atividade empresarial enquadrada nos pressupostos do desenvolvimento sustentável.

Muito se fala em desenvolvimento sustentável pelas empresas, mas muitas vezes apenas medidas paliativas são tomadas. Algumas empresas afirmam que são sustentáveis pela adoção de medidas isoladas como, por exemplo, produzir embalagens de produtos recicláveis. A imagem que se tem de uma empresa sustentável é associada, em muitos casos, somente ao pilar ambiental, que nem mesmo é levado a sério como deveria.

O que ocorre é que as empresas se esquecem do pilar relacionado a responsabilidade social, que integra o desenvolvimento sustentável como um todo indivisível. Nesse sentido:

Práticas que promovem certos aspectos da sustentabilidade estão por aí há muito tempo. Algumas empresas notáveis sempre procuram comportar-se de maneira responsável em relação a seus recursos e impactos, Mas as áreas que hoje caracterizam o movimento da sustentabilidade - meio ambiente, relações com a comunidade, práticas trabalhistas, responsabilidade social e outras - sempre foram encaradas de maneira isolada umas em relação às outras, com as empresas tratando de questões específicas com base em suas circunstâncias especiais ou necessidades de negócios ou em conseqüência da personalidade de seus líderes.⁴³⁹

De um modo geral, as interpretações do desenvolvimento sustentável baseiam-se num desequilíbrio entre os três eixos fundamentais do conceito de sustentabilidade, sendo que o predomínio de qualquer desses eixos desvirtua o conceito e torna-se manifestação de interesse de grupos, isolados do contexto mais geral, que é o interesse da humanidade como um todo.⁴⁴⁰

A penetração do conceito de desenvolvimento sustentável no meio empresarial tem se pautado mais como um modo de empresas assumirem formas de gestão mais eficientes, como práticas identificadas com a eco-eficiência e a produção mais limpa, do que uma elevação do nível de consciência do empresariado em torno de um perspectiva de um desenvolvimento econômico mais sustentável. Embora haja um crescimento perceptível da mobilização em torno da sustentabilidade, ela ainda está mais

⁴³⁹ SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável**: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental. Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 47.

⁴⁴⁰ DIAS, Reinaldo. **Gestão ambiental**: responsabilidade social e sustentabilidade. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

focada no ambiente interno das organizações, voltada prioritariamente para processos e produtos.⁴⁴¹

O que se faz urgente é a ação das empresas no sentido de observar os três pilares da sustentabilidade, pois se trata de um todo indivisível, sendo que a prática positiva voltada para apenas um deles não pode bastar para que a empresa seja considerada como sustentável.

Deve ser dada atenção especial ao pilar social, que muitas vezes acaba sendo esquecido e negligenciado pelas empresas, mesmo sendo tão essencial e importante no exercício empresarial.

Como foi demonstrado nesse estudo, o exercício da função social da empresa tem como base a função social da propriedade e obriga as empresas diretamente neste aspecto, pois se trata de previsão constitucional, sendo a função social elemento intrínseco ao conceito de propriedade, o que se aplica também a propriedade dos bens de produção, ou seja, a empresa.

Assim, pode-se afirmar que o pilar social da sustentabilidade possui sua justificativa na função social da empresa, devendo ser observado de forma imperativa. Sendo a extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança uma forma do exercício do papel social da empresa, pois se trata da promoção de direitos fundamentais, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, valores essenciais do ordenamento jurídico, bem como, e mais importante, da proteção dos direitos das crianças (destinatárias principais da licença-maternidade).

Tendo em vista a previsão constitucional de que os direitos da criança devem ser assegurados de maneira prioritária, nos termos do art. 227, vinculando nessa proteção a família, a sociedade e o Estado, pressupõe-se que esses direitos venham antes de quaisquer outros como o direito o da livre iniciativa.

Ademais, o exercício da atividade empresarial sustentável não beneficia somente os empregados e a sociedade, mas também a própria empresa. Nesse sentido é o posicionamento a seguir:

Acreditamos que a sustentabilidade promova a lucratividade para a grande maioria das empresas. A sustentabilidade é como um guia de orientação para fazer negócios num mundo interdependente, indicando novas maneiras de

⁴⁴¹ DIAS, Reinaldo. **Gestão ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

proteger a empresa contra riscos ambientais, financeiros e sociais, de dirigir a empresa com maior eficiência e produtividade e de promover seu crescimento, por meio do desenvolvimento de novos produtos e serviços e da abertura de novos mercados. A sustentabilidade gera benefícios intangíveis, em que se incluem a reputação da empresa, o moral dos empregados e a boa vontade dos clientes. A sustentabilidade traça o curso para o sucesso duradouro.⁴⁴²

Sendo assim, o exercício da atividade empresarial sustentável não gera benefícios somente para os empregados, ao meio ambiente e à sociedade como um todo, como também gera benefícios à própria empresa.

4.3. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO RESPONSÁVEL LEGAL PELA CRIANÇA – UMA NOVA REALIDADE SOCIOECONÔMICA PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL

Fazendo uma recapitulação do que foi tratado neste estudo, pode-se afirmar que ficou clara a caracterização da licença-maternidade como um direito fundamental social, bem como sua consequente aplicabilidade imediata garantida constitucionalmente.

Com relação à extensão da licença-maternidade ao responsável legal, nos mesmos moldes que é concedida à mãe, ou companheiro em caso de sua morte, e ao adotante, pode-se concluir que é perfeitamente cabível através de uma análise conjuntas dos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e do art. 227, da CRFB, que assegura os direitos prioritários às crianças, que são as reais destinatárias da licença-maternidade.

Entretanto, não basta a constatação de que esse direito é possível de ser estendido ao responsável legal que se encontre na mesma situação fática que o destinatário do direito, se ele não for efetivado, colocado em prática.

Para a efetividade desse direito, seria necessária uma simples ação do Estado, através do legislativo, para que fosse prevista essa extensão, ou mesmo uma modificação da legislação para incluir todas as possibilidades fáticas em que é cabível a concessão da licença-maternidade. Ou ainda, mesmo não se tratando de uma solução definitiva ou totalmente efetiva, que o judiciário concedesse a aplicação dessa extensão aos que procurem tutela jurisdicional.

⁴⁴² SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável**: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental. Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 46.

Porém, diante da situação atual, em que o Estado não toma nenhuma providência concreta para a efetividade do direito à licença-maternidade a todos aqueles que fazem jus ao seu recebimento, e não somente aos que já tem essa prerrogativa assegurada pelo texto legal, a empresa pode contribuir para que esse direito tão importante seja efetivado.

Acerca da responsabilidade social das empresas, pode-se afirmar que em termos filosóficos, ela provavelmente se manifestou de início sob a forma de filantropia, na década de 1920, como se pode constatar pelas fundações de caridade criadas pelos grandes capitalistas John D. Rockefeller, Henry Ford e Andrew Carnegie, que, depois de construírem enormes impérios de negócios, muitas vezes recorrendo a métodos competitivos considerados questionáveis sob o ponto de vista ético, esses grandes próceres decidiram, muitos anos após o sucesso econômico, restituir à sociedade parte da riqueza que, conseguiram acumular graças a sociedade mesma. Baseados nesse objetivo, construíram universidades, hospitais, museus, bibliotecas, escolas e igrejas, que até os dias atuais são fatores importantes para melhorar a qualidade de vida.⁴⁴³

Ao mesmo tempo, várias empresas acabaram desenvolvendo comunidades inteiras nos arredores de suas fábricas, edificando conjuntos habitacionais, lojas, centros de entretenimento e igrejas para seus empregados.⁴⁴⁴

Nos anos de 1930 e 1940, o conceito de responsabilidade empresarial passou a incluir direitos trabalhistas, sendo que o foco do impacto da empresa sobre a sociedade intensificou-se na década de 1960, tendo em vista a maior conscientização da sociedade, em geral. Já nas décadas de 1970, 1980 e 1990, desenvolveram-se novos movimentos sociais, exercendo mais pressões sobre as empresas, a fim de que estas assumissem crescentes responsabilidades sociais [...].⁴⁴⁵

Atualmente existem empresas socialmente responsáveis, mas, em sua grande maioria essas empresas apenas cumprem o ordenamento jurídico que possui alguma exigibilidade judicial, com consequências econômicas em casos de descumprimento.

⁴⁴³ SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental.** Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 50.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 50.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 51-52.

O que se espera, na realidade não é um retorno social de todo o lucro e de todas as vantagens que retiram da sociedade em forma de "esmola". Não é o fator de "gratidão" à sociedade que deve motivar as ações positivas e promoção de direitos pelas empresas, mas sim a vinculação destas ao cumprimento dos preceitos constitucionais.

Neste caso de estudo pode-se dizer que é clara a vinculação da empresa na efetivação da extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, pois o dever de proteção aos direitos das crianças é expresso no *caput*, do art. 227, da CRFB, bem como há a vinculação da empresa na promoção dos direitos fundamentais sociais, além da obrigação em cumprir a finalidade da ordem econômica, que é assegurar a existência digna, através do exercício da liberdade de iniciativa conjuntamente, e principalmente com a observância da valorização do trabalho humano.

Nesses termos o importante posicionamento de Cristiane Derani, que analisa a interligação entre o Estado e a sociedade, que deve atuar conjuntamente:

A afirmação corrente, que diz ser a Constituição Federal de 1988 uma constituição intervencionista ou de consagração do dirigismo econômico pelo Estado, não deve prevalecer. É esta Constituição extremamente inovadora porque traz ao direito o prudente equilíbrio. Rechaça o liberalismo puro e recusa o simplismo de uma centralização no Estado de decisões e programas de ação. **O que há de mais vibrante neste texto é o reconhecimento da indissolubilidade do Estado e da sociedade civil. Todo problema de política econômica, social e ambiental só pode ser trabalhado quando reconhecida esta unidade e garantidos os instrumentos de atuação conjunta. Fechando o parêntese, volto aos direitos fundamentais que, nessa ótica, abdicam da polaridade Estado-cidadão. Sua realização envolve a ação e abstenção de ambos, dentro de um processo comunicativo.**⁴⁴⁶ (Destaques nossos)

A empresa não deve esperar que o Estado fiscalize ou cobre o cumprimento dos preceitos constitucionais para que sejam colocados em prática, mas deve agir proativamente na efetivação desses direitos. Todas as vantagens que as empresas retiram da sociedade, toda a força de trabalho que é empregada na produção de riquezas traduzem-se na própria riqueza, pois sem esses fatores não seria possível o desenvolvimento empresarial.

A empresa deve contribuir também com a sociedade, promovendo direitos sociais, como o da licença-maternidade, mesmo que estes não lhe sejam exigíveis coercitivamente, mas como uma forma de promoção dos preceitos constitucionais para

⁴⁴⁶ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 214.

uma interação social e para que seja mantido o equilíbrio entre os membros da sociedade, e como uma forma para que os cidadãos tenham sua dignidade garantida, lembrando que esta é a finalidade da ordem econômica, e não deveria ser pensada como um favor feito pelas empresas, mas sim como o objetivo principal de suas atividades, que deveriam se voltar a produção de riquezas, mas sempre observando a dignidade de todos os que estão envolvidos neste processo produtivo, direta ou indiretamente.

Da mesma forma como o décimo terceiro salário foi uma incorporação de um costume à legislação, a promoção de outros direitos, como o da extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, deveriam ser incorporados à lei depois de observados na aplicação prática, deveria ser tão comum a efetividade de alguns direitos constitucionais, que sua regulamentação seria apenas consequência da eficácia social dos preceitos gerais da constituição.

O direito à licença maternidade, deve ser implementado na prática, deve ter sua eficácia social observada pelas empresas, tanto as grandes quanto as médias ou pequenas empresas, pois se trata de um direito que visa assegurar os direitos prioritários dos membros mais importantes da sociedade, que são as crianças, cidadãos do futuro.

Para que seja efetiva a extensão da licença maternidade ao responsável legal pela criança as empresas podem, na medida de suas possibilidades, proceder a sua concessão com todas as vantagens asseguradas, o salário, a garantia e o afastamento do emprego pelo período estabelecido na constituição, até que o empregado consiga a concessão desse direito e possa restituir os valores, ou mesmo que não consiga. A empresa pode, ainda, fornecer ajuda jurídica, ou mesmo somente informações e esclarecimentos sobre os direitos que os seus empregados possuem e podem exigir judicialmente.

Essa efetividade pode ocorrer com base no exercício da função social da empresa, através da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que garante um dos pilares fundamentais da atividade empresarial sustentável, bem como a finalidade da ordem econômica – promover a todos a existência digna, que ao mesmo tempo é o pilar fundante da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que as empresas, como membros da sociedade, e, muitas vezes, com influência direta na vida de toda a comunidade, devem exercer o seu papel social e promover a extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, nos mesmos moldes da licença prevista no inciso XVIII, da CRFB e seus correspondentes na CLT, ante a ausência de previsão legal e da inércia do Estado nesse sentido, garantindo a efetividade do direito a licença-maternidade, segundo os seus objetivos.

Apesar da licença-maternidade ter tido como justificativa fatores biológicos de recuperação da mãe, há muito que este não é seu objetivo. Atualmente são dois os objetivos da licença, a proteção da maternidade em sentido amplo, podendo ser considerada como a proteção da família, a proteção da convivência familiar; e o objetivo principal e mais importante, que é a proteção da criança e a garantia de que seus direitos fundamentais sejam assegurados, e dessa forma a sua dignidade. Pode-se afirmar, assim, que o principal destinatário do direito à licença-maternidade é a criança e não seu pai ou sua mãe.

Diante disso, o presente estudo deixou claro que a norma deve ser interpretada segundo os seus objetivos, para que as necessidades sociais sejam atendidas. Nesse sentido, o legislador não pode condicionar a legislação somente a algumas situações específicas, mas sim abarcar o objetivo da norma, o espírito para o qual foi criada.

No caso da licença-maternidade, a disposição legal deveria ser no sentido de garantir que os direitos da criança fossem assegurados, o que implica na concessão da licença ao seu responsável legal e não a um membro pré-determinado da família, pois as famílias não são compostas da forma como é catalogado pela legislação, mas sim de diferentes e variadas maneiras, de acordo com a situação fática de cada um.

Sendo assim, a legislação da licença-maternidade é insuficiente e deficitária, pois não abarca todos aqueles que fazem jus ao direito, discriminando crianças e famílias que se encontram na mesma situação fática que os destinatários legais do direito, apenas pelo fato de que a composição familiar dessas pessoas não corresponde ao definido pelo legislador como “família”, o que viola de forma evidente o princípio da

dignidade da pessoa humana, que é o norte da ordem constitucional, bem como o princípio da igualdade, que é valor supremo da sociedade.

Seria impossível a previsão e o catálogo de todos os modelos familiares existentes em nossa sociedade atual, por essa razão o legislador não pode “engessar” o direito à licença-maternidade, determinando qual o modelo familiar adequado e qual família tem ou não o acesso ao direito. Somente uma previsão legal, que considere os vínculos afetivos como o componente principal em uma composição familiar é que poderá traduzir-se em uma aplicação efetiva do direito à licença-maternidade.

Tendo em vista que a não concessão do direito à licença-maternidade a determinadas famílias, na pessoa do responsável legal pela criança, acarreta no desrespeito aos direitos prioritários da criança, estabelecidos no art. 227, da CRFB, bem como o desrespeito aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e pela ausência de uma ação concreta do Estado nesse sentido, urge que a empresa, como tão importante membro social, com tamanha influência e poder sobre a sociedade, tome uma atitude positiva para garantir a efetividade deste tão importante direito fundamental social.

A responsabilidade da empresa em assegurar a eficácia social da licença-maternidade aos seus empregados, através de uma ação positiva para a extensão da licença-maternidade ao responsável legal pela criança tem como fundamento diversos preceitos constitucionais.

Destaca-se que não foi o enfoque deste trabalho estabelecer quais serão as ações positivas das empresas, que podem ser simplesmente a concessão do direito pela empresa com todos os seus reflexos e implicações ao empregado, com posterior ressarcimento após decisão judicial, ou ainda sem qualquer ressarcimento (o que pode ser facilmente suportado por uma empresa de grande porte).

Outras ações das empresas podem ser a informação aos empregados sobre os seus direitos e incentivo pela busca de tutela judicial, a prestação de assistência jurídica, dentre tantas outras formas de promoção ou incentivo, tudo de acordo com as possibilidades financeiras de cada empresa, o que não exclui nem mesmo as pequenas e médias, pois nem toda ação exige um custo financeiro, ou mesmo que exija, pode ser suportado em vista da vinculação da empresa na promoção dos direitos fundamentais,

especialmente aos direitos prioritários das crianças, através da extensão da licença-maternidade ao responsável legal.

Mais importante que estabelecer as medidas a serem tomadas pela empresa, e mais urgente, devido ao total descaso sobre o assunto, é deixar claro que estas tem o dever, com fundamento na Constituição de 1988, de assegurar a todos a existência digna e a promover a efetividade dos direitos fundamentais sociais, ao menos aos seus empregados e suas famílias.

O primeiro dos fundamentos é que os direitos fundamentais vinculam não apenas o Estado em sua aplicação, mas toda a sociedade, incluindo-se, aí, as empresas.

A ordem econômica, que regula a atividade empresarial é fundada na livre iniciativa, bem como na valorização do trabalho humano, sendo que este último fundamento deve prevalecer sobre o primeiro, até porque a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos a existência digna. Portanto, a própria finalidade da ordem econômica, por si só, já enseja ações positivas das empresas na promoção de direitos fundamentais sociais.

Ademais, a empresa fica vinculada aos direitos fundamentais através da eficácia horizontal desses direitos, ainda mais no caso das empresas, que possuem posição de absoluta superioridade em relação aos empregados hipossuficientes, o que torna a relação entre as partes desigual, podendo ser comparada à relação vertical do Estado e do cidadão, o que leva a conclusão de que a empresa possui deveres para com o seu empregado, traduzidos na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e no presente caso, na observância dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Outra forma de vinculação da empresa é o cumprimento da finalidade da Ordem Econômica e do seu fundamento na função social da propriedade, que, vista como função da propriedade dos bens de produção, traduz-se na função social da empresa. Dessa forma, a empresa, assim como a propriedade, somente se justifica, somente tem razão de ser, se exercer sua função social.

Tal exercício da função social, implica, também, no cumprimento do “pilar social” do desenvolvimento sustentável, sendo o exercício da atividade empresarial situação ideal e exigida das empresas na atualidade, não somente no cenário nacional, mas também, e principalmente, no contexto internacional.

Portanto, as empresas, tendo em vista sua vinculação direta com os direitos fundamentais, bem como uma análise conjunta dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, além do dever expresso de garantir os direitos das crianças, nos termos do art. 227, da CRFB, bem como através da análise dos preceitos da ordem econômica, da função social da empresa, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e do exercício da atividade empresarial sustentável, resta evidente a obrigação da empresa para com seus empregados na promoção da extensão do direito da licença-maternidade ao responsável legal pela criança, para que seja efetivado o direito à licença-maternidade, com o cumprimento dos seus objetivos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. **Direito constitucional econômico**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. Revista e atualizada por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do Trabalho da mulher: A questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. São Paulo: LTr, 2007.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de Leis e Outras Proposições**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=537261>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. O princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**. Portugal, v. 08, n. 13, p. 07-18, 2010.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas : ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2005.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental: Responsabilidade social e sustentabilidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara Amorim. **ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. 2. ed. São Paulo: FTD, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOLLONI, André; PERON, Rita de Cássia Andrioli Bazila. Tributação extrafiscal e direitos fundamentais: programa empresa cidadã e licença-maternidade. **EJLL Espaço Jurídico Journal of Law**. Chapecó, v. 15, n.2, p. 399-420, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4495/3491>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, v. 22, n. 263, p. 58-70, maio 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Responsabilidade**: Teoria e Prática do Direito de Família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, p. 11-27, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MACPHERSON, C.B. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios**: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; NEIVERTH, Elisabeth Mônica Hasse Becker. Incentivos ao mercado de trabalho da mulher: Inserção nos 25 anos subsequentes à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto (Coord.); BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César. (Org.). **25 anos da Constituição e o Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, v. 1, p. 511-523, 2013.

MANDALOZZO, Silvana. **A maternidade no Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1996.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a Função Social da Propriedade com base na Constituição Federal e Legislação Infraconstitucional. **Revista dos Tribunais**, ano 96, v. 860, p. 91-133, jun. 2007.
MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. A Gestão Ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NEVES, Edson Alvisi; SILVA, Marisa Machado da; NEVES, Lorryne Fialho. Função Social da Empresa. **Revista Magister de Direito Empresarial**, n. 35, p. 25-42, out-nov 2010.

OLIVEIRA, Eloete Camilli. A Função Social da Empresa. **Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, José Antonio Puppim de. **Empresas na Sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PERON, Rita de Cássia Andrioli Bazila. **A extensão do exercício dos direitos fundamentais da licença maternidade ao homem: uma análise atual do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana**. 2012. 52f.. Monografia de especialização. (Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESA, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do Direito à Igualdade. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. Os direitos humanos das crianças e dos adolescentes no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Josiane Hybner Rodrigues; RAMOS, José Eduardo Silvério. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego. **Revista Síntese Trabalhistas**, v. 24, n. 297, março 2014.

ROMANO, Sylvia. **A morte da Justiça do Trabalho**: Comissões de conciliação. Campinas: Minelli, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável**: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental. Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENADO FEDERAL. **Portal de Notícias**. Aprovada licença-maternidade de seis meses. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2010/08/03/aprovada-licenca-maternidade-de-seis-meses>> Acesso em: 23 dez. 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável**: o desafio do século XXI. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social:** custeio e benefícios. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.

VILLATORE, Marco Antônio César; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito do trabalho doméstico.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.