

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
DANIEL DA SILVA SCOTELANO**

**LICENÇA MATERNIDADE PARA MULHERES COM PARTO
PREMATURO**

**Juiz de Fora
2018**

DANIEL DA SILVA SCOTELANO

**LICENÇA MATERNIDADE PARA MULHERES COM PARTO
PREMATURO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Flávio Salles Bellini.

**Juiz de Fora
2018
FOLHA DE APROVAÇÃO**

DANIEL DA SILVA SCOTELANO

**LICENÇA MATERNIDADE PARA MULHERES COM PARTO
PREMATURO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito do Trabalho, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Flávio Salles Bellini
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa.
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa.
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2018

RESUMO

O artigo analisa o instituto da licença maternidade e discute se este, nos moldes atuais, consegue resguardar satisfatoriamente os casos de partos prematuros. Para tanto, realizou-se um estudo teleológico da norma, a fim de se verificar o porquê da sua existência. Após identificado o arcabouço justificador da Licença Maternidade, buscou-se analisar se o instituto abarca os casos dos filhos prematuros. Respondida a questão, passou-se o foco à PEC 181-2015, que visa estender o prazo da licença, nos casos de prematuridade do parto, aos dias em que o bebê ficou internado. Por fim, pontuou-se acerca da justeza da proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Licença Maternidade; CLT; Parto Prematuro; PEC 181-2015

ABSTRACT

The article analyzes the maternity leave institute and discusses whether it, in the current molds, is able to satisfactorily protect the cases of premature birth. For that, a teleological study of the norm was carried out, in order to verify the reason for the doubt. After the diagnosis, the justifying framework of the Maternity Leave, the aim was to analyze if the institute covers the cases of premature children. Once the question is answered, focus on PEC 181-2015, which refers to the term of leave, in cases of premature delivery, on the days when the baby was hospitalized. Finally, he pointed out the correctness of the proposal.

KEYWORDS: Maternity leave; CLT; Premature birth; PEC 181-2015

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	10
2.1 - Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais.....	10
2.2 Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais	11
2.3 – Terceira Dimensão dos Direitos Fundamentais	12
3 – TELEOLOGIA	14
3.1 Direito do filho	14
3.1.1 - Obrigatoriedade de deslocamento da mulher grávida de áreas insalubre.....	17
3.1.2 - Morte da mãe após o parto	18
3.1.3 – Licença-Maternidade para pais adotantes	20
3.1.4 – Intervalos para amamentação	21
3.2. – Direito da Mulher	21
3.2.1– Morte do bebê após o parto	22
3.2.2– Aborto	22
4 – FILHOS PREMATUROS.....	24
4.1 – O instituto da Licença Maternidade e a problemática do nascimento prematuro.....	24
4.2 – Proposta de Emenda Constitucional 181/2015.....	26
5. CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS	31

1 Introdução

Sob a égide do neoconstitucionalismo, a Carta Magna ganhou nova significação e passou a nortear todo ordenamento jurídico. Dessa forma, os princípios e regras constitucionais devem ser observados em todas as relações estabelecidas entre os indivíduos e os direitos fundamentais, alvo de máxima preocupação do constituinte de 1988 - gozando, inclusive, do status de cláusula pétrea - devem ser, tanto quanto o possível, efetivados.

É certo que a CRFB/88 estabelece, no art. 7º, XVIII, que é “direito dos trabalhadores urbanos e rurais a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. Contudo, sobre a previsão, há de se atentar ao fato de que o dispositivo não consegue abarcar de forma satisfatória as mulheres que necessitam usufruir da licença após serem submetidas a um parto prematuro. Apesar do fato de que entre as normas constitucionais não há hierarquia, é necessária a problematização do artigo com base em uma perspectiva teleológica da própria constituição: nesse sentido, cita-se os princípios da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF), da Proteção à Família (art. 126, CF) e da Defesa à Criança e ao Adolescente (art. 227, CF).

O art. 392, §1º, CLT estabelece que o início do gozo da licença se dá entre o 28º dia anterior ao parto e a ocorrência deste. O prazo se justifica não só pela recuperação da mãe, mas, também, especialmente, pelos cuidados que o bebê necessita nos primeiros meses de vida - período determinante para seus desenvolvimentos físico e psíquico.

No caso dos filhos prematuros, o problema se pronuncia quando se observa que, devido ao fato, conforme já explicitado, de o início da licença, no mais tardar, dar-se no dia do nascimento da criança, por muitas vezes as mulheres são compelidas a voltar ao trabalho sem ter tempo de garantir os cuidados de que necessitam os recém-nascidos. Isso porque, devido à prematuridade, o bebê fica internado após seu nascimento e, recebendo alta, quando mais carecerá da atenção materna, a mulher terá de voltar às suas atividades.

Diante do quadro, há de se perguntar se a licença maternidade, nos moldes como se apresenta, consegue garantir a efetividade do instituto no caso de mães com filhos prematuros. Após responder a questão, deve-se observar o Projeto de Emenda Constitucional 181-2015, de autoria do Senador Aécio Neves, a fim de se discutir se a PEC é solução viável e satisfatória para a questão.

2 Garantias Fundamentais

Os Direitos Fundamentais, no decorrer da História, desenvolveram-se em complexidade e abrangência. Com a Revolução Burguesa e os ideais Iluministas, foram ressaltados valores individuais, destacando-se os indivíduos face ao Estado e à coletividade. Nesse sentido, pensadores como John Locke, Rousseau e Thomas Hobbes buscaram, cada qual à sua filosofia, legitimar as forças estatais, justificando sua incidência sobre a vida dos cidadãos e seu império sobre as escolhas individuais.

Enquanto Rousseau argumentava que o Homem, em sua origem, possui o espírito livre de vaidades e oportunismo, sendo o surgimento da propriedade o responsável pelas desigualdades e pelo rompimento da harmonia existente entre as pessoas (Rousseau, 1757), Hobbes preconizava que no estado natural imperava o medo e a insegurança, visto que cada indivíduo buscava favorecimentos e submetia os demais para consegui-los, sem qualquer entrave moral (Hobbes, 1651). É certo que, apesar das divergências, os autores convergem no que diz respeito à ideia de Contrato Social: aquele, entendendo-o como necessário após as desigualdades instauradas pelo surgimento do conceito de propriedade; este, admitindo-o indispensável para que se rompesse o medo e o Estado de Guerra de todos contra todos. Assim, abrindo mão de parcela de sua liberdade, o Homem se submete a regras apriorísticas a fim de que viva de forma coesa.

Mas ao Estado não pode ser facultado tudo. Conforme se relatou, este não existe senão para atender às necessidades de seus cidadãos, que, uma vez submetidos, devem estar unidos de prerrogativas para que não sucumbam a seu arbítrio. E é nesse contexto que ganham importância as Garantias Fundamentais, em um primeiro momento exigindo ações negativas do Estado. No decorrer da História, percebe-se que o entendimento do que é fundamental para o exercício consciente dos atributos humanos ganhou refinamento e complexidade. Para uma melhor sistematização, os direitos fundamentais foram divididos em dimensões, que se sucedem e complementam.

2.1 Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais

Com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, os ideais iluministas, pensados no século XVII, ganharam concretude e puderam, pela primeira vez, serem materializados na História. A França se distanciou do modelo absolutista de governo

e adotou ideais republicanos: os franceses, antes súditos, agora se viam sujeitos de direito; aptos para se autodeterminarem e assumirem-se protagonistas de si mesmos.

Passaram a usufruir de garantias individuais. Garantias estas que buscam, prioritariamente, respaldar os indivíduos perante o Estado e garantir a todos tratamento isonômico. Trata-se de Direitos intrínsecos ao homem, pertencentes a este unicamente por sua condição humana, indissociáveis de sua essência: existentes, segundo alguns autores, mesmo antes do Contrato Social. Nas palavras de Cesar Lafer (1988, p. 126):

Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que esses direitos têm como limite o reconhecimento do direito de outro [...].

Dessa forma, verifica-se a elementaridade dos direitos individuais.

2.2 Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais:

A segunda dimensão dos Direitos Fundamentais é a que mais interessa a este trabalho, e da qual se extrai substrato teórico para a compreensão das garantias trabalhistas. Com a Revolução Industrial, a sociedade se reorganizou; novas relações foram estabelecidas: um homem, agora, detinha os meios de produção e outro vendia a ele sua força de trabalho. A desigualdade era latente e nova forma de exploração surgiu: rotinas extenuantes, pouco respaldo legal, falta de controle entre as relações horizontais – tudo isto marcou o período.

Assim diz Ingo Wolfgang Sarlet:

[a] expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos (...), na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza (e, de certa forma, ainda caracterizada) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um menor grau de poder econômico.” (Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9 .ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 56.)

Com o tempo, percebeu-se que não era mais possível que o Estado, a fim de garantir os direitos individuais, agisse de forma apenas negativa. Foi preciso firmar posturas positivas.

Assim, as nações começaram a se assumir responsáveis por prerrogativas tais como a Educação, Saúde e Lazer. A "vida boa" passou a ser entendida não só sob o viés da liberdade e igualdade, mas sim do desenvolvimento pleno das capacidades e possibilidades humanas. Não seria mais possível, dessa forma, que se admitisse a exploração desregulada de um homem por outro e por isso se atentou mais sensivelmente para as prerrogativas trabalhistas.

Ainda segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho 'positivo' possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais" (C.f: SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9 .ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.)

Nesse sentido, observa-se a necessidade de se garantir, no Estado Moderno, que sejam observadas as garantias trabalhistas não apenas sob um aspecto formal. As normas devem ser capazes de garantir efetivamente a proteção aos direitos individuais.

2.3 Terceira Dimensão dos Direitos Fundamentais

A esta dimensão não nos deteremos, por não ser ela a que representa o foco de nosso estudo. Os direitos de terceira dimensão são aqueles que dizem respeito a toda uma coletividade. São os chamados direitos coletivos, difusos ou transindividuais. Como exemplo, cita-se o direito ao meio ambiente, à paz, à autodeterminação dos povos. Nas palavras de Paulo Bonavides:

“Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”

Pontua-se que à terceira, seguem-se a quarta, quinta e sexta gerações. Contudo, não serão explicadas neste artigo, uma vez que se desviam demasiadamente do tema.

Sob um viés neoconstitucionalista, o Ordenamento deve ser capaz de garantir com efetividade aquilo que estabelece a Constituição. Este artigo não poderia continuar sem antes pontuar a importância que assumem as prerrogativas individuais no novo Ordenamento Jurídico, pois é graças a elas que se pode fazer um estudo exegético das normas referentes à licença maternidade.

3 Teleologia

Avançando, há de se pontuar que, no Direito, os diplomas legais, antes de regramentos frios, refletem valores sociais que, por serem de extrema relevância, ganham o condão de imperatividade. Para adentrarmos ao tema, é pertinente pontuarmos acerca do processo de elaboração das normas e, mais especificamente, do desenvolvimento intelectual até se alcançar o direito positivado.

O processo é dialético. Não se dá de forma linear. Inicialmente, assume-se uma tese, também chamada de premissa maior. Aqui, o agente, dotado de racionalidade, identifica um tema, faz um recorte daquilo que existe no mundo material e explora esse aspecto da realidade. Intelectivamente, inicialmente sozinho, esse agente reflete sobre o fato, identificando os problemas que o envolvem e, inevitavelmente, valorando moralmente as questões que insurgem em torno dele. Em um segundo momento, passa-se para a fase de discussão, alcançando-se nela a antítese: através do debate, os legisladores confrontam a ideia inicial, aplicando sobre ela seus pontos de vistas, aquilo que, ética e culturalmente, estão condicionados a pensar acerca do proposto na tese. Discute-se seus aspectos críticos: submete-se o projeto de lei a mais variada problematização. Altera-se a ideia, refina-se o pensamento, adequa-se o diálogo àquilo que, naquele momento histórico, está valorado na sociedade. E aí, enfim, alcança-se a terceira e última fase da dialética: a síntese, ou premissa menor. Àquilo que foi proposto em um primeiro momento, alcança-se o consenso. A ideia, agora, está apta para ser aplicada no mundo prático. A norma, enfim, após ser discutida por quem é legitimado para isso, está pronta para, eficazmente, regular a realidade que já está estabelecida.

Nesse momento, surge o ponto que se pretende alcançar no presente tópico. Todo o processo supramencionado, conforme dito, segue um encadeamento lógico e racional. A discussão se baseia em um norte: algo a orienta. No que se refere à licença maternidade, instituto a que se dedica o artigo, há de se identificar o que justifica o direito positivo, ou seja, o que despertou no legislador a necessidade de garanti-lo à mulher. Proceder-se-á, assim, a um estudo teleológico da prerrogativa.

3.1 Direito do filho

Com a Constituição de 1988, o ordenamento, mais do que em qualquer outro momento da História brasileira, passou a cuidar com especial atenção do desenvolvimento da criança e do adolescente. Se antes o entendimento era de que cabia aos pais zelar pelo bem-estar do

jovem, agora cabe a todos, Estado, Sociedade e Família, cuidar para que o indivíduo tenha um desenvolvimento saudável. É o que diz o art. 227, CRFB/88:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O dispositivo positiva a chamada Doutrina da Proteção Integral.

Conforme se mencionou, antes da Constituição, os indivíduos menores de idade estavam sujeitos à educação e cuidados da família, e apenas esta era a responsável por zelar por seu bem estar. O Estado e a sociedade interviam nas hipóteses em que a criança não se enquadrava naquilo que, convencionalmente, deveria ser seu espaço na comunidade. Era a chamada Doutrina da Situação Irregular, concretizada principalmente pelo Código de Menores (Lei 6697/79). Este estabelecia:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Por essa Doutrina, não havia preocupação com a prevenção de episódios que de alguma forma atentassem contra a dignidade do menor: o Estado agia apenas em situações ditas irregulares. E, ainda quando tais situações aconteciam, muitas vezes não se buscava a educação e garantia do crescimento do indivíduo, mas apenas uma resposta àquela situação viciada. Isso acabava por ocasionar tratamento anti-isonômico entre crianças ditas em situação regular, e as que não se encontravam nessa situação. Nas palavras de Martha de Toledo Machado:

“Em suma, o ordenamento jurídico cindia a coletividade de crianças e adolescentes em dois grupos distintos, os menores em situação regular e os menores em situação irregular, para usar a terminologia empregada no Código

de Menores brasileiro de 1979. E ao fazê-lo não reconhecia a incidência do princípio da igualdade à esfera das relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes.”

A questão foi superada. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e, posteriormente, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), novo olhar foi direcionado aos menores de 18 anos. Reafirmando norma constitucional, o ECA assim estabelece:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Dessa forma, resta evidenciado que não só aos progenitores e responsáveis legais cabe o zelo pelo desenvolvimento sadio do menor, mas também à comunidade, ao Estado, à sociedade. Em suma, via de regra, todos os cidadãos e instituições devem garantir o bem estar das crianças e adolescentes. Instaurou-se o que se denomina Doutrina da Proteção Integral. Ainda segundo Martha de Toledo Machado:

Se o Direito se funda num sistema de garantias dos direitos fundamentais das pessoas, e no tocante a crianças e adolescentes um sistema especial de proteção, as pessoas (entre elas crianças e adolescentes) necessariamente têm um mesmo status jurídico: aquele que decorre dos artigos 227, 228, e 226 da CF e se cristalizou, na lei ordinária, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não há mais uma dualidade no ordenamento jurídico envolvendo a coletividade crianças e adolescentes ou a categoria crianças e adolescentes: a categoria é uma e detentora do mesmo conjunto de direitos fundamentais; o que não impede, nem impediu, o ordenamento de reconhecer situações jurídicas específicas e criar instrumentos para o tratamento delas, como aliás, ocorre em qualquer ramo do direito

Conforme já assinalado, os jovens, a partir da nova concepção, mais do que meros objetos jurídicos, passaram a assumir o papel de sujeitos de direitos, a quem o Estado deve zelar pela dignidade. Por estarem em situação de vulnerabilidade – uma vez que não se espera deles maturidade e malícia – são respaldados de forma especial pelo sistema constitucional.

E tudo isso tem a ver com a Licença Maternidade. Conforme extensivamente se buscará comprovar neste trabalho, o instituto, em grande medida, mais que ao direito da mãe, resguarda ao filho.

Sendo dever de todos a garantia do crescimento sadio das crianças e dos adolescente, a lógica da atual doutrina, no que se refere ao instituto da licença maternidade, aplica-se da seguinte forma: é obrigação do Estado zelar, através de mecanismos institucionais, dentre eles o Direito, para que a criança usufrua dos cuidados da mãe nos meses seguintes ao parto; da sociedade, garantir o desenvolvimento sadio da criança nos primeiros meses de vida – e como sociedade, aqui, entende-se o empregador -; e também dos pais, por óbvio, dedicar-se à proteção do recém nascido. Essas são as razões pelas quais a Doutrina da Proteção Integral exige a prorrogação da Licença nos casos de nascimento prematuro

3.1.1 Obrigatoriedade de deslocamento da mulher grávida de áreas insalubres

O artigo 394-A da CLT, antes da reforma, estabelecia que: “A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre”. Nesse liame, percebe-se a preocupação do legislador com a saúde do feto durante a gestação, uma vez que é ele o que mais corre riscos em ambientes assim.

Pontua-se que segundo o dispositivo, não restava claro se à mãe, durante o período de afastamento, caberia continuar recebendo o adicional de insalubridade durante o período afastada ou se sua remuneração deveria decair, já que não estaria submetida ao risco. Sob uma análise constitucional e tendo por norte o direito da mulher, precipuamente, deve-se concluir que o auxílio deveria continuar sendo recebido. Observe que não se trata de opção da grávida se afastar do local insalubre, mas império da lei. Não é ela o objeto da preocupação, a quem a medida visa resguardar, mas sim a criança. Não admitir a continuidade do auxílio significaria penalizar a mulher por estar grávida, seria impingir-lhe uma defasagem salarial devido à proteção que o Estado, frisa-se, e não a mulher, julga necessário ao seu filho.

O tema ainda não foi pacificado pela jurisprudência, cabendo às empresas e à deliberalidade de cada juiz a manutenção do benefício. Contudo, com a reforma trabalhista, houve mudanças no instituto: esta questão, pelo novo texto legal, foi clareada, embora tenha havido relativização à proteção do feto. De qualquer forma, hoje, inegavelmente, pode-se afirmar que a prerrogativa visa resguardar a criança, e não a mãe.

Diz a lei:

Art. 394-A. "Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

- I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
- II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
- III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação".

§ 3º - "Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento § 3º".

Da norma, extrai-se que, em caso de afastamento, não se pode prejudicar o recebimento do adicional insalubridade pela mulher. E não há margem para regulamentação em

sentido contrário: não é razoável prejudicar o salário da empregada devido a um direito que cabe ao seu filho e não a ela. Agir de outra forma representaria posicionamento que feriria a isonomia entre homens e mulheres, uma vez que se entenderia que a mãe tem a responsabilidade irrenunciável, arbitrária, de sacrificar a si em prol da prole. E o que se pretende com a afirmativa não é negar o caráter emocional e afetivo que envolve a relação de mãe e filho, tampouco argumentar que a saúde do bebê deve sucumbir aos interesses da mulher. O que se pretende é expor que ambos os direitos são relevantes, o bem-estar de um não pode comprometer o do outro e, nesse sentido, conclui-se pela justiça da redação do novo texto da CLT, ao menos no que guarda respeito à manutenção do recebimento do auxílio insalubridade pela mulher que, mesmo não submetida à local insalubre, só não o está devido ao Estado que, legitimamente, buscando resguardar os interesses da criança, a afastou de sua lotação.

Pontua-se que o explicitado neste tópico estava modificado pela Medida Provisória nº 808/2017. Por ela, a gestante se afastaria imediatamente do local insalubre, só podendo permanecer caso apresentasse atestado médico autorizando. Ocorre, no entanto, que tal Medida, encaminhada ao Congresso como forma de garantir que a Reforma fosse aprovada, não foi analisada pelos Congressistas, e que perdeu validade em 23 de abril de 2018. Hoje, no que se refere à mulher grávida que labora em ambiente insalubre, passa a valer a redação esmiuçada neste tópico.

A relativização trazida pelos incisos é questionável, pois acaba por mitigar a saúde do feto. Entretanto, por não ser este o foco do artigo, não discutiremos a questão: fica a sugestão para um trabalho futuro.

3.1.2 Morte da mãe após o parto

Outro argumento ressalta o fato de que o direito do trabalho dedica preocupação especial com a saúde do recém-nascido. Trata-se das hipóteses de morte da mãe no parto ou logo após este.

O art. 71 da Lei de Benefícios da Previdência Social - Lei 8213/9, estabelece que cabe a genitora o recebimento do salário maternidade. Assim está disposto:

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

Conforme se observa, do texto legal não se extrai substrato normativo para as situações de morte da mulher. Contudo, nesses casos, o recém-nascido carecerá de cuidados que, na ausência da mulher, deverão ser dispensados por outro adulto. É natural que na sociedade moderna o homem divida com sua parceira as obrigações domésticas e de cuidados para com os filhos, e, em situações extremas como a que se trabalha, há de se presumir que a ele caberá a responsabilidade integral de prestar assistência ao bebê. Nesse sentido, a medida que casos concretos alcançaram os tribunais, os magistrados tiveram de resolver a questão: a solução, como se presume lógico, foi transferir o salário-maternidade - e por conseguinte, a licença - ao pai (ou, na ausência deste, a quem tivesse condições e se dispusesse a cuidar do bebê). É o que se observa no julgado a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. ÓBITO DA GENITORA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO EM NOME DO GENITOR. POSSIBILIDADE. - O salário-maternidade encontra-se disciplinado nos artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/91, consistindo em remuneração devida a qualquer segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, durante 120 dias, em se tratando de criança de até 1 ano de idade, 60 dias, se entre 1 e 4 anos e 30 dias, de 4 a 8 anos. - O direito da adotante ao salário-maternidade foi inovação introduzida pela Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. - Os cuidados com a criança norteiam o sistema previdenciário, no tocante ao referido benefício, tanto é que, nos casos de adoção, se presume a menor necessidade de auxílio quanto maior for a idade do adotado. Não se trata apenas de resguardar a saúde da mãe, interpretação que apenas teria sentido se mantida a proteção à mãe biológica, nos moldes da redação original da Lei nº 8.213/91. Com a extensão do direito à mãe adotiva, resta claro que se deve dar à palavra maternidade conotação mais ampla, dissociando-a daquela relacionada apenas ao parto e aleitamento, e ressaltando-se o direito da criança à vida, à saúde, à alimentação, garantido pela Constituição, no artigo 227, e instituído como dever da família. - Possibilidade de aplicação dos expedientes previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme redação dada pela Lei nº 12.376/2010. - Na hipótese em que a mãe venha a falecer, considerando-se o interesse da criança em ter suas necessidades providas, possível a concessão do benefício, por analogia, ao pai, ora viúvo, concretizando-se a garantia prevista no artigo 227 da Constituição Federal. - O benefício é previsto na legislação previdenciária, por prazo determinado, com sua respectiva fonte de custeio, e foi concedido a segurado (contribuinte) do Regime Geral. - Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF-3 - AI: 27307 SP 0027307-84.2012.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADORA

FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, Data de Julgamento: 28/01/2013, OITAVA TURMA)

Nesse sentido é que se observa que a concessão da licença tem por maior foco a proteção da criança.

3.1.3 Licença-Maternidade para pais adotantes

Os argumentos não se esgotam nos já explanados. Há ainda situação que merece análise: trata-se das crianças adotadas. A CLT assim prevê:

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

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Mais uma vez, fica evidenciada a preocupação do legislador com o desenvolvimento sadio do menor. Os dispositivos foram acrescidos à CLT pela Lei 10.421, de 15 de abril de 2012 e visam garantir que o adotado possa ter a presença de seus pais para que se insira plenamente na nova realidade familiar. Inicialmente, a redação dada pelo citado diploma normativo estabelecia gradação no tempo da licença concedida à mãe, de acordo com a idade da criança adota, contudo, em 2009, a Lei 12.010 extinguiu tal gradação, generalizando o prazo para 120 dias independentemente da faixa etária do adotado. Conforme art. 227, §6º da Constituição Federal, *“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*, dessa forma, entende-se que regulamentação em sentido contrário significaria flagrante posicionamento anti-isonômico, além de violação a dispositivo expresso da CRFB/88. Nas palavras de Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

Mesmo sendo a empregada a titular do direito à licença-maternidade, e não a criança propriamente, não se pode negar que esta também é diretamente beneficiada pela possibilidade de gozar da presença constante da mãe durante o período do afastamento

do emprego, favorecendo a adaptação no seio familiar e possibilitando os diversos cuidados necessários.

Nesse sentido é que se observa a pertinência da regulamentação. Mais uma vez resta assinalada que a proteção à criança é razão primordial do instituto da Licença Maternidade.

3.1.4 Intervalos para amamentação

Por fim, utiliza-se ainda como argumento fundamentador do fato de que o Direito do Trabalho, e, por conseguinte, a própria Licença-maternidade, visa resguardar os interesses do recém nascido - tanto quanto ou ainda mais do que os da mãe - a previsão trazida pelo art. 396 da CLT. Diz o dispositivo:

Art. 396 - Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um.

Parágrafo único - Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

A norma visa resguardar a amamentação do recém-nascido ao longo do dia. Almeja impedir que a jornada de trabalho mitigue prática tão importante para o desenvolvimento saudável do indivíduo. Sabe-se que o Ministério da Saúde (MS) e a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), seguindo recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), ressaltam a importância do aleitamento materno até o sexto mês de vida, e sua complementação, até o segundo ano de vida, com outros alimentos (BRASIL, 2002; OPAS, 2003), sendo este considerado o método de alimentação por excelência para o bebê, por sua contribuição eficiente para a saúde da criança (GAMBURGO et al., 2002; REZENDE et al., 2002; OPAS, 2003; VANNUCHI et al., 2004; VASCONCELOS et al., 2006).

É sabido que, apesar de, na prática, muitos empregadores liberarem suas empregadas em período de amamentação uma hora antes do término de sua jornada de trabalho, a norma do art. 396, da CLT, estipula que sejam concedidos intervalos de trinta minutos a cada duas horas de efetivo exercício a fim de que a criança possa ser alimentada. Embora não seja o ideal, não se pode dizer incorreta tal prática das empresas. De qualquer forma, resta claro que o legislador

dedicou especial atenção para a trabalhadora que se encontra em período de amamentação, o que é mais um ponto que contribui para a análise desenvolvida até este ponto do artigo.

3.2 Direito da Mulher

De certo, não só à criança o Direito do Trabalho dedica atenção. É preciso ressaltar que o Ordenamento, ao garantir às empregadas direitos relacionados à maternidade, faz com que a mulher, em todos os casos, também possua garantias.

Dedicar-se integralmente ao filho recém-nascido é algo que impacta e sequestra toda a atenção da mãe e não seria razoável que o ordenamento permitisse o retorno da trabalhadora às suas funções no período em que o bebê está mais necessitado de cuidados específicos. A licença-maternidade para pais adotantes e o período concedido para mães lactantes almejam atender também a este fim.

3.2.1 Morte do bebê após o parto

Inicialmente, há de se definir o que é parto para o Direito Previdenciário, uma vez que é o INSS o responsável pelo pagamento do salário-maternidade. De acordo com o referido ramo jurídico, trata-se do evento ocorrido a partir do sexto mês, ou a 23ª semana de gestação. Ocorrendo neste período, o parto é considerado antecipado ou prematuro, e, caso o bebê morra, não haverá necessidade de avaliação médico-pericial a fim de comprovar que a criança nasceu com vida. Resta evidenciada, nessa hipótese, o surgimento do fato gerador do direito da trabalhadora ao salário-maternidade: a empregada poderá gozar dos cento e vinte dias de licença e será remunerada pela previdência, mesmo com o óbito do filho.

Dessa forma, verifica-se que o instituto visa a resguardar o bem-estar da trabalhadora, uma vez que é concedido ainda que na morte da criança. Desde que haja configurado o fato gerador, qual seja, o parto, a mulher gozará do benefício.

3.2.2 Aborto

No caso de aborto, a dinâmica se dá de forma diferente. Assim estabelece o art. 395, CLT:

Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

Caso o bebê nasça antes do sexto mês de vida – ou nasça sem vida após o sexto mês - o Direito entende pela ocorrência do aborto. Neste caso, a empregada terá direito a duas semanas de repouso remunerado, e não de 120 dias, como prevê a Licença Maternidade. Ora, o ordenamento entende aqui, para além das questões técnicas, que o trauma gerado à mulher pelo aborto seria substancialmente menor que aquele ocasionado pelo nascimento da criança já morta. Por mais que seja questionável, uma vez que não é possível dimensionar a dor da mulher quando perde o feto, o que se extrai do dispositivo é a preocupação que a CLT novamente dispensa à saúde psíquica da grávida.

4 Filhos prematuros

4.1 O instituto da Licença Maternidade e a problemática do nascimento prematuro

Estabelecido o paralelo com outros institutos do direito do trabalho, pode-se observar que a Licença-maternidade tem por funções precípua: a) o zelo pelo desenvolvimento saudável do recém-nascido; b) a adaptação da criança no novo lar; c) a possibilidade de a mulher se dedicar à prole, suprimindo a necessidade de voltar, nos primeiros cento e vinte dias, toda sua atenção para o filho. No caso dos nascimentos que ocorrem de forma prematura, a licença maternidade, nos moldes como se apresenta, não consegue suprir tais funções.

A CF/88 assim estabelece:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XVIII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias

À Norma, soma-se o estabelecido pela Lei 11.770/2008, que institui o Programa Empresa Cidadã. O Diploma visa incentivar a prorrogação do prazo de licença maternidade, e assim dispõe:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)
I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal
Art. 5º A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada e do empregado pago nos dias de prorrogação de sua licença-maternidade e de sua licença-paternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

Conforme se observa nos textos legais transcritos, o prazo da Licença retira fundamento da própria Constituição Federal. Contudo, mostrando-se atento à relevância do instituto, bem como à necessidade de sua extensão, o legislador elaborou a Lei da Empresa Cidadã a fim dilatar o prazo. Nem todo empregador se vê obrigado a prorrogar a licença, se solicitado pela empregada, até cento e oitenta dias, mas, caso assim o queira, tem a possibilidade de fazê-lo aderindo à Lei.

O art. 5º acima transcrito estipula que o salário pago à empregada será compensado pela previdência, nos moldes do que já ocorre no instituto. Não se pode deixar de ressaltar a importância do diploma, uma vez que, agora, caso queira, a empresa pode optar por admitir a extensão da licença.

Cabe agora voltar a discussão para quando se inicia a interrupção do contrato de trabalho. Estabelece a [Lei nº 8.213 de 24 de Julho de 1991](#):

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Por ser concedido pela Previdência Social, há na doutrina a discussão se seria a Licença Maternidade hipótese de Suspensão ou de Interrupção do Contrato: esta, dá-se quando o empregado não trabalha, mas recebe o salário; aquela, quando não trabalha e não recebe. Para Alice Monteiro de Barros, trata-se de Suspensão, uma vez que a remuneração é paga não pelo empregador, mas pela Previdência Social. Isso se deve ao fato de, segundo ela, ser obrigação integral da Previdência arcar com os encargos a que faria jus a trabalhadora, uma vez que, de outra forma, estar-se-ia dando margem para a discriminação da mulher no mercado. Assim diz a doutrinadora:

Essa orientação deu ensejo à ADIn n. 1946-5-DF, onde se impugnou o teor da Emenda n. 20, de 1998, e a portaria n. 4883, de 1993. O STF, em sua composição plena e por unanimidade, deferiu a liminar postulada naquela ação, esclarecendo que a Previdência Social deve arcar integralmente com o benefício da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição da República. A decisão deixou clara a natureza previdenciária do salário-maternidade e reconheceu que transferir o encargo para o empregador, ainda que em parte, implica discriminação contar a mulher no mercado de trabalho, em afronta ao art. 5º, I, da Constituição da República de 1988, pois o empregador, onerando com esse encargo, irá, sem dúvida, restringir a contratação de

mulheres na fase de procriação. (cf. Revista LTr 63-5-582) (BARROS, 2009, p. 1107)

Contudo, há autores, como Eduardo Gabriel Saad, que entendem de outra forma, por sustentarem que perdura a obrigatoriedade do empregador em recolher mensalmente o FGTS e as demais contribuições da Lei nº 8.036/90.

De qualquer forma, o que nos interessa é saber que se trata de um benefício arcado pela Previdência Social e, como tal, sujeito às regras impostas pelo Direito Previdenciário. Estabelece a Lei 8.213/91, relativa aos Planos e Benefícios da Previdência:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

Pelo dispositivo, observa-se que, no mais tardar, a Licença deve ter seu início de gozo no dia do parto da criança. A partir de então, a mulher terá 120 dias – ou 180, caso seja contratada de Empresa Cidadã - para se dedicar ao bebê, integrando-o ao novo lar e garantindo-lhe o cuidado necessário para o início de seu desenvolvimento.

O prazo é razoável. Contudo, há de se observar que não é em todos os casos que o instituto se aplica com efetividade. Nos partos prematuros, a mulher vê o tempo que poderia usufruir para dedicar-se a seu filho mitigado pelo período de internação da criança. Isso porque, conforme demonstrado, contando-se o prazo da licença do momento do nascimento, parte dele será usufruído quando o recém-nascido ainda estiver sob cuidados hospitalares.

A situação demonstra flagrante violação aos princípios da Equidade e Proteção à Família, ambos Constitucionais, e, por isso, o Ordenamento não pode comportá-la. Sem a presença de uma regulamentação positiva do Direito, no entanto, as empresas não incorrem em irregularidade ao não fornecer tempo maior, principalmente porque o INSS irá se recusar a “reembolsá-las”.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Emenda Constitucional que visa regulamentar a questão. Será ele o foco deste trabalho a partir de agora.

4.2 Proposta de Emenda Constitucional 181/2015

Está em pauta no Congresso Nacional a PEC 181/2015, de autoria do senador Aécio Neves. O projeto altera o art. 7º, XVIII, da CF e assim dispõe:

Art. 1º O inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.7º

.....

XVII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias, estendendo-se a licença maternidade, nos casos de nascimento prematuro, à quantidade de dias de internação do recém-nascido, não podendo a licença exceder de 240 dias.

.....
 (NR)”

Conforme se verifica, o Projeto está em consonância com os julgados acerca do tema, que tendem a, da mesma forma, estender à licença o prazo de internamento do prematuro. Cita-se como exemplo o Agravo de Instrumento, relativo ao processo 00235950420164010000 0023595-04.2016.4.01.0000, analisado pelo Tribunal Regional da 1ª região, especificamente pelo desembargador federal Carlos Augusto Pires Brandão, em decisão monocrática. Abaixo, segue parte do argumento do magistrado:

(...) Por enquanto, impõe-se ao Judiciário o dever de fazer prevalecer os sobreditos princípios protetivos, analisando os contornos de cada hipótese vertente, bem como a imposição do contexto fático. Sob a perspectiva da necessidade de proteção da saúde e bem-estar da criança, reforça-se a possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela, ante a evidenciação de verossimilhança das alegações. Pelo exposto e sendo evidente o perigo da demora, num contexto no qual a licença concedida à Agravante se acha em vias de expiração, defiro pedido, para determinar à Agravada que estenda a licença-maternidade à quantidade de dias de internação do menor Bernardo Soares Marensina Unidade de Terapia Intensiva, não podendo a licença exercer a duzentos e quarenta dias. (...)

A decisão concede à servidora pública federal Marcela de Andrade Soares Marensi a prorrogação da licença. No que pese o fato de a autora ser servidora, e não empregada, o entendimento é análogo aos das trabalhadoras em regime celetista, visto que ambas – tanto celetistas, quanto estatutárias -, por óbvio, veem-se submetidas às mesmas problemáticas que envolvem o período pós parto. Além do mais, a própria decisão cita como base de fundamentação o Projeto de Emenda Constitucional aqui tratado:

"Importante salientar que o próprio legislador já iniciou o processo de disciplina do tema. Encontra-se em tramitação a PEC 181/2015 na Câmara dos Deputados, que tem origem

na PEC 99/2015 aprovada pelo Plenário do Senado Federal, que propõe a modificação do art. 7º, XVIII da Constituição Federal (...)"

A PEC 181/2015 já foi aprovada pelo Senado Federal e se encontra, atualmente, submetida à deliberação da Câmara dos Deputados. No Senado, quando da apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da casa, a relatora Simone Tebet emitiu o seguinte Parecer:

O princípio que norteia a PEC é o entendimento de que o prematuro é uma criança cujos cuidados demandam maior período de tempo, pois sua própria maior fragilidade torna por vezes necessário que ele permaneça internado por longos períodos, antes que tenha condições de deixar o hospital e ir para casa. A extensão da licença, nesses casos, revela-se essencial para garantir a saúde do bebê e o bem-estar da mãe. A criança prematura nasce com maiores riscos, e, conseqüentemente, demanda mais atenção e melhor proteção. Para a mãe, por seu turno, o pós-parto é um período de grande vulnerabilidade, quando podem surgir transtornos psicológicos graves. É importante ela estar física e mentalmente bem, para que possa garantir a atenção necessária ao recém-nascido. A mãe que tem um filho nascido em parto prematuro sofre em dobro. Além da interrupção antecipada da gestação, ela é privada de ter o seu filho nos braços e a ele dedicar cuidado e amor. Ela é submetida a uma rotina de acompanhante do filho na UTI, afastada do lar e da família e, muitas vezes, de seus outros filhos. Após a hospitalização, com a alta do recém nascido, retorna à sua casa com uma criança ainda frágil, sem orientação suficiente (nesses casos, nunca será suficiente), muitas vezes tem de tomar decisões sozinha e, para agravar a situação, tem consciência de que o tempo que poderá oferecer ao seu filho será menor que o normal, pois sua licença maternidade teve de ser antecipada e, portanto, precisará retornar ao trabalho antes do que seria aconselhável. Para uma mãe, pode haver parto prematuro, mas não filho prematuro - cada filho é longamente esperado, e merece, de sua parte, o mesmo carinho e cuidado. (...) O contato mais íntimo e constante da mãe com seu filho, nos primeiros meses de vida, estimula o desenvolvimento adequado das conexões neurais do bebê, e faz com que ele se sinta seguro e amado, o que vai trazer conseqüências positivas ao seu desenvolvimento. Uma incubadora pode cuidar do corpo, mas não do espírito, do afetivo. O contato com a mãe é insubstituível, e só pode ser plenamente exercitado quando a criança deixa a UTI e o hospital. Afinal, um parto só ocorre verdadeiramente quando a mãe tem o seu filho no colo de forma permanente, e não apenas em eventuais permissões médicas, em um ambiente hospitalar - que, por mais excelente que seja, jamais substituirá o lar, onde, costumeiramente, um espaço já está preparado para receber o novo membro da família. Consideramos, assim, mais que justa e adequada a proposta em exame, que busca justamente garantir - à mãe e à criança - o direito de cuidar e de ser cuidado.

O Parecer demonstra com clareza a relevância e urgência da modificação da lei. Impedir que a mãe goze dos cento e vinte dias para se dedicar, em casa, ao filho recém-nascido, pode impactar diretamente na saúde da criança. O Estado, enquanto responsável, juntamente com a família e sociedade, pelo o desenvolvimento integral da Criança e Adolescente não pode ser responsável pela mitigação deste contato entre mãe e filho. Tal como está, a Constituição da República acaba por submeter o bebê a situação comprometedora de seu desenvolvimento.

A PEC, atualmente, sofre críticas devido ao adendo realizado por relatório de autoria do Deputado Jorge Tadeu Mudalen. Por meio desse relatório foi incluída à PEC proposta de modificação aos arts. 1º, III, e 5º da CF, a fim de incluir nos mesmos proteção da vida desde a sua concepção. Assim diz o acréscimo mencionado:

Art. 2º Dê-se a seguinte redação ao inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal:

Art. 1º
III - a dignidade da pessoa humana, desde a sua concepção

Art. 3º Dê-se a seguinte redação ao caput do art. 3º, da Constituição Federal:

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

No que se refere à proposta de emenda original, há de se afirmar sua justeza e necessidade. Devido às alterações ocorridas, no entanto, há de se questionar as consequências de sua aprovação. A inclusão da expressão "desde a sua concepção" feita no projeto acaba por impossibilitar a legalidade do aborto mesmo nas hipóteses já permitidas, como nos casos de estupro, anencefalia do feto e risco de vida para a mãe. Dessa forma, a conquista trabalhista seria mitigada por um retrocesso aos direitos da mulher. Dar-se-ia um passo frente às garantias da criança e se retroagiria quanto às conquistas femininas conquistadas.

5 Conclusão

Diante do exposto, percebe-se que, para o caso dos filhos prematuros, admitir o início da licença maternidade como o dia do parto acaba por lesar demasiadamente tanto o direito da mulher, de exercer sua maternidade, quanto do filho, de ser assistido integralmente. Observa-se que tal como está, o instituto fere o princípio da igualdade material, uma vez que as mães com parto em período "normal" acabam por usufruir de prerrogativas que não são dadas àquelas com parto prematuro - estas acabam por se dedicar menos aos cuidados de seus bebês.

Para resolver a questão é necessário que se modifique as razões que levam à diferenciação. Conforme se demonstrou, o motivo do problema é o marco da contagem do prazo da licença. Dessa forma, entende-se oportuna a alteração do início da contagem para o dia da alta da criança do hospital, nos moldes propostos pela PEC 181/2015. Esta, estritamente no que se refere ao instituto, é válida e representa um avanço. Contudo, as modificações trazidas pelo deputado Jorge Tadeu Mudalen são extremamente prejudiciais às conquistas femininas, uma vez que lhes retira o direito básico de interromper a gravidez mesmo nos casos já autorizados pelo ordenamento.

Por isso, conclui-se que é extremamente necessária uma Emenda ao art 7º, XVII da CF e que a PEC 181-2015, nos moldes de sua proposta original, atenderia perfeitamente ao fim. Contudo, com os acréscimos realizados, não pode ser encarada como solução viável.

REFERÊNCIAS

A proteção constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos", 1ª edição, Barueri - SP, Manole, 2003,. Pág. 146

Barros, Alice Monteiro de. cf. Revista LTr 63-5-582) (BARROS, 2009, p. 1107)

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Direitos Iguais. Licença-maternidade deve ser uniformizada. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2010-jan-27/licenca-maternidade-casos-adocao-guarda-uniformizada?pagina=2> >. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006

LAFER, Celso *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 126

ROUSSEAU, J - J. O contrato social. In: Oeuvres complètes, tome III. Collection "Pléiade". Paris: Gallimard, 1757

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9 .ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 56.