

FACER – FACULDADES  
UNIDADE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO

LARA MARCELLE FERREIRA DO PRADO

**A CONCESSÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE EQUIPARADA À  
LICENÇA-MATERNIDADE**

RUBIATABA/GO

2015

FACER – FACULDADES  
UNIDADE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO

LARA MARCELLE FERREIRA DO PRADO

**A CONCESSÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE EQUIPARADA À  
LICENÇA-MATERNIDADE**

Monografia apresentada à FACER – Faculdades, Unidade Rubiataba, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha.

De acordo

---

Professora Orientadora

RUBIATABA/GO

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

LARA MARCELLE FERREIRA DO PRADO

**A CONCESSÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE EQUIPARADA À  
LICENÇA-MATERNIDADE**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA  
FACER – FACULDADES, UNIDADE RUBIATABA

RESULTADO: \_\_\_\_\_

---

Especialista NALIM RODRIGUES RIBEIRO ALMEIDA DA CUNHA

Orientadora

---

Examinador 1

---

Examinador 2

Rubiataba/GO, 2015.

Dedico o presente trabalho monográfico, primeiramente a Deus, autor do meu destino, meu guia e socorro presente na hora da angústia, meu refúgio e fortaleza. De forma especial dedico à minha mãe Mônica de Cássia Ferreira que ao longo desses cinco anos me proporcionou muito mais que amparo financeiro, mas equilíbrio emocional e espiritual durante essa longa jornada, me ajudando a conquistar o tão sonhado curso superior, ao meu irmão Henrique Ferreira do Prado, por me incentivar e mostrar que através dos estudos podemos chegar onde quisermos. Dedico aos meus avós José Ferreira e Neusa Quirino, que sempre foram esteio e sustento para mim, à minha tia Talitta Kobayashi e ao coordenador do curso de Direito Cláudio Roberto dos Santos Kobayashi, e ao meu padraсто José Roberto Ferreira, por todo o apoio durante o curso, por fim dedico ao meu namorado Jamilton Perreira dos Santos Junior que foi meu ombro amigo e me fez acreditar que eu era capaz nos momentos em que tudo parecia impossível.

É com imensa alegria e satisfação que agradeço a Deus, que me deu o dom da vida, e me deu a oportunidade de realizar um grande sonho, o curso de Direito. Agradeço a minha mãe, a quem devo à vida e o que sou, por ter exercido o papel de pai e mãe com maestria, sempre me ensinando o caminho correto a seguir, agradeço aos meus familiares e amigos que sempre me incentivaram na busca pelo conhecimento, ao longo desses cinco anos diversos foram os momentos em que contribuíram não só com minha formação acadêmica, mas me inspiraram como profissional e ser humano, agradeço ao meu namorado Jamilton Pereira dos Santos Junior por fazer meus dias mais doces, enfim agradeço a minha orientadora, a Professora Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha, por ter aceitado o convite para ser minha orientadora no presente trabalho, e tendo o realizado com maestria, pois ao longo de todo o trabalho monográfico demonstrou o quão capaz e competente é, não somente como profissional, mas também como ser humano, me ajudando com dedicação e paciência na construção do saber. Minha sincera gratidão a todos como mais pura forma de amor.

“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”

(Rui Barbosa)

**RESUMO:** No presente trabalho busca-se analisar a possibilidade de concessão do instituto da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, pautando-se nos princípios da dignidade humana e do melhor interesse para a criança. Uma vez que a legislação vigente não traz expressa previsão legal de tal hipótese, ainda, a grande discussão acerca da matéria, viu-se a necessidade de aprofundamento no tema. Fazendo uso do método de compilação bibliográfica e da técnica hipotético dedutiva, busca-se analisar a possibilidade jurídica da equiparação da licença-paternidade a licença-maternidade fazendo a análise dos entendimentos doutrinários e principalmente de recentes julgados de diferentes tribunais pátrios.

**Palavras-chave:** Previdência Social, Licença-paternidade, Licença-maternidade, Equiparação, Possibilidade.

**ABSTRACT:** This dissertation will try to expose and make an appraisal about the possibility of concession from the " instituto da licença paternidade " ( paternity leave guidances) based on its rules, and considering the principles of human integrity and the children's best interests ; once the current legislation does not cover nor explain within the law such matter. Paternity leave causes a significant amount of discussion and it is possible to see the lack of knowledge about the the subject. Using the bibliography compilation method and the hypothetic deductions techniques , has been possible to analyse within the law, the possibility to compare "maternity leave" to "paternity leave", taking into consideration the doctrine beliefs and mainly the similarity between cases judged around the country.

**Key-works:** Social Services, Paternity Leave, Maternity Leave, To Compare, Possibilities.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

Art. – Artigo

ADCT- Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CP – Código Penal

Des. – Desembargador

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

Fed. - Federal

HC – Habeas Corpus

INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social

nº - Número

ME- Medida Provisória

MM. - Meritíssimo

OIT – Organização Internacional do Trabalho

p. – Página

PL – Projeto de Lei

PSDB – Partido Social da Democracia Brasileira

RE – Recurso Extraordinário

RGPS – Regime Geral da Previdência Social

RJ – Rio de Janeiro

RPS – Regime da Previdência Social

SRT – Secretário de Relações do Trabalho

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TRF – Tribunal Regional Federal

§ - Parágrafo

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1. A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA PÁTRIA</b> .....	14
1.1 Breves aspectos históricos .....	14
1.2 Conceituação .....	15
1.3 A tutela específica .....	18
1.4 Dos benefícios previdenciários .....	23
1.5 O benefício de licença-maternidade e seus requisitos para concessão de acordo com a legislação vigente .....	27
<b>2. AS ESPECIFICIDADES LEGAIS REFERENTES À LICENÇA-PATERNIDADE PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA</b> .....	32
2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana e a paternidade .....	32
2.2 Licença-paternidade .....	35
<b>3. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA EQUIPARAÇÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE À LICENÇA-MATERNIDADE</b> .....	44
3.1 Da judicialização do tema .....	45
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	57
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	59

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho monográfico estuda-se a possibilidade legal no ordenamento jurídico vigente do gozo da licença-paternidade por igual período ao da licença-maternidade. Faz-se a análise da aplicabilidade da equiparação entre a licença-paternidade e a licença-maternidade, estudando as normas constitucionais previdenciárias e a legislação infraconstitucional aplicável.

A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar a possibilidade legal do gozo licença paternidade por igual período de tempo que a licença maternidade.

Isto porque, vez que a legislação vigente não traz tal hipótese, esta não deve ser negada ao pai, tendo em vista que o fundamento deste direito é proporcionar a mãe período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais a sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento, na falta da genitora tais cuidados devem ser prestados pelo pai e isto deve ser assegurado pelo Estado, nestas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre o da legalidade estrita, que concede tão somente à mulheres o direito de gozo da licença maternidade.

O desenvolvimento da pesquisa se dá em três capítulos, no primeiro capítulo estudam-se as regras previdenciárias atinentes à concessão do benefício de licença maternidade e todas as suas peculiaridades, em um breve histórico pode-se ver que a Seguridade Social engloba não somente a Assistência Social e Saúde, mas também a Previdência Social, que constantemente sofre mudanças em sua legislação.

No que tange a conceituação há a análise a respeito do que se trata a Previdência Social, ao que concerne a tutela específica dos benefícios previdenciários estuda-se os casos em que a Previdência Social estenderá seus benefícios aos contribuintes do sistema previdenciário, encontrando previsão legal na Lei 8.213/1991, por fim estuda-se o benefício de licença maternidade e seus requisitos para concessão de acordo com a legislação vigente.

Após a explanação da parte introdutória que é de suma importância para a compreensão do tema, o segundo capítulo trata das especificidades legais referentes à licença-paternidade prevista na legislação pátria, analisa-se os direitos

relativos à equiparação da licença-maternidade nos casos em que o pai será o responsável exclusivamente pelos cuidados com o bebê.

Logo após, há o estudo acerca do princípio da dignidade humana e a paternidade, pois é embasado nele que os magistrados vêm tomando decisões favoráveis aos pais viúvos, concedendo o benefício da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade. Estuda-se o instituto da licença-paternidade e suas peculiaridades, pois na licença-paternidade o período de afastamento das atividades laborais é de cinco dias, ao passo que na licença-maternidade tal período é de cento vinte dias. Observa-se que a respeito do salário-maternidade, ao homem não é assegurado tal benefício, já a mulher tem direito a receber sua remuneração integral no período de afastamento, que é pago pela Previdência Social.

Ao final, no terceiro capítulo, estuda-se a possibilidade jurídica da equiparação da licença-paternidade à licença-maternidade, o qual tem por objeto de análise a judicialização do tema concernente a equiparação.

Com base nos estudos, passa-se a apreciação de diferentes julgados, colacionados no intuito de se analisar a judicialização a respeito da questão. Por fim, são feitas ponderações específicas a respeito do posicionamento majoritário sobre a temática.

O método utilizado no desenvolvimento desta pesquisa foi compilação bibliográfica, aplicada a técnica hipotética dedutiva, partindo do geral para o específico. Na confecção da pesquisa foram utilizados os autores como Castro e Lazzari, Duarte, Kertzman, Martins, Savaris, dentre outros, os quais foram de suma importância para a realização da presente pesquisa.

## 1. A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA PÁTRIA

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro da equiparação da licença-paternidade à licença-maternidade, nos casos de viuvez do pai quando a mãe não é contribuinte da Previdência Social.

Para tanto, faz-se necessário entender como se desenvolveu o instituto da Previdência Social ao longo do tempo e como surgiu a respectiva proteção à maternidade. Para melhor compreensão do tema realizar-se-á uma breve conceituação sobre a Previdência Social; a análise da tutela específica e dos benefícios previdenciários, e, por fim, analisa-se o benefício de licença-maternidade e seus requisitos para concessão de acordo com a legislação vigente.

### 1.1 Breves aspectos históricos

A Previdência Social brasileira já passou por várias mudanças conceituais e estruturais, envolvendo o grau de cobertura, o elenco de benefícios oferecidos e a forma de financiamento do sistema. Aqui serão tratados apenas alguns pontos relevantes na história a respeito da Previdência Social, com o intuito de compreender melhor a aplicação dos benefícios previdenciários, o que contribuirá de forma significativa para a compreensão dos caracteres especiais relativos à licença-maternidade e a possibilidade de equiparação.

Nem sempre houve uma preocupação efetiva com a proteção dos indivíduos quanto aos seus infortúnios. Somente em tempos mais recentes, a partir do final do século XIX a questão tornou-se importante dentro da ordem jurídica dos Estados.

A Constituição de 1988, apelidada de "Constituição Cidadã"<sup>1</sup>, foi promulgada em 5-10-1988, tendo um capítulo que trata da Seguridade Social (arts.194 e 204). A Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde passaram a fazer parte do gênero Seguridade Sociais.

O Decreto nº 3.048, de 6-5-99 aprovou o Regulamento da Previdência Social (RPS), revogando assim os Decretos nº 2.172 e 2.173/97, existindo atualmente apenas um regulamento e não mais dois deles.

---

<sup>1</sup> A Constituição de 1988 foi assim apelidada, pois ela veio para afirmar direitos caçados no período da ditadura militar. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada). Acesso 20 mar 2015.

Martins (2012, p. 21) assim define a Seguridade Social:

O Direito da Seguridade Social é o conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeça de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A Seguridade Social engloba um conceito amplo, abrangente, universal, destinado a todos que dela necessitem desde que haja previsão na lei sobre determinada contingência a ser coberta. É na verdade, o gênero do qual são espécies a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde.

Consoante ao raciocínio acima exposto, Castro e Lazzari (2011, p. 35), dispõe sobre o tema:

O Estado Contemporâneo possui, entre suas funções, a proteção social dos indivíduos em relação a eventos que lhes possam causar a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de subsistência por conta própria, pela atividade laborativa. Tal proteção, que tem formação embrionária do Estado Moderno, encontra-se consolidada nas políticas de Seguridade Social, dentre as quais se destaca a Previdência Social.

A Previdência Social vai abarcar, em suma, a cobertura de contingências decorrentes de doença, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade, mediante contribuição, concedendo aposentadorias, pensões, etc.

Assim, vê-se que, no contexto histórico a proteção da Previdência Social visa abranger o trabalhador e sua família, no sentido de conceder direitos aos seus segurados, o que tem relação direta com o atendimento aos que estejam acometidos de infortúnios como nos casos de viuvez do pai quando a mãe não é contribuinte da Previdência Social, observando sua finalidade precípua que é a proteção familiar.

## **1.2 Conceituação**

Antes de um maior aprofundamento na análise acerca da equiparação da licença-paternidade a licença-maternidade, é importante compreender de que se

trata a Previdência Social, a qual é a responsável pela organização de todo o sistema de proteção, e que vai oferecer vários benefícios que garantem tranquilidade quanto ao presente assim como no futuro, assegurando um rendimento seguro que possibilite a manutenção da qualidade de vida dos beneficiários, trazendo a sensação de proteção aos beneficiários.

A Previdência Social tem por função possibilitar ao beneficiário através do benefício à manutenção de sua qualidade de vida tal qual quando estava ativo.

Os doutrinadores Castro e Lazzari (2011, p. 59), trazem sua definição de Previdência Social:

A Previdência Social é um direito subjetivo do indivíduo, exercitado em face da sociedade a que pertence, personificada na figura do Estado-Providência, impõe-se que esta sociedade participe do regime de seguro social, por meio de aportes que garantem recursos financeiros suficientes à aplicação da política de segurança social.

Corroborando com o entendimento dos autores citados acima, Vianna (2012, p. 24), traz o seu conceito de Previdência Social:

A Previdência Social constitui forma de seguro social contra os riscos a que estão submetidos os trabalhadores e seus dependentes. É um esquema segurador, onde participam os trabalhadores, empregadores e o Estado, visto que instituído em favor de todos esses. Releva notar: é um esquema similar ao seguro privado, mas com a marca indelével da solidariedade inerente aos sistemas de seguridade social. Na Previdência Social concentram-se interesses de toda nação.

Para Martins (2012, p. 285) o conceito de Previdência Social é o seguinte:

Previdência vem do latim *pre videre*, ver com antecipação as contingências sociais e procurar compô-las, ou de *praevidentia*, prever, antever. O objetivo principal da Previdência Social é estabelecer um sistema de proteção social para proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família. É transformar algo futuro e incerto, na possibilidade de recebimento do benefício, se acontecer a contingência.

Interessante se faz lançar mão da definição de previdência social sob o olhar da própria instituição, disponibilizado em seu sitio<sup>2</sup> oficial, veja-se:

A Previdência Social é o seguro social para a pessoa que contribui. É uma instituição pública que tem como objetivo reconhecer e conceder direitos aos seus segurados. A renda transferida pela Previdência Social é utilizada para substituir a renda do trabalhador contribuinte, quando ele perde a capacidade de trabalho, seja pela doença, invalidez, idade avançada, morte e desemprego involuntário, ou mesmo a maternidade e a reclusão.

Cabe ressaltar que a Previdência Social é uma forma de assegurar ao trabalhador, com base no princípio da solidariedade, benefícios ou serviços, quando seja atingido por uma contingência social. Entende-se, assim, que o sistema é baseado na solidariedade humana, em que a população ativa deve sustentar a inativa, os aposentados. As contingências sociais seriam justamente o desemprego, a doença, a invalidez, a velhice, a maternidade, a morte etc.

O princípio da solidariedade do sistema previdenciário, em síntese, é o princípio que acarreta a contribuição dos segurados para o sistema, com a finalidade de mantê-lo, sem que necessariamente usufrua dos seus benefícios. Uma vez nos cofres da previdência social, os recursos serão destinados a quem realmente deles necessitar.

Kertzman (2010, p. 30), nos ensina sobre o princípio da solidariedade:

A solidariedade justifica a situação do segurado que recolheu contribuição durante muitos anos sem jamais ter-se beneficiado. A previdência atende, por outro lado, aos dependentes do segurado falecido, no início de sua vida profissional, concedendo-lhes o benefício da pensão por morte.

Não existe um modo único de se prover aos indivíduos a proteção social quanto aos infortúnios que afetam sua capacidade de labor e subsistência. Assim, têm-se no âmbito mundial vários sistemas em funcionamento, estando muitos deles em fase de transição - assim como nosso sistema que sofre alterações regularmente - e outros, em que o modelo originário já foi substituído.

---

<sup>2</sup> Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/politica-de-previdencia-social/>. Acesso em: 27 fev 2015.

Observando o ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se que de acordo com o sistema vigente caberia a adequação legal, nos casos de pais viúvos, conforme já existe a adequação legal para adotantes, aceitando expressamente essas novas situações.

### **1.3 A tutela específica**

No contexto de compreensão acerca das características formadoras da Previdência Social, a fim de que seja realizada uma análise específica, faz-se necessário compreender maiores detalhes sobre a tutela previdenciária existente a fim de um melhor entendimento, tendo em vista que, visa-se no presente estudo analisar sobre a possibilidade jurídica de equiparação da licença-paternidade a licença-maternidade nos casos de viuvez do pai quando a mãe não é contribuinte da Previdência Social.

Estudar-se-á a seguir os casos em que a Previdência Social estenderá seus benefícios aos contribuintes do sistema previdenciário.

No Brasil, como Estado Democrático de Direito que é, o Poder Judiciário possui a atribuição da aplicação do direito objetivo para cada caso em concreto, como fonte do princípio da legalidade. Assim, foi criado um aparato estatal especializado na composição de litígios, e, posto amplamente à disposição das partes, garantido constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXV da Carta Magna<sup>3</sup>. Portanto, resta defeso hoje ao cidadão exercer a autotutela, e a defesa privada de seus interesses, sob pena, inclusive, de incorrer no delito do “exercício arbitrário das próprias razões”, conforme descrito no art. 345 do Código Penal<sup>4</sup>.

Considerando o papel do processo na efetiva tutela dos direitos previdenciários, também seu posicionamento como direito fundamental constitucionalizado, há de se observar os tipos de procedimento, bem como as regras de prescrição e decadência em termos de Direito Previdenciário, não apenas com o escopo de preservar a estabilidade das relações jurídicas, ou o meio mais célere na resolução destas, mas sim, e principalmente, a de garantir a efetividade da

---

<sup>3</sup> Art. 5º, XXXV – “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 mar 2015.

<sup>4</sup> Art. 345 – “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 03 mar. 2015.

prestação jurisdicional na resolução dos conflitos de direito material conforme preconizado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República<sup>5</sup>.

Nos termos do art. 201 da Constituição Federal, a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo de filiação obrigatória, observando os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998);
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998);
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998);
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998);
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Esses são os eventos, constitucionalmente eleitos, que podem levar a um estado de necessidade social que será superado por meio das prestações previdenciárias, expressas em benefícios e serviços, sem prejuízo do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal<sup>6</sup> no sentido de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Duarte (2010, p. 349), faz a seguinte afirmação:

Convém o esclarecimento de que os benefícios assistenciais não se confundem com os benefícios devidos pela Previdência Social. Os sociais são concedidos com base unicamente na necessidade, enquanto os previdenciários requerem prévia filiação ao Regime Geral da Previdência Social e que estes filiados contribuam para o

<sup>5</sup> Art. 5º, XXXV, Constituição Federal. "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 03 mar 2015.

<sup>6</sup> Art. 5º, § 2º da Constituição Federal. "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html). Acesso em: 03 mar 2015.

sistema. O principal benefício da Assistência Social é o benefício de prestação continuada, comumente conhecido por LOAS.

Tais prestações ocorrem na modalidade de benefício, que são valores pagos em pecúnia<sup>7</sup>.

Os sujeitos ativos da relação jurídico-previdenciária são denominados beneficiários, e dividem-se em segurados e dependentes, conforme o art. 10<sup>8</sup> e seguintes da Lei nº 8.213/91.

Segundo Castro e Lazzari (2012, p. 205), os segurados dividem-se em obrigatórios e facultativos:

São assegurados obrigatórios da previdência social; as seguintes pessoas físicas que exercem atividade remunerada sujeitas à filiação obrigatória:

- os empregados;
- os trabalhadores avulsos;
- os empregados domésticos;
- os contribuintes individuais; e
- os segurados especiais.

São segurados facultativos os maiores de 16 anos que se filiarem ao regime geral da previdência social, mediante contribuição, desde que não incluídos nas categorias de segurados obrigatórios.

Vianna (2012, p. 429), leciona sobre a matéria:

A idade mínima de 16 anos decorre do disposto no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, na redação da Emenda Constitucional nº 20/98, a qual fixa nessa idade o limite mínimo para ingresso no mercado de trabalho. Ainda, por força do art. 201, § 5º, da Carta Política, é vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

Os benefícios previstos pelo Regime Geral de Previdência Social possuem características distintas e regras próprias de concessão. Os benefícios

---

<sup>7</sup> Sinônimo de dinheiro. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/pecunia/>. Acesso em: 20 mar 2015.

<sup>8</sup> Art. 10 da Lei 8.213/91. "Os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social classificam-se como segurados e dependentes, nos termos das Seções I e II deste capítulo". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 03 mar 2015.

previdenciários prestados pelo RGPS estão previstos no art. 18 da Lei de Benefícios<sup>9</sup>.

Por meio das prestações a previdência social vai oferecer condições para os beneficiários superarem o estado de necessidade social que dá ensejo às mesmas. As prestações dividem-se em benefícios e serviços. Os benefícios são prestações de natureza patrimonial, quer dizer, são concedidos em dinheiro, conforme dito anteriormente, enquanto os serviços têm natureza não patrimonial.

Segundo o art. 16 da Lei<sup>10</sup> nº 8.213/91, há três classes de dependentes do segurado, a saber:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011);

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).

O art. 18 da Lei da Lei de Benefícios<sup>11</sup>, a Lei 8.213/9, especificamente tem seu inciso II, também trata dos dependentes, veja-se:

---

<sup>9</sup>Lei 8.213/91. Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de serviço;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006)
- d) aposentadoria especial;
- e) auxílio-doença;
- f) salário-família;
- g) salário-maternidade;
- h) auxílio-acidente;
- i) abono de permanência em serviço; (Revogada pela Lei nº 8.870, de 1994). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 03 mar 2015.

<sup>10</sup> Art.16 da Lei nº 8.213/91. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 03 mar 2015.

II - quanto ao dependente:

- a) pensão por morte;
- b) auxílio-reclusão;

Os ganhos auferidos pelo trabalhador, como é cediço, tanto sustentam a si como também garantem a subsistência de sua família. Daí que a proteção conferida pela Previdência Social não se restringe ao segurado, abrangendo, igualmente, os seus dependentes.

Martins (2012, p.298) nos ensina que “ Dependente é o beneficiário das prestações em razão de vínculo previdenciário com o segurado. O segurado é beneficiário direto das prestações da Seguridade Social. O dependente é beneficiário indireto”.

O Direito Previdenciário leva em consideração a dependência econômica das pessoas arroladas nos art. 16 e 18 em relação ao segurado.

Savaris (2011, p. 62), afirma que “O direito à previdência social é um direito constitucional fundamental e temos de reconhecer, assim, que a negação de tal direito em juízo pode conduzir a graves consequências humanas e sociais”.

Os beneficiários da Previdência Social são os segurados - beneficiários diretos - e seus dependentes - beneficiários indiretos, conforme, aliás, expressamente prevê a Lei<sup>12</sup> 8.213/91. Dessa vinculação do segurado à Previdência Social nasce a obrigação contributiva para o segurado e o dever de proteção (concessão de benefícios e serviços) para o ente segurador – INSS. Essas pessoas receberão a proteção previdenciária do Instituto Nacional do Seguro Social.

A condição de segurado ou dependente é essencial para a caracterização do direito ao benefício nos casos previstos em Lei. Apesar do pai e da mãe possuírem direitos na ocasião do nascimento do filho - a mãe por óbvio precisa se recuperar do parto e o bebê necessita de cuidados especiais - pode ser observado nos casos de viuvez paterna, em que a mãe não é contribuinte da Previdência Social, não há

---

<sup>11</sup> Lei 8.213/91. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 03 mar 2015.

<sup>12</sup> Lei 8.213/91. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 03 mar 2015.

respaldo na legislação vigente, pois o recém-nascido continua a necessitar de cuidados, dos quais o pai terá que suprir na ausência materna.

#### **1.4 Dos benefícios previdenciários**

A Previdência Social Brasileira, através do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS concede uma série de benefícios previdenciários, tendo em vista a temática em estudo, é necessário fazer uma breve explanação dos benefícios concedidos, focando principalmente na licença maternidade que é o objeto de pesquisa no que diz respeito à equiparação.

O INSS ao conceder os benefícios de prestação continuada, deve observar os preceitos legais que regem a matéria, para que tais prestações sejam pagas de modo correto, ou seja, correspondentes às contribuições pagas pelo segurado, e respeitando suas respectivas bases de cálculo previstas em lei, tendo em vista o tipo de benefício concedido, além do fato que ensejou a sua concessão - o qual determinará o seu enquadramento legal.

Para facilitar a compreensão do tema, será usada a forma de divisão de Kertzmam (2010, p.373), veja-se:

- 1) Pagos aos Segurados:
  - a) Aposentadorias:
    - Aposentadoria por Invalidez;
    - Aposentadoria por Idade;
    - Aposentadoria por Tempo de Contribuição;
    - Aposentadoria Especial
  - b) Salários:
    - Salário-Família;
    - Salário-Maternidade
  - c) Auxílios:
    - Auxílio-Doença;
    - Auxílio-Acidente
- 2) Pagos aos Dependentes
  - a) Pensão por Morte;
  - b) Auxílio-Reclusão

Os benefícios se classificavam em dois gêneros: benefícios de prestação única ou instantânea e os benefícios de prestação continuada; como assim o define a Constituição Federal<sup>13</sup>. No entanto, os primeiros desapareceram do enorme elenco de benefícios dispensados pela atual legislação previdenciária, o salário-maternidade tem natureza salarial, embora não seja pago pelo empregador e não esteja na relação direta de trabalho.

Desta forma, o salário-maternidade compõe o salário-de-contribuição da segurada e o período a ele relativo é considerado como de serviço para todos os efeitos legais, previdenciários e trabalhistas.

A Previdência Social é um seguro que garante uma aposentadoria ao contribuinte quando ele para de trabalhar.

Neste sentido acrescentam Castro e Lazzari (2011, p.597), "a aposentadoria é a prestação por excelência da Previdência Social, juntamente com a pensão por morte. Ambas substituem, em caráter permanente (ou pelo menos duradouro), rendimentos do segurado, e asseguram sua subsistência, assim como daqueles que dele dependam".

A aposentadoria é garantida constitucionalmente, minuciosamente tratada no art. 201, § 7º, I e II da Constituição Federal<sup>14</sup>, de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Para ter direito a esse benefício, o trabalhador deve pagar uma contribuição mensal durante um determinado período ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. O tempo de contribuição varia de acordo com o tipo de aposentadoria. O INSS administra o recebimento dessas mensalidades e paga os benefícios aos aposentados que contribuíram e que se aposentaram.

<sup>13</sup> Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 04 mar 2015.

<sup>14</sup> Art.201 da Constituição Federal (...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 04 mar 2015.

Esse salário substitui a renda do trabalhador que contribuiu quando ele para de exercer sua função, seja por doença, idade avançada ou condições de trabalho prejudiciais à saúde, como locais com excesso de barulho ou poeira, etc.

O Salário-família é o benefício devido ao segurado empregado ao trabalhador avulso de baixa renda, na proporção do respectivo número de filhos ou equiparados, menores de 14 anos, ou inválidos, de qualquer idade.

Kertzman (2010, p.404) destaca que “são equiparados aos filhos os enteados e os tutelados, desde que não possuam bens suficientes para o próprio sustento, devendo a dependência econômica de ambos serem comprovada”.

O salário-maternidade é o benefício previdenciário pago pelo INSS à segurada – qualquer segurada - gestante durante o período previsto em lei, o objetivo precípuo desse instrumento de proteção social é assegurar remuneração à gestante durante o período de afastamento das atividades laborais em virtude do parto, aborto ou adoção.

Esse benefício possui previsão constitucional nos artigos 7º, XVIII e 201, II, da Carta Política<sup>15</sup>. No primeiro está assegurada a licença-maternidade, no segundo, o salário maternidade, também está disciplinado nos arts. 71 se seguintes da Lei<sup>16</sup> nº 8.213/91.

Vianna (2012, p. 539) ensina-nos sobre o tema:

Para a segurada empregada, inclusive a doméstica, observar-se-ão, no que couberem, as situações e condições previstas na legislação trabalhista relativa à proteção à maternidade. Em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico.

---

<sup>15</sup> Art. 7º da Constituição Federal. 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;

Art. 201 da Constituição Federal. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 04 mar 2015.

<sup>16</sup> Lei 8.213/91. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 04 mar 2015.

A Lei<sup>17</sup> nº 10.421/02 garantiu o salário-maternidade à segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, dependendo da idade.

Por outro lado, o Auxílio-Doença é o benefício concedido ao segurado impedido de trabalhar por doença ou acidente por mais de 15 dias consecutivos. No caso dos trabalhadores com carteira assinada, os primeiros 15 dias são pagos pelo empregador, exceto o doméstico, e a Previdência Social paga a partir do 16º dia de afastamento do trabalho dos demais trabalhadores. Para os demais segurados inclusive o doméstico, a Previdência paga o auxílio desde o início da incapacidade e enquanto a mesma perdurar.

Martins (2012, p. 327) dispõe que “em ambos os casos, o segurado deve requerer o benefício por escrito. Para concessão de auxílio-doença é necessária a comprovação da incapacidade em exame realizado pela perícia médica da Previdência Social”.

Já o Auxílio-Acidente é o benefício pago ao trabalhador que sofre um acidente e fica com sequelas que reduzem sua capacidade de trabalho. O benefício é concedido para segurados que recebiam auxílio-doença.

A Medida Provisória<sup>18</sup> 664/14, que começou a vigorar março/2015, dispõe que o prazo de afastamento para que a responsabilidade passe do empregador para o INSS será de 30 dias. Além disso, a ME estabeleceu um teto para o valor do auxílio equivalente à média das últimas 12 contribuições.

Possui direito ao auxílio-acidente o trabalhador empregado, o trabalhador avulso e o segurador especial. O empregado doméstico, o contribuinte individual e o facultativo não possuem direito ao benefício.

A Pensão por Morte é o benefício pago à família do trabalhador quando ele morre. Para concessão de pensão por morte, não havia tempo mínimo de contribuição, porém após a edição da ME<sup>19</sup> 664/14 é necessário que o segurado tenha contribuído por 24 meses, no caso do segurado ser casado (a) ou estar em união estável, o tempo mínimo de convívio é de 2 anos pelo menos.

---

<sup>17</sup> Lei nº 10.421/02. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm). Acesso em: 04 mar 2015.

<sup>18</sup> Medida Provisória 664/14. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm). Acesso em: 04 mar 2015

<sup>19</sup> Medida Provisória 664/14. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm). Acesso em: 04 mar 2015.

O cálculo também mudou a pensão não será mais paga integralmente, será de 50% do valor, mais 10% por dependente. Cônjuges jovens não receberão mais pensão vitalícia, e o pagamento vai depender da expectativa de vida do beneficiário.

Por fim, trataremos do Auxílio-Reclusão que é um benefício devido não ao segurado, mas aos seus dependentes, enquanto este estiver recolhido à prisão, durante o período em que estiver preso, em regime fechado ou semiaberto.

Não cabe concessão de auxílio-reclusão aos dependentes do segurado que estiver em livramento condicional ou cumprindo pena em regime aberto.

Vianna (2012, p.553) destaque "equipara-se à condição de recolhido à prisão a situação do segurado com idade entre 16 e 18 anos que tenha sido internado em estabelecimento educacional ou congênere, em custódia do Juizado de Infância e da Juventude".

Ciente de que os benefícios previdenciários são prestações pecuniárias e que a Previdência Social dispensa ao trabalhador obstaculizado na sua remuneração pelas deficiências antes demonstradas, a análise de tais benefícios é importante, pois, dada a fatalidade da viuvez do pai, fica clara a necessidade que o mesmo aufera renda mensal para custear os gastos com seu filho.

### **1.5 O benefício de licença-maternidade e seus requisitos para concessão de acordo com a legislação vigente**

Por oportuno, serão analisados os benefícios neste tópico a respeito da licença-maternidade e os requisitos para concessão do mesmo tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro vigente, uma vez que a temática central trata da equiparação da licença-paternidade a licença-maternidade, nos casos de viuvez do pai quando a mãe não é contribuinte da Previdência Social; faz-se necessário o estudo da licença-maternidade como fonte de equiparação.

Martins (2012, p. 377) conceitua o salário-maternidade da seguinte forma "o salário-maternidade é o benefício previdenciário consistente na remuneração paga pelo INSS à segurada gestante durante seu afastamento, de acordo com o período estabelecido por lei e mediante comprovação médica".

Tsutiya (2011, p. 310), traz sua definição de salário-maternidade:

O salário-maternidade é o benefício pago pela Previdência Social à segurada gestante durante o período previsto em lei, o objetivo

precípua desse instrumento de proteção social é assegurar remuneração à gestante durante o período de afastamento das atividades laborais em virtude do parto, aborto ou adoção.

A concessão do salário-maternidade independe do número de contribuições paga pela segurada empregada, trabalhadora e empregada doméstica.

Para as seguradas contribuintes individuais, segurada especial (enquanto contribuinte individual) e segurada facultativa, o prazo de carência é dez contribuições mensais, de acordo com a Lei<sup>20</sup> 9.876/99.

De acordo com o art. 93, § 2º do Decreto<sup>21</sup> 3.048/99, com redação conferida pelo Decreto n. 5.545/2005; será devido o salário-maternidade à segurada especial desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses; imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontinuada.

Castro e Lazzari (2011, p.693), lecionam sobre a matéria:

A proteção à trabalhadora gestante é garantida, no Brasil, tanto no âmbito do Direito do Trabalho como no do Direito Previdenciário. No campo previdenciário, evidencia-se a proteção da mulher gestante pela concessão do benefício denominado salário-maternidade com duração em geral de 120 dias, com início no período de 28 dias até o dia do parto, o dia do parto e mais 91 dias depois dele.

Em casos excepcionais, os períodos de repouso anteriores e posteriores ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico. Assim, a segurada poderá obter até quatro semanas adicionais de descanso.

Tratando-se de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto<sup>22</sup>, este último comprovado mediante certidão de óbito, a segurada terá o direito aos cento e vinte dias previstos em lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS.

---

<sup>20</sup> Lei nº 9.876/99, que deu nova redação ao art. 25 da Lei nº 8.213/91. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19876.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm). Acesso em 06 mar 2015.

<sup>21</sup> Decreto Lei 3.048/99. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em 06 mar 2015.

<sup>22</sup> Natimorto - é o bebê que não tem batimentos cardíacos ao nascer. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668>. Acesso em: 20 mar 2015.

Nos casos de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas.

O início do benefício se dá com o afastamento do trabalho pela segurada, o qual é determinado com base em atestado médico ou certidão de nascimento do filho. Compete à interessada instruir o requerimento do benefício com os atestados médicos necessários.

O salário-maternidade também é devido à segurada que adotar ou obtiver guarda judicial de acordo com a Lei<sup>23</sup> n. 10.421/2002:

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013).

Essa informação possui extrema relevância, pois na continuação deste estudo, será objeto de análise tal benefício de forma equiparada entre o salário-maternidade nos casos de adoção em relação aos casos de viuvez paterna, quando a mãe não é contribuinte da Previdência Social.

O salário-maternidade consistirá numa renda mensal igual à remuneração integral da segurada empregada e da trabalhadora avulsa, de acordo com o art. 72 da Lei<sup>24</sup> n. 8.213/91. Conforme a redação do art. 73 da referida lei, para as demais seguradas consistirá:

Art. 73. Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consistirá: (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

I - em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

---

<sup>23</sup> Lei n. 10.421/2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm). Acesso em: 06 mar 2015.

<sup>24</sup> Art. 72 da Lei n. 8.213/91. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em 06 mar 2015.

II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas. (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

Em qualquer caso, é garantido o pagamento do salário-maternidade no valor de um salário mínimo. Nos casos de empregos concomitantes, a segurada fará jus ao salário-maternidade relativo a cada vínculo empregatício.

O salário-maternidade não poderá ser acumulado com benefício por incapacidade, o qual deverá ser suspenso enquanto perdurar o referido pagamento.

Conforme as lições de Vianna (2012, p. 541), o valor do salário-maternidade varia de acordo com o tipo de associação da mãe trabalhadora, veja-se:

Para a segurada empregada:

- As seguradas que possuem salário fixo receberá o valor integral da remuneração mensal;
- As seguradas que possuem salário variável receberá o equivalente à média salarial dos últimos seis meses;
- As seguradas que recebem acima do teto salarial do Ministro do Supremo Tribunal Federal terá o salário-maternidade limitado a R\$ 33.763,00.

A trabalhadora avulsa receberá o equivalente ao último mês de trabalho, observado o teto de R\$ 33.763,00.

Para a empregada doméstica o salário-maternidade é equivalente ao último salário de contribuição, observados os limites mínimo e máximo do salário de contribuição para a Previdência Social.

A trabalhadora rural tem direito a um salário mínimo, e as contribuintes individual e facultativa têm direito ao equivalente a média dos 12 últimos salários.

É importante ressaltar que é necessário exigir que o valor real da remuneração conste na carteira de trabalho, pois isso terá reflexo direto quando a mulher for receber o salário-maternidade, já que o que vai ser considerado é o que está registrado.

Por fim, o pagamento do salário-maternidade cessa após o período de cento e vinte dias ou pelo falecimento da segurada.

Conclui-se que as regras e os principais requisitos para a concessão do salário-maternidade possuem extrema importância para a compreensão do tema central em discussão, pois o benefício não visa somente a uma melhor qualidade de vida para a mãe, mas tem como foco principal o bebê, que necessita de cuidados especiais, o que deixa em evidência a necessidade que vem a justificar uma abertura para o reconhecimento da possibilidade jurídica da licença-paternidade ao pai viúvo, nos casos em que a mãe não é contribuinte da Previdência Social.

No próximo capítulo, far-se-á a análise acerca da concessão de licença paternidade e da licença adotante de forma comparativa as regras atinentes a concessão da licença maternidade a fim de averiguar a possibilidade no ordenamento jurídico vigente da concessão da licença-paternidade ao pai viúvo nos casos em que a mãe não é contribuinte da Previdência Social.

## **2. AS ESPECIFICIDADES LEGAIS REFERENTES À LICENÇA-PATERNIDADE PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA**

O presente estudo intenta analisar o instituto da licença-paternidade, especificamente os direitos relativos à equiparação da licença-maternidade em casos de viuvez paterna.

A legislação vigente não traz de maneira específica tal hipótese, todavia, parece ser cabível o reconhecimento do direito a licença remunerada no caso de viuvez, haja vista que o fundamento deste direito é proporcionar a mãe período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais a sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento. Na falta da genitora tais cuidados devem ser prestados pelo pai e isto deve ser assegurado pelo Estado. Nestas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre o da legalidade estrita, que concede tão somente às mulheres o direito de gozo da licença-maternidade de 120 dias.

Neste capítulo, a licença-paternidade é analisada à luz dos princípios constitucionais vigentes, salientando os pontos relevantes em questão às regras atualmente aplicáveis.

### **2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana e a paternidade**

Antes de se tratar especificamente sobre a licença-paternidade, faz-se necessário a compreensão do instituto do princípio da dignidade da pessoa humana, pois é embasado nele que os magistrados vêm tomando decisões favoráveis aos pais viúvos, concedendo o benefício da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana ocupa uma posição de suma importância no ordenamento jurídico, através dele surgem outros princípios e normas jurídicas, sendo reconhecido como um valor fundamental para a pessoa humana.

Schreiber (2011, p. 156) conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana:

A sua ideia principal é a proteção do indivíduo independentemente de sua estima, ou seja, não importa o que o ser humano é ou deixar de ser, ele tem garantido sua direita integridade física, moral e de seu valor intrínseco, assim seria a dignidade da pessoa humana em síntese: "A dignidade da pessoa humana é o valor síntese que reúne as esferas essenciais desenvolvimento e realização da pessoa humana."

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF/1988, possui finalidade jurídica, buscada pela sociedade e pelo Estado.

De acordo com os ensinamentos de Barroso (2012, s/p), o princípio da dignidade "Surgiu nos primórdios da sociedade humana, com a origem bíblica da criação do homem imagem e semelhança de Deus e depois ao decorrer da história da humanidade na filosofia, com a ideia de centralidade do homem no iluminismo, como a valoração do sujeito em si", atualmente tal princípio vigora no âmbito jurídico onde se tornou um dos princípios basilares do direito.

Além da sua importância para a Constituição Brasileira, o princípio ora discutido é gerador de outros princípios e normas jurídicas, e possui ampla repercussão internacional, como em cartas internacionais e outras constituições estão presentes no âmbito universal, na carta de Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU; sendo o princípio enquadrado como fundamental e essencial à pessoa humana, também se faz presente na Carta Interamericana de Direitos Humanos.

Mendes e Branco (2011, p. 155) afirmam que "a vida humana como valor central do ordenamento jurídico é pressuposto existencial dos demais direitos fundamentais, além da base material do próprio conceito de dignidade da pessoa humana."

Pelo seu reconhecimento de direito fundamental com um valor axiológico, e de suma importância no ordenamento jurídico, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é um princípio basilar dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Após a análise do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, passa-se ao estudo quanto à forma que tal princípio pode ser aplicado em casos concretos, como o da problemática em questão.

Barroso (2012, s/p), explica o seguinte:

Os princípios são normas jurídicas que se aplicam na modalidade tudo ou nada, como regra, possuindo uma dimensão de peso ou importância a ser determinada diante do caso concreto, é o princípio que limita o fim em si mesmo, ou seja, a limitação das ações do homem serve como estrutura das ideias jurídicas sociais.

Há muitas críticas sobre sua abstratividade e de como tal princípio pode ser concretizado, pois ele está sujeito à proporcionalidade do caso concreto exposto a ponderação, mas cada caso é um caso e o princípio tem sido utilizado como fundamento de muitas decisões de casos complexos, apresentados a magistrados.

Mendes e Branco (2011, p. 158) ressaltam que:

A dignidade da pessoa humana é um princípio que contém uma carga axiológica, assim como é um dos princípios que fundamentam casos difíceis resolução através da jurisprudência brasileira e das normas e outros princípios da própria dignidade da pessoa humana, nos casos de proteção a criança em que são assegurados no art. 227 da CRFB/1988, o direito a dignidade da criança, na qual se refere ao princípio intrínseco, mas o que seria esse princípio? O que está inserido dentro do ser humano, todos têm a dignidade em ser.

Toda pessoa deve ser protegida á luz da sua dignidade, reconhecida como marco central do ordenamento jurídico, nessa linha, a pessoa que se torna pai deve receber proteção jurídica interna quanto ao estado de paternidade.

Silva (2001, p. 253) ensina sobre a paternidade contemporânea :

O direito muda de acordo com a sociedade, assim a paternidade ganhou outros rumos, além do papel de chefe de família e protetor da família, o pai também ganhou o encargo de cuidado com os filhos, nossa própria constituição no art. 229 da o mesmo peso entre o homem e a mulher de cuidados com a família e principalmente com os filhos.

De acordo com Tartuce (2014, p. 148), “a figura paterna, sempre foi importante para família, historicamente as famílias são paternalistas, porque o homem era considerado o chefe da família.” Havia sempre um padrão, no qual o homem/pai ia trabalhar e a mulher/mãe ficava em casa cuidando dos filhos, porém, com o decorrer do tempo as coisas vêm mudando e cada vez mais as mães têm-se inserido no mercado de trabalho e há atualmente um grande número de pais que cuidam de deveres domésticos e dos filhos, ocorrendo assim à inversão dos papéis na sociedade.

Na concepção de Gonçalves (2011, 245), “O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. ” Depreende-se que com a falta da mãe para os cuidados, cabe ao pai tais cuidados, sendo assim, concedida pelo juiz estabelecida a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, devendo ser atendido os direitos fundamentais da criança, que é um direito supracitado no rol dos direitos fundamentais, onde se deve garantir à criança condições mínimas de cuidados emocionais, físicos e de desenvolvimento, assegurados pelo meio de convivência familiar, carinho e atenção dos pais.

Thomé (2012, s/p) ressalta a figura paterna ao afirma que “o laço paterno é muito importante para criação de uma criança e de desenvolvimento para saúde física e mental e para a formação do cidadão. ”

Assim, conclui-se que o princípio da dignidade humana possui importância fundamental para a aquisição de direitos básicos do ser-humano, tornando possível o alcance de diversos direitos que muitas vezes são negados ao cidadão, tal princípio tornou-se a base primordial de fundamentação nas decisões que concedem o benefício da licença-paternidade, nos moldes da licença-maternidade aos pais viúvos, conforme é possível observar nos arestos que estão colacionados no próximo capítulo.

## **2.2 Licença-paternidade**

Com o intuito de analisar a licença-paternidade, que é o ponto central da problemática em estudo, faz-se necessário demonstrar aqui o conceito da licença-paternidade e seus requisitos.

Para Silva (2001, p. 257) “ao decorrer do tempo o papel do homem na família vem sendo modificado lentamente, assim o homem que sempre foi classificado como o provedor da família, e a mulher que sempre teve o papel de cuidar a família estão mudando. ” Apesar de ainda haver separação sexista em torno do trabalho e da família e o homem vêm sendo integrado nos cuidados com a família, pois há divisão e igualdade de deveres e responsabilidades entre ambos.

Apesar de homens e mulheres serem desiguais; eles compartilham dos mesmos direitos e deveres, conforme leciona Silva (2001, p.259) “Todos os homens considerados, quanto a sua natureza são iguais e desiguais quanto a suas

qualidades essenciais, ao número de suas faculdades, a sua origem, e ao seu fim último.”

A mulher pode gerar e dar à luz aos filhos, por isso lhe foi concedido o direito à licença-maternidade no período de cento e vinte dias; ocorre que o homem também faz parte dessa relação e tem incumbido a si o dever de zelar pelo acompanhamento e educação dos filhos.

Duarte, (2010, p. 349), traz o conceito de licença-paternidade:

A licença-paternidade é o direito assegurado a todos os trabalhadores urbanos, rurais e domésticos, tendo por objetivo a ausência remunerada do empregado ao serviço a partir do nascimento de seu filho, para que possa dar assistência e dispensar cuidados à esposa e ao recém-nascido.

O homem após tornar-se pai, não fica como responsável apenas pela chefia da família na visão tradicionalista, mas também tem conferido a si a responsabilidade dos cuidados aos filhos. O homem como figura paterna exerce papel de suma importância, principalmente para auxiliar nos primeiros contatos do filho com o mundo.

Em alguns países<sup>25</sup>, como a Itália e a Polônia, já se concedia a licença paternidade após o nascimento de filho. Aliás, a divisão de tarefas entre pai e mãe já foi focada pela Convenção n.º 156 e pela Recomendação n.º 165 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) instituindo que as mesmas responsabilidades devem ser divididas entre os cônjuges para que nenhum deles sofra discriminação.

Pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto-Lei<sup>26</sup> n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, popularmente conhecido como CLT, em seu art. 473, inciso III, houve a previsão da ausência do trabalhador nos casos de nascimento do filho:

<sup>25</sup>Licença-paternidade, conceito e finalidades. Disponível em: [http://www.novolhar.com.br/noticia\\_edicoes.php?id=4970](http://www.novolhar.com.br/noticia_edicoes.php?id=4970). Acesso em: 30 mar 2015.

<sup>26</sup>Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 – CLT. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 30 mar 2015.

Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967):

III - por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana; (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

Posteriormente com a promulgação da Constituição Federal<sup>27</sup> de 1988, foi instituída oficialmente a expressão: "licença-paternidade", por meio do artigo 7º, XIX, vinculando-a a uma norma regulamentar posterior, e o art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>28</sup> - ADCT, que determinou sua duração em cinco dias, o que até então era de um dia conforme estabelecia o artigo 473, III da CLT.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 5º declara que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Um pouco mais adiante, no art. 229 dispõe ainda que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos.

Assim, deve ser garantida não só a mãe a licença pós-parto, mas também ao pai. Mesmo com a igualdade de direitos e deveres sobre o filho de acordo com o poder familiar, e o dever de ambos com as responsabilidades inerentes a família regida pelo casamento e garantida pela Constituição, há de se falar em tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais.

Compreende-se que a mulher precisa sim dos cento e vinte dias de licença-maternidade, mas ao homem pode ser conferida uma licença por igual período nos casos de viuvez paterna, destacando a importância do pai na participação do pós-parto de seu filho e a relevância da licença-paternidade nesse período.

A licença-maternidade tem previsão expressa na própria CRFB/88, ao passo que a regulamentação da matéria relativa à licença-paternidade ficou a cargo da

<sup>27</sup> Art. 7º, XIX, Constituição Federal. " São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 mar 2015.

<sup>28</sup> Art. 10, § 1º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Até que a Lei venha disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias." Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 mar 2015.

legislação ordinária, (art. 7º, XIX), garantindo-se, ao homem, em suas disposições transitórias, cinco dias, até que a lei em questão fosse editada (art. 10, §1º, do ADCT).

Vianna (2012, p. 539), dispõe o seguinte:

Embora quando de sua criação a licença-paternidade tenha sido objeto de severas críticas em razão da onerosidade que acompanha a sua concessão, justifica-se a conquista face à assistência que o pai pode e deve prestar à mãe e ao recém-nascido. A partilha de funções entre os sexos deve começar desde cedo, desenvolvendo-se desta forma um sentido de paternidade mais justo e mais humano.

E no tocante ao auxílio nos primeiros cuidados pós-parto é necessário o suporte do homem à mulher e a criança com o propósito de resguardar o bem estar de ambos.

Silva (2001, p. 278) faz a seguinte afirmação:

Cabe ao homem e a mulher o dever e direitos sobre a família e a conciliação com o trabalho. Mas ainda há separação sexista em torno do trabalho e da família e o homem vêm sendo integrado nos cuidados com a família, pois há divisão e igualdade de deveres e responsabilidades entre ambos, assim, a mulher e o homem são desiguais, apesar de compartilharem dos mesmos direitos e deveres.

Ficam a cargo do homem os cuidados com a criança quando existe a impossibilidade da mulher cuidar e suprir as necessidades do filho recém-nascido, e no pior dos cenários, como nos casos de viuvez paterna, caberá ao homem o dever de cuidar do bebê nos primeiros momentos pós-parto e no decorrer da vida.

Castro e Lazzari (2011, p. 696), lecionam sobre a contagem da licença-paternidade assim:

A contagem da licença-paternidade deve iniciar-se em dia útil a partir da data do nascimento da criança. Dia útil porque é uma licença remunerada, na qual o empregado poderá faltar ao trabalho sem implicações trabalhistas, conforme determina o artigo 473, III da CLT, não existindo coerência na insistência em iniciar a licença-

paternidade em dia não útil, na qual o empregado não teria da mesma forma prejuízo no seu salário. E esse mesmo entendimento se dá no decorrer destes cinco dias, que deverão ser úteis.

Segundo a Instrução Normativa<sup>29</sup> SRT nº 1/88, entende-se que a disposição Constitucional ampliou a falta legal prevista no art. 473, inciso III, da CLT, de um para cinco dias de trabalho, que permanecerá até o advento de uma norma regulamentar posterior, que discipline o instituto da licença-paternidade, norma essa que até os dias atuais não foi criada para que os pais possam gozar de um tempo maior na companhia de seus filhos recém-nascidos, o que vem demonstrar a falta de interesse do Poder Legislativo quanto à matéria.

Martins (2012, p. 21), afirma que "a referida licença-paternidade corresponde a dias úteis de trabalho, pois o empregado poderá deixar de comparecer ao serviço, sem prejuízo ao salário." dessa forma o empregado poderá ficar tranquilo quanto a sua remuneração, pois não sofrerá nenhuma perda salarial em relação ao nascimento do filho.

Kertzman (2010, p. 405), dispõe a respeito do nascimento do filho no período de férias do pai:

Quando o nascimento da criança ocorrer nos dias em que se aproxima o término das férias e a contagem dos 5 (cinco) dias ultrapassarem-no, deve-se conceder a licença-paternidade, ou seja, o empregado deverá retornar ao trabalho após o trânsito dos 5 (cinco) dias da data do nascimento da criança.

O pagamento da remuneração relativa ao período da licença-paternidade é de responsabilidade do empregador, conforme dispõe o caput do art. 473 da CLT, já que o empregado poderá ausentar-se do serviço tendo suas faltas justificadas, devendo apenas apresentar a certidão de nascimento do filho recém-nascido.

Discute-se se a licença-paternidade é um direito trabalhista do empregado ou um benefício previdenciário, como toda inovação, a instituição da licença-paternidade pela Constituição Federal de 1988, que limita o benefício à elaboração

---

<sup>29</sup>Instrução Normativa STR nº 1/88. Disponível em: [http://www.normaslegais.com.br/legislacao/trabalhista/instrucaonormativasrt01\\_1988.htm](http://www.normaslegais.com.br/legislacao/trabalhista/instrucaonormativasrt01_1988.htm). Acesso em: 30 mar 2015.

de uma lei reguladora, que ainda não foi editada, conforme dito anteriormente, trouxe consigo algumas dúvidas e indefinições que são questionadas tanto pelos trabalhadores quanto pelos empregadores em juízo. A integração das normas já existentes tem sido aplicada para resolver esses conflitos não previstos.

Martins (2012, p. 285), ressalta que “embora mantenha analogia com a licença-maternidade; a licença-paternidade não pode ser considerada benefício previdenciário já que esta não está elencada no art. 201 da Constituição Federal. ”

Percebe-se então a necessidade de amadurecimento dessas questões, o que só vai acontecer com o passar do tempo, a pacificação da questão ou a edição de uma lei reguladora que delimite o assunto. Ainda que, já passados alguns anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a lei reguladora não tenha sido editada, essa conquista social dos trabalhadores não pode deixar de ser usufruída.

Como já citado, no ordenamento jurídico brasileiro existem dois comandos sobre licença-paternidade, que se complementam, os quais são o inciso III do Art. 473 da CLT, e o inciso XIX do Art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Parece que o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 como a CLT tratam de licença-paternidade, seria o mais apropriado uma vez que ambas são licenças concedidas em função de um único motivo, o nascimento de um filho. A previsão na CLT se fundamenta no sentido de que o trabalhador necessitaria de pelo menos um dia poder registrar seu filho no cartório de registro de pessoas naturais. Já a previsão na Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte reconhecendo que a maternidade é uma questão social, quis assegurar a partilha das funções entre pai e mãe desde o nascimento do bebê, criando a licença-paternidade de cinco dias.

Ibrahim (2009, p. 243) leciona sobre o tema:

Na CLT o comando é explícito quanto ao não prejuízo do trabalhador no que diz respeito a sua remuneração e fixa que deve ficar a cargo do empregador. No entanto o mesmo não acontece quanto a Constituição Federal de 1988, cujo comando é genérico, fixando o direito à licença-paternidade do trabalhador, mas condicionando esse direito a edição posterior de uma lei, que fixaria de forma detalhada as condições em que o direito poderia ser usufruído. Surge então a indefinição, pois ainda não foi editada a lei que regule quanto à

garantia ou não da sua remuneração, bem como de quem arcaria com ônus dessa remuneração.

A indefinição, em função da ausência da lei que regulamenta a licença-paternidade, gera diferentes conclusões, e inevitáveis conflitos. Enquanto não for editada a lei reguladora que delimite a matéria, ou seja, o que o legislador queira garantir ao trabalhador a licença-paternidade por um período maior, não se pacificará o assunto.

Pode ser que, quando for editada a lei sobre o assunto, esse direito ao trabalhador passe a ser um benefício previdenciário, que ficaria a cargo da Seguridade Social, como ocorre com o salário-maternidade. No momento, a licença-paternidade não tem natureza de benefício previdenciário, conforme explanado acima, já que não é elencada no Art. 201 da Constituição Federal de 1988.

Ademais, existem projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, que visam à ampliação da licença-paternidade, como o da deputada Andreia Zito<sup>30</sup>, autora da PL 3212/2012 que visa conceder ao pai empregado a licença-paternidade nos moldes de licença-maternidade, nos casos de morte em decorrência de complicações no parto ou nos casos de invalidez permanente ou temporária da genitora, declarada por junta médica da genitora do recém-nascido.

Mascaro (2013, s/p) afirma o seguinte:

A Corte Europeia de Direitos Humanos tem seu entendimento firmado de que restringir a licença para cuidar dos filhos apenas à mulher é discriminatório, o que viola a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de maneira que homens devem ter direito ao mesmo tempo de licença que as mulheres para cuidar dos filhos.

Esse entendimento tem sido paradigma e tem influenciado as atuais decisões dos Tribunais Brasileiros referentes ao direito de pais viúvos e adotantes criarem seus filhos, visando à equiparação de direitos e a ampliação da licença-paternidade que objetivam resguardar o direito do recém-nascido.

---

<sup>30</sup>PL 3212/2012. Projeto de Lei. Deputada Andreia Zito. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534636> Acesso em: 03 jun 2015.

Nesse sentido, veja-se a decisão do Desembargador do Tribunal Federal da terceira Região Fausto de Sanctis<sup>31</sup>:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LICENÇA-PATERNIDADE NOS MOLDES DO SALÁRIO-MATERNIDADE. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA MANTIDA. ARTIGO 273 E INCISOS DO CPC. ARTIGOS 226 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1- O risco de dano irreparável ou de difícil reparação é evidente, tendo em vista a situação *sui generis* em que o autor se encontra e considerando a proteção que a Constituição Federal atribui aos direitos da personalidade (vida e integridade). 2- O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é devido às seguradas da Previdência Social durante o período de 120 (cento e vinte) dias, sendo que o início desse benefício deve ocorrer 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. 3- No caso concreto, deve ser levado em conta o verdadeiro objetivo da licença-maternidade e do salário-maternidade que é a proteção do menor. Nada mais razoável que conceder o benefício previdenciário ao pai viúvo, que se deparou com um filho recém-nascido, alijado da proteção e dos cuidados maternos pelo óbito da mãe, sua companheira, em decorrência de complicações pós-parto. 4- Nesta situação, este pai deverá exercer além de suas funções, também as funções que seriam esperadas de sua esposa, em esforço hercúleo para suprir tal ausência, tanto fisicamente quanto emocionalmente, nos cuidados ao seu filho, que agora depende única e exclusivamente do agravado, em todos os aspectos. 5- O art. 226 da CF estabelece que a família, base da sociedade, goza da proteção especial do Estado. A proteção à infância faz parte dos Direitos Sociais, expressos no Art. 6º da Carta Magna. 6- Agravo a que se nega provimento.

Assim, parece despontar como válida a concessão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade nos casos de falecimento da mãe, no intuito de resguardar a dignidade da pessoa humana, que diz respeito tanto a criança quanto ao pai, e esse por sua vez tem o dever de resguardar o bem estar do filho.

Conclui-se que, a licença-paternidade é um período em que o homem precisa tal qual a mãe, se afastar de suas atividades laborativas após o parto de seu filho, para poder prestar assistência e garantir o desenvolvimento de sua prole. Frise-se que, o escopo original da licença é propiciar o bem estar da criança, assegurando os

---

<sup>31</sup> TRF-3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 36057 SP 0036057-75.2012.4.03.0000. Disponível em: <http://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24579627/agravo-de-instrumento-ai-36057-sp-0036057-7520124030000-trf3>. Acesso em 14 jul 2015.

direitos fundamentais da mesma, com supedâneo basilar na dignidade da pessoa humana.

Apesar de um direito do trabalhador, atualmente existem situações em que tal direito não é reconhecido, o que pode acarretar prejuízo para a criança, pois o pai exerce papel fundamental na vida do filho, sendo de extrema importância sua presença desde a mais tenra idade.

No capítulo seguinte, far-se-á pontual análise da jurisprudência pátria, referente à concessão ao pai viúvo o direito a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade.

### **3. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA EQUIPARAÇÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE À LICENÇA-MATERNIDADE**

Neste capítulo, o objeto de análise é a judicialização do tema concernente a equiparação da licença-paternidade à licença-maternidade.

Em análise, colecionar-se-ão julgados relativos ao tema, os casos que aqui serão demonstrados, ocorreram em situações em que o pai se tornou viúvo, ou houve a impossibilidade da mãe de cuidar do filho sem o auxílio do pai; ainda nos casos de abandono da mãe, tornando o pai único responsável pelo filho; sendo necessária a permissão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade. De forma que o princípio da dignidade da pessoa humana e outros dispositivos constitucionais, como a análise do caso concreto com supedâneo no melhor interesse da criança e isonomia entre os genitores, fundamentam as decisões dos julgadores.

Cada vez mais se tornam situações concretas de pais que necessitam da resolução desse tipo de litígio, já que devido às mudanças da sociedade e na divisão e igualdade de responsabilidades dos pais pelos filhos, cresce a gama de necessidade e cuidados do pai para com o filho, quebrando assim a imagem de que somente a mãe é responsável pelos cuidados com o filho nos primeiros meses de vida deste.

Nascimento (2013, s/p), afirma o seguinte:

Na corte europeia, há equiparação da licença-paternidade e da licença-maternidade, as licenças são concedidas sem separação sexista, a concessão da licença apenas a mãe e considerada como discriminação ao pai e desrespeito a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Desta forma o homem e a mulher devem ter gozar o mesmo período de licença para assegurar aos filhos os cuidados necessários, estão sendo paradigmas para os tribunais nas suas decisões favoráveis a equiparação das licenças.

Conforme já foi amplamente explanado em linhas pretéritas, pode-se observar que o objetivo de tais licenças é assegurar a criança os cuidados e a melhor

adaptação ao ambiente fora do útero, assim garantindo seu crescimento com saúde, respeitando sua dignidade conforme dispõe o art.227 da Constituição Federal<sup>32</sup>.

### 3.1 Da judicialização do tema

Conforme dito em linhas anteriores o legislador direcionou a proteção somente à segurada, do gênero feminino, em razão de ser a priori a responsável pelos cuidados com o bebê recém-nascido, principalmente levando em conta o caráter alimentar.

Em razão da morte da segurada, o genitor, que é o pai, passa a figurar diretamente no lugar da segurada, que além de assumir a responsabilidade pelos cuidados, este conseqüentemente terá que se afastar de suas atividades laborais para dedicar-se exclusivamente à nova situação, que diante da falta de proteção legal não teria direito ao salário maternidade, o que colocaria em situação de risco alimentar pai e filho.

Por oportuno, a seguir, como objeto de estudo o caso concreto em que o servidor público José Joaquim dos Santos, após o óbito de sua esposa, ocasionado por complicações no parto, ingressou na via administrativa em face da Coordenadora Substituta de Recursos Humanos do Departamento de Polícia Federal, requerendo a concessão da licença adotante, porém teve seu pedido negado por falta de expressa previsão legal, nesse sentido, restando-lhe somente a opção de ingressar na justiça impetrando Mandado de Segurança, objetivando o gozo da licença para ter o direito de cuidar do seu filho recém-nascido e de sua outra filha de 10 anos que ficou órfã de mãe.

Exercendo o seu direito de ação, o mesmo ingressou com Mandado de Segurança nº 6965-91.2012.4.01.3400, na 6ª Vara Federal na Seção Judiciária do Distrito Federal, sendo que a MM. Juíza Federal Ivani Luz<sup>33</sup>, concedeu-lhe a licença-

---

<sup>32</sup>Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 09 jun 2015.

<sup>33</sup>Justiça Federal. Mandado de segurança. MS n.6965-91.2012.4.01.3400.6 Vara Federal, Brasília-DF, 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00069659120124013400&secao=DF&pg=1&tr.>> : Acesso em: 10 jun 2015.

paternidade nos moldes da licença-maternidade, com o gozo pelo período de cento e vinte dias, mantendo seu emprego e salário durante o tempo da licença.

Como base da fundamentação da sentença que está presente o art. 227 da Constituição Federal, já citado anteriormente, a MM. Juíza fundamentou em sua decisão que é possível o gozo, mesmo havendo carência de norma regulamentadora sobre o instituto da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, veja um trecho da sentença:

Embora não exista previsão legal e constitucional da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, esta não deve ser negada ao genitor, ora impetrante. Isto porque o fundamento deste direito é propiciar à mãe período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais a sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento.

Na ausência da genitora, tais cuidados devem ser prestados pelo pai e isto deve ser assegurado pelo Estado, principalmente, nos casos como o presente, em que além de todas as necessidades que um recém-nascido demanda, ainda há a dor decorrente da perda daquela.

Nestas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre o da legalidade estrita, que concede tão somente às mulheres o direito de gozo da licença-maternidade.

A MM. Juíza fundamentou sua sentença nos princípios constitucionais, dando relevância à isonomia, ao melhor interesse da criança, e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Destacou o artigo 226, da Constituição Federal, que trata da proteção integral da criança e dos deveres do estado e dos pais em proteger a criança de todos os perigos expostos, e o artigo 227, que trata da responsabilidade do pai e da mãe em cuidar dos filhos de acordo com o princípio da isonomia presente no artigo 1º que dispõe que todos são iguais perante a lei, mas todos devem ser tratados como iguais de acordo com as desigualdades.

O Estado tem o dever de conceder a licença ao pai, a fim de assegurar o pleno desenvolvimento do recém-nascido, seu crescimento saudável e o resguardo da sua dignidade, como preconizado na Constituição.

Dessa forma, o pai poderá prestar a assistência necessária à criança nos seus primeiros meses de vida, sem prejuízos no trabalho e no seu salário; ele terá o gozo da licença de 120 dias de acordo com o artigo 207 da lei 8.112/90.

No que tange a perda da esposa, firma-se que analisar com cuidado o difícil momento em que se encontra o genitor, pois a ausência da figura materna no seio da família gera o acúmulo do poder familiar em face de uma única pessoa, neste caso, o pai. Sobre ele recai não somente responsabilidade de cuidar dos filhos, mas também a difícil tarefa de saber lidar com a dor da perda e se tornar viúvo.

Por outro vértice, o Recurso Cível nº 5002217-94.2011.040.7016/PR, da 2ª Turma Recursal do Paraná, inovou no cenário brasileiro, quando os juízes, por maioria dos votos, acordaram em dar provimento ao pedido postulado pelo autor Valdecir Kessler, concedendo a licença-paternidade equiparada à licença-maternidade, com o gozo de 120 dias de licença, assim mantendo seu emprego e seu salário no período da licença.

Trata-se da concessão da licença-paternidade nos moldes de licença-maternidade, concedida ao recorrente Valdecir Kessler, o qual pleiteou a concessão do salário-maternidade em face do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), e teve seu pedido negado, porém em instância recursal obteve êxito, por maioria, com voto divergente, vencido pelo Relator MM. Juiz Leonardo Castanho Mendes, dando provimento ao recurso.

O relator Guy Vanderley Marcuzzo<sup>34</sup>, em sua decisão nega provimento ao recurso ressaltando não haver previsão legal de salário-paternidade, observe:

Ocorre que não existe previsão legal de o benefício de auxílio-maternidade para o pai, para o segurado/pessoa do sexo masculino. O salário-maternidade encontra previsão no art. 71 da Lei nº 8.213/91. Conforme se depreende do dispositivo citado, há duas exigências previstas para a concessão do benefício de salário-maternidade: a primeira é que a parte autora seja segurada da Previdência Social e a segunda, por óbvio, diz respeito à própria maternidade. O autor detém, comprovadamente, a qualidade de segurado da Previdência Social, entretanto, o salário-maternidade é proteção à trabalhadora gestante, evidenciando-se a proteção da mulher gestante, portanto, é o benefício pago à segurada gestante durante o período de afastamento de suas atividades, no prazo de 28 dias antes e 91 dias após o parto. Portanto, não há como acolher as alegações do autor, vez que não detém a qualidade de segurada, por ser trabalhador do sexo masculino e lhe faltar também o segundo requisito da lei que, como dito acima, diz respeito à própria maternidade.

---

<sup>34</sup>Recurso Cível nº 5002217-94.2011.040.7016/PR. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-voto-acordao.pdf> Acesso em: 09 jun 2015.

Divergindo do voto do relator Guy Vanderley Marcuzzo em sua decisão o juiz Leonardo Castanho Mendes<sup>35</sup>, fundamentou que é possível o gozo, mesmo que não tenha norma regulamentadora a respeito da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, mas com base no artigo 227 da Constituição Federal e levando em consideração a proteção à infância, que é um direito social presente no rol dos direitos fundamentais da nossa Constituição Federal, conforme o dispositivo da sentença 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 extrauterina 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.

O Tribunal ainda fundamentou sua decisão com interpretação extensiva do Art. 71 da Lei 8.213, afirmando que salário maternidade representa em verdade, para o bebê, uma garantia de ter à sua disposição e cuidado alguém que lhe seja inteiramente dedicado durante período mínimo necessário no seu desenvolver nos primeiros meses de vida. Veja a seguir a jurisprudência do caso:

“SALÁRIO-MATERNIDADE. REQUERENTE O PAI VIÚVO. ART. 71 DA LEI 8.213/91. INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA. Conquanto mencione o art. 71 da Lei 8.213/91 que o salário-maternidade é destinado apenas à segurada, situações excepcionais, como aquela em que o pai, viúvo, é o responsável pelos cuidados com a criança em seus primeiros meses de vida, autorizam a interpretação ampliativa do mencionado dispositivo, a fim de que se conceda também ao pai o salário-maternidade, como forma de cumprir a garantia constitucional de proteção à vida da criança, prevista no art. 227 da Constituição Federal de 1988. Recurso do autor provido.” (RECURSO CÍVEL Nº 5002217-94.2011.404.7016/PR, por maioria,

---

<sup>35</sup>Recurso Cível nº 5002217-94.2011.040.7016/PR. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-voto-acordao.pdf> Acesso em: 09 jun 2015.

julgado em 28/02/2012, Relator: Guy Vanderley Marcuzzo- TRF 1ª Região).

Neste caso, foi concedido o salário-maternidade ao pai, devido ao óbito de sua esposa ao dar a luz à filha que nasceu prematura. O salário-maternidade é o salário pago no período da licença-maternidade, conforme dito em linhas pretéritas no primeiro capítulo do presente estudo.

Não existe previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro esse tipo de benefício para concessão ao pai no período da licença-paternidade, mas no caso em tela, ao ser concedida judicialmente a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, o trabalhador não sofreu prejuízo de seu salário, e passou a receber o salário de forma equiparada.

Tavares (2008, p. 457), leciona sobre o assunto:

Esse entendimento de que o benefício da licença à gestante visa à proteção da criança pode ser estendido, em casos excepcionais, ao artigo 71 da Lei n. 8213/1991, que prevê o salário maternidade devido à segurada da Previdência Social. Oras, se o benefício foi criado no sentido de possibilitar que a mãe se dedique de forma exclusiva ao filho em seus primeiros dias de vida, nos casos em que a mãe não pode assumir essa responsabilidade (morte pós-parto, invalidez, etc.), é mais do que cabível que o pai cumpra esse papel, devendo a ele ser estendido o salário maternidade, já que, na verdade, seu real destinatário é a própria criança.

Tendo em vista que o salário-maternidade e a licença-maternidade tem o mesmo intuito, que é garantir proteção integral da criança, ambos os institutos devem se complementar, não tendo razão de ser a existência de um sem o outro.

Seguindo a mesma linha de pensamento dos julgadores citados acima, o MM. Juiz Rafael Andrade de Magalho, do Juizado Especial Federal da 3ª Região – 5ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, nos autos de Ação Previdenciária<sup>36</sup>, decidiu o magistrado pela concessão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, observando-se que no caso em tela o pai biológico requeria a concessão de licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, haja vista que a mãe abandonara a criança recém-nascida, e era o pai quem detinha a guarda desta, observe os argumentos do MM. Juiz:

---

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região – 5ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo. São Paulo. Ação Previdenciária (segredo de justiça). Juiz Federal Rafael Andrade de Magalho. Campinas. 15 ago. 2012. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Imprensa/Vizualizar/645>. Acesso em: 30 mar 2015.

O princípio da igualdade é um dos norteadores acerca da viabilidade da pretensão do requerente em ver reconhecido o seu direito ao afastamento remunerado, a ser custeado pelo regime de previdência, na impossibilidade ou indesejável interesse da mãe [...]. Atualmente não há uma lei específica a tratar dos casos referentes à licença maternidade para ser concedida ao pai, nos moldes concedidos à mãe do recém-nascido, o que não impede o julgador, primando-se pelos princípios e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal, deferir a proteção à infância como um direito social, mormente porque, como ressaltado linhas o direito a ser tutelado em questão é da criança (CF/88, art. 227).

Nos mesmos autos o magistrado faz referência, ainda, ao art. 227, da Constituição Federal<sup>37</sup>, que estabelece:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Ressaltando mais uma vez a relevância de tal dispositivo constitucional na análise do caso concreto.

Corroborando com a mesma linha de raciocínio, o Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, em Recurso de Apelação, em autos de Mandado de Segurança, interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social – INSS -, concede ao pai da criança o direito à licença-paternidade nos mesmos moldes da licença-maternidade, tendo em vista o falecimento de sua esposa em decorrência de complicações do parto.

Afirma o magistrado Des. Fed. Paulo Espírito Santo<sup>38</sup>:

No caso em tela, cabe atentar que o efetivo beneficiário do salário-maternidade é o bebê que terá ao seu lado alguém inteiramente

---

<sup>37</sup>Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 30 mar 2015.

<sup>38</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região. Apelação Cível n. 0008455-62.2012.4.025101. 1º Turma Especializada. Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo. Rio de Janeiro. Disponível em: <[www.jurisprudencia.trf2.jus.br](http://www.jurisprudencia.trf2.jus.br). Acesso em: 31 mar 2015.

dedicado durante esses 120 dias, período de tempo mínimo necessário para o seu desenvolvimento nos primeiros meses de vida. Assim, diante da ausência da genitora, coube ao pai os cuidados com a criança após a viuvez, restando que a mesma proteção que seria destinada à mãe fosse assegurada a este em razão da preponderância do princípio de proteção à infância sobre o princípio da estrita legalidade, sob pena de violação do direito do menor de ter sua infância resguardada.

No que pese tratar-se de decisão em que a licença foi concedida ao homem em razão de falecimento de sua esposa, pode-se ver claramente aqui exposto à problemática em estudo.

Não é diferente o entendimento no âmbito da Administração Pública, conforme se verifica em decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Mandado de Segurança<sup>39</sup>:

Administrativo. Mandado De Segurança. Servidor Público. Licença-Paternidade Nos Moldes Da Licença-Maternidade. Princípio Da Razoabilidade. 1. O conceito de legalidade, modernamente, deve ser interpretado de forma condizente com os ditames do neoconstitucionalismo – modelo valorativo segundo o qual não basta a previsão normativa de direitos fundamentais, mas se mostra necessária (e imprescindível) a efetiva promoção dos direitos mínimos à existência digna. Trata-se do conceito de juridicidade, que congrega os axiomas da legalidade com os preceitos da razoabilidade. 2. No caso dos autos, embora desapegando-se da legalidade estrita, o magistrado a quo interpretou de forma ampliativa um direito fundamental (licença-paternidade - artigo 7º, XIX, Constituição Federal), privilegiando a máxima proteção da Família (artigo 226 da Constituição Federal) e da Criança (artigo 227 da Constituição Federal), permitindo a servidor público o gozo de licença-paternidade, nos moldes da licença-maternidade, por conta de infortúnio de grande pesar: a perda da esposa, logo após o parto da segunda filha do casal. 3. Na hipótese, está-se diante de um típico exemplo de aplicação direta da máxima da dignidade humana (artigo 1º, III, Constituição Federal), enquanto fundamento da República Federativa do Brasil.

Não obstante, tratar-se de Mandado de Segurança no âmbito da Administração Pública, não sendo aplicável ao caso o regime celetista, referida decisão representa muito mais que uma mera concessão de segurança a um

---

<sup>39</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal 4ª Região. Apelação n. 5008880-55.2012.404.7200. 3ª Turma. Rel. Des. Fernando Quadros da Silva. Rio Grande do Sul. 06 março 2013. Disponível em: <www.jurisprudencia.trf4.jus.br.. Acesso em: 31 mar 2015.

paciente em um caso concreto. Representa, pois, um reconhecimento pelo Judiciário da real necessidade de equiparação dos benefícios, face ao princípio da igualdade que no caso concreto, conforme constou da referida decisão, é a de cunho material e não formal e pressupõe tratar igualmente os iguais e os desiguais na medida de suas desigualdades, sendo que a interpretação constitucional (seja da citada disposição que prevê a licença-maternidade, seja da que prevê a licença-paternidade de apenas 5 dias) é legal não pode ser literal, mas sistêmica, com vistas a garantir a eficácia aos direitos fundamentais por meio da ponderação dos interesses envolvidos.

Ainda neste diapasão, destaca-se outro aresto em casos similares onde foi assegurado ao pai o direito do salário maternidade/paternidade:

“PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MATERNIDADE PARA O PAI DAS CRIANÇAS. ANALOGIA. I - Considerando-se que o salário-maternidade não é um benefício destinado à mãe segurada, mas sim à proteção da criança em seus primeiros meses de vida, impõe-se ratificar o entendimento do r. Juízo a quo, no sentido de que aplica-se in casu o princípio constitucional da isonomia para que a criança que não pode ter os cuidados e a atenção de sua mãe em seu início de vida, possa receber esses cuidados de seu pai, que não seriam integrais, caso não lhe fosse concedido o benefício em epígrafe. II - Apelação do INSS improvida.” (TRF-3 - AC: 1684 SP 0001684-04.2011.4.03.6127, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 21/05/2013, DÉCIMA TURMA).

Diante da decisão do Desembargador Federal Sergio Nascimento, pode-se observar que sua decisão pautou-se no princípio da isonomia, levando em consideração não somente que o benefício seria favorável ao pai, mas sim um direito fundamental concedido à criança, que é quem necessitará de cuidados especiais.

Conforme estabelecido no art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, razão pela qual deve ser concedido o período de 120 dias de afastamento das atividades laborais em prol do genitor, que é quem vai garantir a essa criança todos os direitos que a ele devem ser prestados.

A Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, em sede de Agravo de Instrumento<sup>40</sup> fundamenta em sua decisão, conforme jurisprudência abaixo, que o direito ao salário-maternidade não se deve apenas para resguardar a saúde materna, pois se assim fosse não teria sentido conceder salário-maternidade as mães adotivas, mas trata-se de garantir o bem-estar do recém-nascido:

“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).

A justiça brasileira gradualmente vem se modernizando com o decorrer do tempo, adequando a normal legal com a realidade social em que se vive, a

---

<sup>40</sup>Agravo de Instrumento nº 0027307-84.2012.4.03.0000/SP. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/70322218/trf-3-judicial-ii-jef-15-05-2014-pg-537>. Acesso em 11 jun 2015.

Previdência Social do setor privado (INSS) ampliou e atualizou a legislação referente às mães adotantes. Atualmente após a alteração da Lei 8.213/1991, pela Lei 12.873/2013<sup>41</sup>, o período do salário-maternidade foi equiparado entre a mãe adotante e a mãe biológica, e o homem também passou a ter direito ao benefício e também os casais homossexuais que adotarem crianças.

Mais uma vez a Previdência Social se coloca na vanguarda da luta pela igualdade, porque a urgência social fala mais alto que os preconceitos, porém a questão de pais que se tornam viúvos ainda depende de regulamentação legal, restando ao homem que se encontra nessa situação se socorrer aos meios judiciais para a solução da lide, uma vez que pela via administrativa que em regra deve ser mais célere, não aplica a equiparação da licença-paternidade em face da licença-paternidade nos casos de viuvez do pai.

Há no Senado Federal o Projeto de Lei<sup>42</sup> 3212/12, o qual tem previsão de licença paternidade de 180 dias ao pai no caso de morte da mãe em decorrência de complicações no parto ou no caso de invalidez, fundamentando que na referida ausência da mãe, os cuidados da maternidade devem ser direcionados ao pai. Tal projeto visa incluir alguns art. à CLT, veja o disposto:

Art. 392-C. Concede ao pai empregado o direito a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, nos casos de falecimento da mãe, em decorrência de complicações no parto ou nos casos de invalidez permanente ou temporária da genitora, declarada por junta médica.

Mesmo tratando-se de licença-paternidade, o mesmo projeto de lei altera o disposto na Lei 8.213/91, determinando que o pai beneficiário da licença maternidade em razão da morte de parto da esposa tenha direito ao salário-paternidade nos mesmos moldes do salário maternidade:

Art. 2º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

---

<sup>41</sup>LEI Nº 12.873, DE 24 DE OUTUBRO DE 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm#art5). Acesso em 14 jul 2015.

<sup>42</sup>PL 3212/2012. Projeto de Lei. Deputada Andreia Zito. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534636> Acesso em: 03 jun 2015.

Art. 71-C. O segurado da Previdência Social terá direito ao salário-paternidade nos moldes da salário-maternidade, nos casos de falecimento da mãe, em decorrência de complicações no parto ou nos casos de invalidez permanente ou temporária da genitora, declarada por junta médica, pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, debitando, se for o caso, os valores pagos a este título à genitora”.

Segundo a autora do projeto Deputada Andreia Zito (PSDB-RJ) o intuito é adequar a legislação previdenciária à igualdade de direitos entre o homem e a mulher, conforme previsão no caput do Art. 5º da CF/88:

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

Apesar de existir um projeto de Lei do Senado tratando do assunto ora discutido, que é um direito social (do trabalhador) e fundamental (da criança e do adolescente), parece não haver grande relevância para os legisladores brasileiros, conforme o entendimento de Bezerra e Sanga (2013, s/p), “tais direitos estão sendo mitigados, tendo em vista a lentidão legislativa brasileira, pois como mencionado, o referido Projeto é do ano de 2012, ou seja, já se passaram três anos até a presente data e ainda não há previsão de votação do mesmo. ”

Ainda acerca da demora legislativa, pode-se citar como exemplo o art. 7º da Constituição Federal que estabelece que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei.”

O referido artigo ainda carece de regulamentação, sendo que hoje o art. 10, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) é que estabelece – de forma provisória, obviamente – o prazo da licença-paternidade, que é de cinco dias até que seja aprovada lei que regule o dispositivo constitucional, conforme já foi citado anteriormente.

O mencionado artigo dispõe que “até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.”

O que se vê é um direito garantido pela Constituição Federal, mas que por razões não muito claras, ainda não foi regulamentado pelo legislador ordinário.

Nesse sentido, Nascimento (2011, p. 247), ressalta que:

Admitir somente à mulher o direito à referida licença é afirmar que ainda vivemos em uma sociedade machista imutável, em que a atribuição da mulher continua sendo a de cuidar da casa e dos filhos e a do homem a de sustentar materialmente o lar, o que não mais condiz com a realidade, nem tampouco preserva os direitos sociais.

A tutela dos direitos sociais com vistas ao princípio da igualdade é uma forma de promover o equilíbrio das relações sociais, sobretudo das relações familiares, que passam por transformações significativas.

Após a análise de todas as informações citadas acima, pode inferir-se que aparentemente, no ordenamento jurídico brasileiro vigente, o instituto da licença-paternidade, vem com o decorrer do tempo ganhando espaço e força nos tribunais brasileiros, os quais embasam suas decisões nos princípios constitucionais que regem as relações humanas, haja vista restar reconhecido que o pai possui direito de cuidar de seu filho da mesma forma que a mãe, podendo gozar de igual período de licença remunerada, nos casos de viuvez da mãe, mesmo ela não sendo contribuinte da Previdência Social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho propôs desenvolver uma análise na legislação pátria vigente e nos julgados dos tribunais, acerca da equiparação do instituto da licença-paternidade à licença-maternidade.

No presente trabalho, foram levantadas no início duas hipóteses, as quais se consubstanciavam na impossibilidade da concessão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, pois a Lei 8.213/91, especificamente em seu artigo 71, faz referência somente à “segurada” da Previdência Social, não mencionando “segurado”, não existindo, portanto, auxílio-maternidade para o pai.

A segunda hipótese versava pela possibilidade de equiparação entre as licenças, levando em consideração os princípios que regem as regras do direito brasileiro.

Com o desenvolvimento da pesquisa, a primeira hipótese não foi confirmada, tendo em vista a posição dos julgadores em face do benefício, pois em respeito aos princípios da dignidade humana e no melhor interesse para a criança, vários tribunais têm julgado de forma favorável o pedido de licença-paternidade análoga à licença-maternidade.

As decisões que concedem o benefício ao pai pautam-se no melhor interesse para o bebê recém-nascido, pois é ele que necessita de cuidado e atenção paterna, não levando em consideração a letra da lei, pois nem sempre o que está na lei significa justiça.

Por conseguinte, a segunda hipótese foi afirmada, levando em consideração o que dispõe a CFRB/1988, que constitui os direitos fundamentais da pessoa humana, e nestes direitos têm-se incluídos o rol de direitos sociais; especificadamente o direito de proteção à infância, que assegura à vida, à dignidade e condições básicas para o seu desenvolvimento. Neste contexto, os pais têm o dever de assegurar essa proteção, e a Constituição garante isso através do poder familiar, onde o Estado tem o dever de assegurar aos pais que eles possam proteger seus filhos.

Seguindo a lei maior que rege o Estado democrático de Direito Brasileiro, os tribunais brasileiros têm concedido à licença-paternidade equiparada à licença-maternidade, aos pais que necessitam do período de licença para cuidar dos filhos em razão do falecimento de suas esposas ou companheiras, partindo da premissa

da igualdade entre o homem e a mulher, e a igualdade da responsabilidade perante a família e aos filhos, sendo possível a equiparação das licenças, mesmo havendo diferenças biológicas entre homens e mulheres.

Tendo em vista a problemática em questão, pode-se observar que nos julgados analisados, os juízes ao concederem a licença-paternidade equiparada à licença-maternidade, em suas sentenças tiveram como premissa o respeito ao princípio fundamental da dignidade humana, levando em consideração a criança que necessita do genitor nos primeiros momentos de sua vida, sendo, portanto possível à equiparação das licenças no ordenamento jurídico vigente.

Assim, estudou-se neste trabalho a licença-paternidade análoga à licença maternidade que vem sendo aplicada nos tribunais brasileiros devido a sua relevância jurídica e social, que está ligada aos direitos fundamentais e ao rol de direitos sociais presentes na Constituição.

## REFERÊNCIAS

- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. Ed. - São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12º ed. - São Paulo: LTr, 2013.
- DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 8º ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Resumo de Direito Previdenciário**. 10º ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 7. Ed. – Salvador-Bahia: Juspodivm, 2010.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à Lei Básica da Previdência Social**. 8º ed. - São Paulo: LTR Ltda., 2009.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 32. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANTOS, Marina Ferreira. **Direito Previdenciário**. 4º ed. - São Paulo: Saraiva, 2008.
- SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. **Direito da Personalidade**. 2º ed. – São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 1º ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 9. Ed. São Paulo: Método: 2014.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 5 ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Diário oficial, Brasília, 6 de maio de 1999.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** promulgada em 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. BRASIL. DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Diário Oficial, Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943.

\_\_\_\_\_. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848,** de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial, Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940.

\_\_\_\_\_. BRASIL. **Lei nº 10.421,** de 15 de abril de 2002. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. Diário Oficial, Brasília, 15 de abril de 2002.

\_\_\_\_\_. BRASIL. **Lei nº 8.213,** de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, em 24 de julho de 1991.

\_\_\_\_\_. BRASIL. **Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999.** Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 26 de novembro de 1999.

\_\_\_\_\_. BRASIL. **Medida Provisória nº 664,** de 30 de dezembro de 2014. Altera as Leis no 8.213, de 24 de julho de 1991, nº 10.876, de 2 junho de 2004, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003. Diário Oficial, Brasília, 30 de dezembro de 2014.

ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas. **A extensão da licença-maternidade à adotante em face do princípio da igualdade.** Disponível em:

<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15850-15851-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 mar 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo.** Disponível em:

[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em: 03 jun 2015.

BEZERRA, Christiane Singh. SANGA, Dalmo Ávila. **O direito à licença-paternidade de 120 (cento e vinte) como forma de efetivação dos direitos sociais.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e06126ea56b3f36>. Acesso em 14 jul 2015.

**Constituição Cidadã.** Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada). Acesso em: 20 mar 2015.

DUTRA, Carina Lentz. **O direito à previdência social na perspectiva da tutela jurisdicional dos direitos.** Disponível em: [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_2/carina\\_dutra.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/carina_dutra.pdf). Acesso em: 6 jun 2015.

MASCARO, Sonia A. C. Nascimento. **Direito entre os cônjuges deve ser igual.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-06/equiparacao-entre-conjuges-ajudaria-compartilhar-responsabilidades>. Acesso em: 03 jun 2015.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Professor é 1º pai biológico a ter licença-paternidade de 4 meses.** Disponível em: <http://www.soniamaascaro.com.br/index.php/noticias/191-professor-e-1-pai-biologico-a-ter-licenca-paternidade-de-4-meses.html>. Acesso em 14 jul 2015.

**Natimorto.** Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668>. Acesso em: 20 mar 2015.

**Pecúnia.** Disponível em: <http://www.dicio.com.br/pecunia/>. Acesso em: 20 mar 2015.

PINHEIRO, Aline. **Corte europeia iguala licença paternidade à maternidade.** Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/pai-direito-mesma-licenca-mae-cuidar-filho-corte-europeia?utm\\_source=twitterfeed&utm\\_medium=twitter](http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/pai-direito-mesma-licenca-mae-cuidar-filho-corte-europeia?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter). Acesso em: 03 jun 2015.

**Previdência Social.** Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/politica-de-previdencia-social/>. Acesso em: 27 fev 2015.

REZENDE, Mariana, Bandeira dos Santos. **A licença paternidade equiparada à licença maternidade como instrumento de concretização à dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5103/1/RA20940104.pdf>. Acesso em: 01 jun 2015.

SANTOS, Daniela Ribeiro. **Dá proteção à maternidade à licença compartilhada: um panorama histórico no Brasil e no direito comparado.** Disponível em: [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/1869/1/2011\\_DanielaRibeiroSantos.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/1869/1/2011_DanielaRibeiroSantos.pdf). Acesso em: 14 abr 2015.

SANTOS, Petter Diego Souza dos. **Salário maternidade ao pai face a morte de parto da genitora.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13910](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13910). Acesso em: 05 mar 2015.

SILVA, André Filippe Loureiro e. **A equiparação da licença paternidade à licença maternidade: uma necessidade social e legal para igualdade de gêneros.**

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d61a328561119583>. Acesso em: 4 jul 2015.

THOME, Candy Florêncio. **A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero.** Disponível em: [https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/55930/2013\\_revista\\_tst\\_v7\\_9\\_n4.pdf?sequence=1](https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/55930/2013_revista_tst_v7_9_n4.pdf?sequence=1). Acesso em: 03 jun 2015.

TRF-3 - **AGRAVO DE INSTRUMENTO**: AI 36057 SP 0036057-75.2012.4.03.0000. Disponível em: <http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24579627/agravo-de-instrumento-ai-36057-sp-0036057-7520124030000-trf3>. Acesso em 14 jul 2015.

XIMENES, Felipe Augusto Pedrosa. **Princípio da isonomia e salário/licença paternidade de 120 (cento e vinte) dias para o pai natural e adotante.** Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/principio-da-isonomia-e-salario-licenca-paternidade-de-120-cento-e-vinte-dias-para-o-pai-natural-e-adotante/>. Acesso em: 18 mai 2015.