

LICENÇA-MATERNIDADE E MÃE ADOTIVA

Cristiane Teoro do Carmo Amaral*

1 OBJETIVOS DA LICENÇA-MATERNIDADE DA MÃE ADOTIVA

A Constituição Federal assegura o direito à igualdade a todos, bem como o direito da criança à convivência familiar, não fazendo qualquer distinção entre filho biológico e filho adotivo. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) equipara o filho adotivo ao natural, assegurando a ambos os mesmos direitos e obrigações. A igualdade entre filhos naturais e filhos adotivos ainda é preconizada no tocante aos deveres, em que o filho adotivo possui os mesmos deveres em relação a seus pais, em tudo igual aos dos filhos naturais. Assim, se são exigidos aos filhos adotivos cumprimento dos deveres, bem como comportamentos iguais, do mesmo modo há que lhe ser concedido também os mesmos direitos do filho natural.

O mesmo se diz em relação à proteção à maternidade, relacionada no artigo 6º da Constituição Federal. Verifica-se que se trata de um direito social, ou seja, à qualidade de ser mãe. Sehli (1997, p. 455) leciona que pelos objetivos a licença-maternidade deve

[...] atender às necessidades biológicas de recuperação da gestante e atender às necessidades da criança, como cuidados físicos, atenção e

*Cristiane Teoro do Carmo Amaral, advogada, graduada pela Universidade de Franca - Franca/SP; pós-graduada pela Faculdade Integradas Curitiba - Faculdade de Direito de Curitiba - PR, com especialização em direito do trabalho.

aconchego da mãe. Explica-se, pela Psicologia, que esta fase da adaptação ao meio externo é quando o ser humano mais necessita de afeto e afago de seus semelhantes, para desenvolver-se em harmonia.

Até a publicação da Lei 10.421/2002, de 15/4/2002, no ordenamento jurídico brasileiro não havia norma específica concedendo o direito da licença-maternidade e o salário-maternidade à mãe adotiva. Esse direito era concedido apenas à mãe biológica.

Várias discussões foram levantadas até a publicação dessa lei, porque o artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal menciona a “licença-gestante”. O artigo 392 da CLT estabelece que é proibido o trabalho da mulher grávida no período de 4 semanas antes e 8 semanas depois do parto, período esse modificado para 120 pela Carta Magna.

As discussões giravam em torno da inexistência de norma legal, na qual não poderia se impor ao empregador, bem como à Previdência Social, o pagamento de uma obrigação, sob pena de desrespeito ao direito à liberdade, violação ao princípio da legalidade, já que os textos legais, ao disciplinarem a licença-maternidade, não se referiam à mãe adotiva, mas à mãe biológica. Afirmava-se ainda que a Constituição Federal tinha por objetivo tutelar a gestante e não a maternidade. Por fim, estaria ainda ferindo o princípio da liberdade consagrado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, o qual dispõe que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Assim, se a Constituição Federal não estendeu tal benefício à mãe adotiva, não poderia o juiz fazê-lo, pois implicaria ordenar a execução de um ato não previsto em lei. Isso se poderia dizer no tocante à legislação previdenciária, já que não havia nenhum artigo

de lei que obrigasse a Previdência Social a efetivar o pagamento da licença-maternidade à mãe adotiva. Em posição contrária, havia os estudiosos do Direito que defendiam a idéia de ser válida a licença-maternidade à mãe adotiva, entre eles Sehli (1997, p. 455):

Ao acostar o direito à licença-maternidade ao Texto Constitucional, o legislador constituinte visou proteger não somente a mãe, mas também a criança. Para tanto, há que se fazer uma interpretação deste dispositivo, ou seja, revelar o verdadeiro sentido da lei, que por defeitos, dubiedade ou obscuridade da redação, impossibilitam a aplicação do direito em relação aos fatos correntes.

Para essa autora, ainda deve-se extrair o verdadeiro objetivo da norma, sem deixar de observar o caráter protetivo ao empregado disposto tanto no Direito do Trabalho como no artigo 5º da LICC. Além do mais, o direito da licença-maternidade à mãe adotiva encontrava guarita no princípio da isonomia disposto nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, ambos combinados com o artigo 227, § 6º, do mesmo diploma legal.

Em análise conjunta - Constituição Federal, CLT e (ECA) -, percebe-se que em nenhum momento disciplinam a desigualdade dos filhos, tanto venham eles do casamento, fora dele, ou de relações concubinárias ou da adoção. Pelo contrário, sempre enfatizam que a criança adotada não deve sofrer qualquer tipo de discriminação em relação aos filhos biológicos que a adotante poderia ter.

Se o filho que nasce do ventre da mãe tem o direito de ter sua mãe a seu lado por 120 dias, nada mais justo ter o mesmo direito o filho que é adotado, sendo certo que a lei também visa

proteger a infância e a convivência familiar. Além do mais, o filho adotivo que entra para o novo lar necessita tanto de carinho e atenção como o filho biológico, ou até mais, pois tem de se adaptar ao novo lar, passando muitas vezes por grandes transformações em seu cotidiano. Isso só é possível com a convivência entre filho e pais. Borges (1999, p. 245) também é favorável à aplicação da licença-maternidade às mães adotivas, ao afirmar que

[...] não havendo previsão expressa na legislação da licença-maternidade concedida à mãe adotiva, utilizar-se-á o magistrado do instituto protetor que mais se assemelhar a ela, ou seja, a licença-maternidade concedida à mãe gestante. Não há nenhuma afronta à lei. Pelo contrário, está em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico que prevê a adoção (Capítulo V, do Título V, do Livro 1, Parte Especial do Código Civil), a proteção à família, à infância e à maternidade (CF/88, arts. 6º, 201, inc. III, 203, inc. I, 226, e 227, § 6º) e a proibição de todo e qualquer tipo de discriminação ao filho adotado (CF/88, art. 227, § 6º, e ECa - Lei 8.069/90, art. 20).

E completa, na página 251, argumentando que

[...] a lei não poderia estabelecer a igualdade com relação aos deveres se não a concedesse também relativa aos direitos. E um desses direitos é a concessão da licença-maternidade para a mãe que adota, para que esse filho também tenha aquele período inicial de contato mais íntimo com a mãe, para que se estreitem os laços de amor e de carinho ente eles.

Ambos precisam desse tempo, sem que a mãe tenha outras preocupações ou afazeres que não sejam os cuidados com o filho recém-chegado ao seu lar.

O *caput* do artigo 5º, Constituição Federal, proíbe qualquer tipo de discriminação, lecionando que “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” O mesmo diploma legal, em seu artigo 227, determina que

[...] é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, e à convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de discriminação.

Se o objetivo prioritário da licença-maternidade é o cuidado com o filho, seja ele natural ou adotivo, deve-se proteger o fato social da maternidade. Se a licença-maternidade é concedida somente à gestante, pela interpretação literal da lei, a mãe não teria mais proteção após o parto, já que não é mais gestante. Não haveria a necessidade de um período de 120 dias, pelo que se conclui que esse prazo é concedido visando não somente beneficiar a mãe, mas, sobretudo, a criança que dela depende física e emocionalmente para se desenvolver.

A licença-maternidade visa à manutenção da vida, da qualidade de vida das crianças, em especial da adotiva que se mostra à necessidade de uma tutela pelo Estado, porque dos pais biológicos não obteve os cuidados exigidos, razão por que é mais vulnerável e fragilizada.

2 LEI 10.421 REGULAMENTA A LICENÇA-MATERNIDADE DA MÃE ADOTIVA

A mãe adotiva passou a ter direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade por meio da Lei 10.421, de 15/4/2002, publicada no *DOU*, de 16/4/2002, a qual acrescentou à CLT o artigo 392-a e à Lei 8.213/91 o artigo 71-a. Com a Lei 10.421, à empregada que adotar criança ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, será concedida licença-maternidade de 120 dias, no caso de adoção ou guarda judicial de criança de até um ano de idade. Para a adoção ou guarda de criança de um ano até quatro anos, a licença será de 60 dias. Para adoção ou guarda judicial de criança de quatro anos até oito anos de idade, o período da licença será de 30 dias. No entanto, para a concessão da licença-maternidade, será necessário que a empregada apresente ao empregador termo judicial de guarda, bem como é relevante a data do nascimento da criança, uma vez que a lei dispôs sobre a diversidade de períodos conforme a idade da criança. Assim, a certidão de nascimento da criança deve ser apresentada ao empregador para fins de gozo da licença e conseqüentemente para o recebimento do salário-maternidade.

Com a publicação dessa lei, colocou-se fim, a princípio, à discussão entre doutrinadores, estudiosos e aplicadores do Direito acerca de ter a mãe adotiva o direito ou não à licença-maternidade e ao salário-maternidade. Poderia ser então discutido sobre a constitucionalidade dessa lei, já que o artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal estabelece somente a licença à gestante. No entender de Garcia (2002, p. 9), não há qualquer inconstitucionalidade na nova lei e explica:

Embora o art. 7º, inciso XVIII, da CF/88, assegure o direito de licença somente “à gestante” (e não à mãe adotiva), jamais veda que a lei ordinária estenda-o para o caso de adoção de criança.

O que a lei buscou foi proteger a maternidade, bem como a infância. Com a adoção da criança pela empregada, esta se torna mãe, o que faz jus à proteção legal, não podendo de forma alguma ser discriminada pelo gesto de afeto pela criança que estava abandonada. Do mesmo modo, não se pode discriminar os filhos, pois, nos termos do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, são iguais, não podendo haver qualquer tipo de discriminação. Nahas (2002, p. 446) entende que, com a publicação dessa lei, a mãe adotante ganhou uma proteção mais eficaz do que a instituída no ECA e explica:

Isso porque o caput do artigo 392-a prevê que a proteção se estende à mãe adotante que obtiver a guarda provisória ou definitiva. Disso se pode inferir que, mesmo nos casos em que a adotante obtém a concessão do estágio de adaptação, já poderá contar com a tutela trabalhista e previdenciária, ganhando a garantia de ao emprego e a concessão do auxílio. Assim, o alcance da lei trabalhista obedece a finalidade e responde às expectativas da proteção à criança e ao adolescente, ou seja, permite-se que a mãe adotante conviva com o adotado por tempo suficiente e necessário a fim de poder aferir se é efetivamente conveniente a adoção, já que, uma vez transitada em julgado a decisão, esta se forma de maneira irrevogável.

O salário-maternidade foi estendido às mães adotantes pelo acréscimo do artigo 71-a da Lei 8.213/91, o qual dispõe que a segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será devido salário-

maternidade pelo período de 120 dias, se a criança tiver até um ano de idade; de 60 dias, se a criança tiver entre um e quatro anos de idade, e de 30 dias, se a criança tiver de quatro a oito anos de idade. Essa disposição legal coaduna com o teor do artigo 201, inciso II, da Constituição Federal, pois a Previdência Social deve proteger a maternidade.

Também há que se entender que, se, após a adoção, a empregada for dispensada pelo empregador, esta terá o direito à percepção do pagamento da multa prevista na CLT, com a atualização prevista na Lei 7.855/89. Formica (2002, p. 322) vai mais adiante e acrescenta:

Deverá a mãe adotiva receber também, a título de indenização, além do salário integral referente ao período que seria o da licença, os valores correspondentes ao FGTS, férias e 13º salário proporcionais.

É relevante considerar se a empregada adotante também terá o direito à estabilidade provisória relacionada na alínea “b”, inciso II, artigo 10, do ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Para a maioria dos autores, a empregada adotante não faria jus à estabilidade no emprego, dentre eles se destacam Saad, Garcia e Pires. Garcia (2002, p. 11) explica sua posição:

O mencionado dispositivo constitucional é claro e expresso ao mencionar que a ‘empregada gestante’ (destaquei) é quem faz jus à garantia de emprego, tendo início ‘desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto’ (destaquei). A empregada adotante, como é óbvio, não é gestante, não ocorrendo gravidez nem parto.

Portanto, conclui-se não estar abrangida pela estabilidade em questão.

Para esse autor, a Lei 10.421/2002 apenas estendeu a licença-maternidade e o salário-maternidade à mãe adotiva, institutos distintos e autônomos da garantia de emprego, não se referindo à estabilidade provisória. Em posição contrária, ou seja, a empregada adotante fazendo jus à estabilidade, está o posicionamento de Arruda (2002, p. 297):

Por interpretação sistemática, deve-se entender que a partir da concessão da licença-maternidade da mãe adotiva, ela também terá a garantia no emprego até o limite de 5 meses, tal como ocorre com a mulher gestante. A garantia no emprego impede a brusca ruptura do pacto laboral, sem justa causa. A tranqüilidade e a paz social que deve imperar nas relações de trabalho exigem que se respeite o mesmo lapso de tempo de garantia no emprego que se concede à mãe biológica.

Neste trabalho, defende-se o posicionamento de arruda, pois a Constituição Federal, no *caput* do artigo 5º, estabelece que todos são iguais perante a lei. Se a gestante tem o direito à estabilidade, o mesmo se aplica à mãe adotiva, porque esta também terá que cuidar de seu filho, tendo as mesmas despesas como a mãe biológica. A ruptura do contrato de trabalho lhe traria um abalo financeiro, no momento em que a criança necessita de cuidados. É certo que a grande maioria das crianças veio de abrigos onde não tiveram um tratamento médico adequado, entre outras necessidades vitais.

3 DIREITO DA LICENÇA-MATERNIDADE ÀS MÃES QUE ADOTAM CRIANÇAS MAIORES DE 8 ANOS DE IDADE

A Lei 10.421/2002 limitou a licença-maternidade da mãe adotiva para as que adotam crianças até oito anos de idade. O interesse da criança e do adolescente é o principal objetivo da adoção. Esse interesse é mais importante do que o desejo dos pais adotivos e dos pais biológicos. Procura-se dar à criança e ao adolescente um ambiente favorável ao desenvolvimento deles. A adoção permite que a criança órfã e abandonada encontre um ambiente familiar, tenha pais e amor, que são as necessidades básicas do menor. Permite à criança refazer os vínculos da relação filial, pois essa se perdeu sem a sua vontade.

Um grande problema apontado atualmente é a adoção de crianças maiores. A maioria dos candidatos a pais adotivos quer crianças recém-nascidas e do sexo feminino; alguns chegam até a definir a cor dos olhos e do cabelo. Uma pequena parcela aceita crianças de qualquer sexo ou meninos de até um ano de idade. *Data venia*, em que pese o legislador ter concedido a licença-maternidade às mães que adotam crianças de até oito anos de idade, parece que essa lei tende a discriminar as mães que adotam crianças com mais idade.

A restrição da lei fere diretamente os princípios constitucionais, em especial o artigo 227, em que se assegura que é dever da família, da sociedade e do Estado colocar a salvo as crianças e os adolescentes de toda e qualquer forma de discriminação. A norma constitucional também veda qualquer tipo de discriminação e diferenças entre os filhos naturais e adotivos. Castro (2002, p. 245) também entende que a Lei 10. 421/2002 foi discriminatória ao limitar a idade da criança para concessão do benefício à trabalhadora adotante e explica que

[...] ao deferir-se a licença somente em casos de adoção de criança até a idade de oito anos completo, e ainda, de forma escalonada, classificando os destinatários da proteção materna substitutiva da maternidade biológica, forma-se odiosa discriminação no tocante a quem tenha mais que esta idade - e que não deixam de ser crianças e de ter direito a receber, não somente em tese, a proteção integral indicada pelo art. 227 da Constituição.

As discussões nos tribunais tendem a continuar, sendo certo que as mães com intenção de adotar crianças maiores de oito anos de idade vão bater às portas do Judiciário em busca de seus direitos, sob pena de ser discriminadas.

Os legisladores devem criar leis que incentivem a prática da adoção, principalmente para crianças com mais idade, pois, caso contrário, essas crianças serão sempre institucionalizadas e abandonadas. Tais crianças necessitam de um cuidado todo especial, porque ficam em instituições por muito tempo e podem ter seqüelas psicológicas deixadas pelo abandono ou até mesmo pela instituição, ter sido influenciadas pelo ambiente de origem, ser pessoas agressivas, revoltadas, e ter maus costumes e dificuldades de adaptação. São crianças que, muitas vezes, já passaram por vários estágios de convivência e possuem um trauma. Por isso, a mãe que vai cuidar de uma dessas crianças necessita também de um período para estar a seu lado e fazer a criança acreditar que há pessoas que se preocupam com seu bem-estar, o que só será possível se a trabalhadora que adotar puder ficar, pelo menos 30 dias de licença para dar atenção especial a seu novo filho.

O ECA dispõe que a criança tem direito a desenvolver-se numa família e não numa instituição, pois melhor que esta seja,

nada se compara à família substituta. Se os pais biológicos não a podem criar, ou não a podem criar de forma conveniente, é necessário proteger essa criança. A criança desamparada é fruto das distorções existentes e sujeita de direitos, devendo ser protegida. A proteção para concessão da licença-maternidade à empregada adotante de criança maior de oito anos de idade também está consagrada no princípio da isonomia relacionado no artigo 5º da Constituição Federal, bem como disposto no artigo 6º do mesmo diploma legal.

Considerado o caso sob esse prisma, o legislador ordinário cometeu um sério equívoco e, por conseqüência, uma injustiça, ao delimitar a idade da criança adotada, para fins de concessão da licença-maternidade da obreira adotante. Ressalte-se mais uma vez que a Carta Magna estabelece igualdade entre o filho natural e o adotivo, não fazendo qualquer referência acerca da idade deles. A injustiça reside no fato de discriminá-los.

O Direito precisa amparar essa situação. Dar início à educação de uma criança recém-nascida é bem mais fácil do que educar uma criança com mais idade que possui vários traumas. Logo, não importa a idade da criança a ser adotada, seja ela recém-nascida ou com mais idade, pois a mãe adotiva terá os mesmos encargos em educá-la, bem como os cuidados com alimentação, vestuários, afeto, entre outros. Com a ampliação da licença-maternidade para as mães que adotam crianças maiores de oito anos de idade, ter-se-ia ainda a discussão sobre a fonte de custeio, ou seja, provocaria mais um ônus para a Previdência e para o empregador.

Neste ponto, sugere-se que se crie um fundo de amparo ao menor adotado, bem como aos pais adotantes. Esse fundo beneficiaria as empregadas que adotam crianças com mais de oito anos de idade. A contribuição seria compulsória, e todos os

cidadãos poderiam contribuir, assim como o fazem no campo da saúde e da educação. Faz-se necessário estender a licença-maternidade a todas as mães que adotam, não importando a idade da criança. A licença-maternidade não poderá ser restrita à idade da criança, já que toda criança está protegida pelo ordenamento jurídico.

4 LICENÇA-PATERNIDADE

4.1 NOÇÕES GERAIS

A licença-paternidade está disciplinada no artigo 10, § 1º, do ADCT, o qual dispõe que o prazo será de cinco dias. Essa norma constitucional harmoniza-se com as diretrizes adotadas pela Convenção 156 (não ratificada pelo Brasil) e pela Recomendação 165, que estabelecem que as responsabilidades familiares devem ser divididas pelos cônjuges, a fim de que nenhum deles sofra discriminações. Para Martins (1996, p. 33), trata-se de um “[...] direito auto-aplicável, pois, enquanto inexistir a lei ordinária sobre o assunto, o prazo de referida licença é de cinco dias.” Esse autor explica que o artigo 7º, inciso XIX, da Constituição Federal considera o direito à licença-paternidade nos termos da lei, o que à primeira vista não seria auto-aplicável, pois depende de lei expressa.

O artigo 10, § 1º, do ADCT determinou 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 a torna auto-aplicável. A licença-paternidade é devida a todo empregado urbano e rural, doméstico, aos servidores públicos, aos militares e ao trabalhador avulso, pois há igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Süssekind (2001, p. 276) segue o mesmo posicionamento, entendendo que a duração da licença é de cinco dias, conforme

estabelecido no artigo 10, §1º do aCDT: “Enquanto não viger essa lei complementar, afigura-se-nos que o *dies a quo* da licença é o do parto, devendo a interrupção remunerada do trabalho verificar-se sem solução de continuidade.”

MARTINS (1996, p. 34) entende que não será devida ao trabalhador temporário, porque a Lei 6.019/ 74 não prevê o referido direito. A respeito da natureza jurídica, discute-se se é um direito trabalhista do empregado ou um benefício previdenciário. Para Martins (1996, p. 34) trata-se de um direito trabalhista do empregado, uma vez que está inserido no capítulo II – Dos direitos sociais, do título II – Dos direitos e garantias fundamentais, da Constituição Federal, e não nos artigos 201 e 202 da Lei Maior, que versam sobre a Previdência Social. Contudo, em relação aos servidores públicos, trata-se de benefício previdenciário, pois o artigo 208 da Lei 8.112/90 assim o dispõe, inclusive determinando o pagamento da licença quando da adoção de filhos. Magano (1993, p. 234) também entende ser direito trabalhista e explica:

À vista da linguagem usada pelo constituinte – licença-paternidade – conclui-se logo que se trata de benefício a ser inserido no âmbito da Seguridade Social. Todavia, o constituinte desejando que, como ausência justificada ao trabalho, o preceito tivesse imediata aplicabilidade, editou o § 1º do artigo 10 das Disposições Constitucionais Transitórias.

Assim, conclui-se que a licença-paternidade é um direito trabalhista do empregado. Mais uma questão gira em torno da licença-paternidade: deve ou não ser remunerada? A Instrução Normativa nº 1, do Ministério Público, de 12/10/1988, caracterizou a licença-paternidade como hipótese de ampliação de falta legal, por motivo de nascimento de filho, impondo aos

empregadores o pagamento dos salários correspondentes ao prazo de sua duração. Süssekind (1990, p. 429) entende que tem natureza salarial e que se não fosse remunerada “[...] seria castigo, e não benefício, ao pai.” Para Magano (1993, p. 235), a licença não é remunerada, pois o que o legislador estabeleceu foi o direito à ausência justificada ao trabalho, em nenhum momento estabelecendo que o prazo devesse ser remunerado, e completa expondo que

[...] o órgão público referido violou flagrantemente a regra do item II do artigo 5º da Constituição, assim enumerada: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Para esse autor, jamais poderia a autoridade administrativa mediante instrução normativa impor encargo pecuniário não previsto em lei. Ele ainda não aceita que a licença já se encontrava prevista no artigo 473, inciso III, da CLT, pois tal artigo visa à possibilidade do registro do filho, ao passo que a licença-paternidade tem a finalidade de permitir que o marido faça companhia à mulher nos primeiros dias subseqüentes ao parto. Segundo Martins (1996, p. 35), a licença-paternidade também não é remunerada. O autor explica:

O inc. XIX do art. 7º da Constituição apenas fala em licença-paternidade, nos termos fixados em lei, que inexistente no momento, mas não versa sobre pagamento. O § 1º do art. 10 do ADCT menciona apenas que o prazo da licença-paternidade é de cinco dias, mas também não determina que deve haver pagamento. ao contrário, o inc. III do art. 473 da CLT reza que o empregado pode deixar de comparecer ao

serviço por um dia consecutivo, ‘sem prejuízo do salário’, mostrando que essa falta é remunerada. Se a Constituição não determina em nenhum dos seus dispositivos acima indicados que a licença-paternidade é remunerada, o empregador não tem obrigação de pagá-la.

Para a maioria dos autores, apenas a falta prevista no inciso III do artigo 473, CLT, deve ser remunerada, em função da expressa previsão da lei nesse sentido, ao contrário da licença-maternidade, de que não há previsão legal para o pagamento. Em consequência dessa distinção, os benefícios podem ser cumulados, já que o empregado tem direito a um dia para registro do filho no decorrer da primeira semana do nascimento e mais cinco dias para cuidar da criança, totalizando seis dias de afastamento.

4.2 LICENÇA-PATERNIDADE DO PAI ADOTIVO

A Lei italiana 903, de 9/12/1977, determina que tanto o pai como a mãe podem ausentar-se do trabalho para cuidar dos filhos, de maneira alternada, sendo devida também ao pai adotivo que toma o lugar da mãe ou tem a responsabilidade integral pela criança. A licença é remunerada durante três meses depois do nascimento ou da adoção, podendo ser estendida por até seis meses. Na Suécia, a licença pode atingir 210 dias, sendo devida em relação ao nascimento ou à adoção a ambos os pais. No Brasil, a Lei 10.421, de 15/4/2002, a qual instituiu a licença-maternidade às mães adotivas, silenciou acerca da licença-paternidade do pai adotivo. Nahas (2002, p. 446) posiciona-se:

O máximo que podemos concluir é que a situação da licença-paternidade do pai adotante não foi protegida, mas dentro da nossa linha de entendimento, certo é que não haveria

necessidade, já que não se pode fazer distinção entre pais e filhos naturais e adotados e adotantes, em razão da simples aplicação do sistema Constitucional a partir de 1988.

Para a autora, o período de afastamento reservado ao pai adotante é insuficiente para o convívio com o filho adotado, pois pode adotar ou adquirir a guarda da criança sozinho, independente de ter uma mulher a seu lado. Nessa situação, seria necessário conceder-lhe a proteção legislativa trazida pela Lei 10.421/2002. Deve-se ater ao princípio da isonomia e interpretação analógica, porque não pode haver distinção entre homens e mulheres, bem como se deve aplicar em situações semelhantes o mesmo resultado. Somente caberia desigualar em situações cuja natureza das coisas permite, como é o fato de a mulher poder engravidar e o homem não, o que não se verifica no caso em discussão, pois a possibilidade de gestação é fator que não traz diferenciação.

Cardone (2002, p. 298) também entende ser aplicável a licença-paternidade ao pai adotante: “[...] a lei foi tímida, já que não abrangeu segurados (homens) que adotem, o que, não sem razoabilidade, teria violado o art. 5º, I, da Constituição, sobre igualdade de homens e mulheres.”

Arruda (2002, p. 296) segue a mesma linha de posicionamento, complementando que será necessário que o nome do pai adotivo também conste do termo judicial da adoção, na qual terá a licença-paternidade de cinco dias prevista no inciso XIX do artigo 7º, Constituição Federal, e no artigo 10, § 2º, do ADCT.

Deve-se ressaltar que a licença-paternidade ainda se justifica pelo artigo 226 da Constituição Federal, em que a família, base da sociedade, assegura igualdade de direitos e qualificações entre filhos biológicos e por adoção. Por conseguinte, deve-se buscar a maior

proteção e o interesse da criança e do adolescente, e, na falta da mãe adotiva, conceder-se-á ao pai adotivo todos os direitos inerentes à mãe adotiva. Sempre deve ser observado que, para o período de afastamento, é levada em consideração a idade do adotado, suas necessidades de receber afeto e seu direito à segurança e aos cuidados contínuos.

A fonte de custeio seria a mesma aplicada às mães adotantes, ou seja, um benefício previdenciário, conforme dispõe o artigo 71-a da Lei 8.213/91, bem como para os pais que adotam crianças maiores de oito anos de idade, a criação de um fundo de amparo ao menor adotado e aos pais adotantes.

5 CONCLUSÃO

Durante a presente pesquisa, verificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro mantém duas formas de adoção: a regida pelo Código Civil e a adoção estatutária, em que, pela primeira, podem ser adotados os maiores de 18 anos de idade, e, abaixo dessa idade, na forma estatutária.

A adoção possuiu caráter humanitário, no qual os interesses da criança e do adolescente são os principais objetivos da adoção. Esses interesses são mais importantes do que o desejo dos pais adotivos e dos pais biológicos. Procura dar à criança e ao adolescente um ambiente favorável ao desenvolvimento deles.

A Constituição Federal igualou os filhos naturais aos adotados, e estes possuem os mesmos direitos, inclusive sucessórios. A Carta Magna proíbe quaisquer discriminações. A licença-maternidade fundamenta-se no princípio da continuidade da relação empregatícia, pelo qual também a mãe que adota possa ter tempo suficiente para cuidar de seu novo filho. Trata-se de uma norma de Direito Social, de ordem pública, inderrogável pelas partes, e está garantida constitucionalmente.

A evolução histórica mostra que a inserção da mulher no mercado de trabalho deu ensejo a várias normas legislativas que surgiram com o intuito de protegê-la, e, em especial, proteger a maternidade. Com a entrada da CLT em vigor, em 1943, cabia ao empregador o pagamento do salário-maternidade, durante as seis semanas anteriores e as seis semanas posteriores ao parto. Depois de 1988, com a Constituição Federal, ampliou-se a licença-maternidade para 120 dias, ou seja, 16 semanas.

Sobre a natureza jurídica da licença-maternidade, conclui-se que se trata de interrupção do contrato de trabalho, pois, nesse período, o empregador se encontra obrigado a liberar a obreira da prestação de serviços, a qual deve perceber regularmente algumas ou todas as previsões contratuais, entre as quais a contagem de tempo de serviço e o depósito do FGTS.

As convenções da Organização Internacional do Trabalho, em especial as nr. de 3 e 103, muito contribuíram para as normas de proteção do trabalho da mulher no Brasil, bem como nos demais países, principalmente a respeito da licença-maternidade, dispondo sobre a duração, fonte de custeio a impossibilidade de despedida durante o período da licença.

No âmbito do Direito Comparado, verifica-se que os países nórdicos, latinos, Oceania, países asiáticos, africanos e América do Norte, Central e do Sul possuem normas de proteção à maternidade. Entretanto, quanto à licença-maternidade da mãe adotiva, apenas os países nórdicos, os latinos, Oceania, Canadá, Estados Unidos da América, Guatemala, Venezuela, Colômbia e Chile garantem tal direito à obreira. No Brasil, apenas em 2002, com a publicação da Lei 10.421 é que estendeu o benefício da licença-maternidade e do salário-maternidade à mãe adotiva.

O salário-maternidade é benefício pago pela Previdência Social, e são beneficiárias: segurada empregada (urbana, rural ou temporária), doméstica, trabalhadora avulsa, contribuinte individual (autônoma, eventual, empresária), segurada especial e facultativa. O benefício tem duração de 120 dias. Quanto ao valor do benefício, conclui-se ser correta a posição do STF, ao conceder liminar em Adin 1.946/99, na qual dispôs ser inconstitucional limitar o teto do benefício, porque a Constituição Federal garantiu o benefício sem prejuízo do emprego e do salário, bem como a irredutibilidade salarial.

A licença-maternidade visa atender não somente à recuperação da gestante, mas também as necessidades da criança, como cuidados físicos. Destina-se a estreitar os laços afetivos, garantindo assim à criança um desenvolvimento saudável. A Lei 10.421/2002 estendeu a licença-maternidade às mães adotantes, porém o fez de forma restritiva, pois garantiu o direito apenas às mães que adotam crianças até oito anos de idade. Ao fazer mencionada restrição, feriu diretamente os princípios constitucionais, em especial o artigo 277 da Constituição Federal, em que se assegura que é dever da família, da sociedade e do Estado colocar a salvo as crianças e os adolescentes de toda e qualquer forma de discriminação, vedando inclusive a diferença entre filhos naturais e adotivos.

Assim, as discussões nos tribunais tendem a continuar, em face da discriminação sofrida pelas mães que adotam crianças maiores de oito anos de idade. Essas crianças têm uma necessidade maior de estreitar o contato físico-psíquico com seus “novos pais”, já que ficam em instituições por muito tempo e podem ter seqüelas psicológicas deixadas pelo abandono. Muitas vezes, são crianças agressivas, revoltadas, que terão dificuldade de adaptação ao novo lar.

Diante de todas essas circunstâncias, necessário se faz estender a licença-maternidade, bem como o salário-maternidade, a todas as mães que adotam, mesmo que seja por um período mínimo de 30 dias, em face das normas constitucionais, legais, bem como de aspectos sociais. O ECA dispõe que a criança tem direito a desenvolver-se numa família e não em uma instituição, pois, melhor que esta seja, nada se compara a um lar, a uma família que lhe dê carinho e atenção.

Há necessidade de ser feito um trabalho de conscientização da importância de se estender a licença-maternidade às mães que adotam crianças maiores de oito anos de idade. Sugere-se que seja criando um fundo de amparo ao menor adotado, bem como aos pais adotantes. A contribuição seria compulsória, assim como já se faz no campo da saúde e da educação. A lei em comento também foi omissa a respeito da estabilidade da mãe adotante, e excluir essa obreira de tal direito estaria ferindo o princípio constitucional da isonomia.

Quanto à licença-paternidade ao pai adotivo, aplicar-se-iam as mesmas regras instituídas para as mães adotantes, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, pode adotar ou adquirir a guarda da criança sozinho. No caso de falta de mãe adotiva, seja por enfermidade ou morte, o pai é que assume todas as responsabilidades pela criação do filho, seja ele natural ou adotivo. Por conseguinte, o Direito do Trabalho deve buscar, com o ECA, a maior proteção e o interesse da criança e do adolescente, ampliando as normas de proteção da maternidade.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, H. M. de. A licença-maternidade e o salário-maternidade em decorrência da adoção. **Repertório de**

Jurisprudência IOB, São Paulo, v. 11, n. 11/2002, p. 297, 1ª quin., jun. 2002.

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

BORGES, E. B. A extensão da licença-maternidade à mãe adotiva. In: COUTINHO, A. R.; WALDRAFF C. H. (Org.). **Direito do trabalho e direito processual do trabalho**. Curitiba: Juruá, 1999.

CARDONE, M. A. Licença-maternidade na adoção e responsabilidade previdencial. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo, v. 11, n. 11/2002, p. 299, 1ª quin., jun. 2002.

CASTRO, C. A. P. de. Licença à mãe adotante e salário-maternidade. **LTr Suplemento Trabalhista**, São Paulo, ano 38, n. 54/02, p. 243, 2002.

_____. **Manual de direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

CENOFISCO. Salário-maternidade. In: **Cenofisco: trabalho e previdência**. São Paulo: Internet-lex. Disponível em: <<http://www.internet-lex.com.br>>. Acesso em: 21 jan. 2004.

DINIZ, M. H. **Código civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5.

FORMICA, G. Licença-maternidade e salário-maternidade à mãe adotiva. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo, v. 12, n. 12/2002, p. 322, 2ª quin., jun. 2002.

GARCIA, G. F. B. Licença-maternidade da mãe adotiva: a lei 10.421/2002. **Jornal Trabalhista Consulex**, Curitiba, v. 19, n. 918, p. 9-11, jun. 2002.

MAGANO, O. B. **O direito do trabalho na constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MANDALOZZO, S. S. N. **A maternidade no trabalho**. Curitiba: Juruá, 1996.

MARMITT, A. **Adoção**. Rio de Janeiro: aide, 1993.

MARTINS, S. P. **Direito da seguridade social**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Licença-maternidade para adotante. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo, v. 12, n. 12/2002, p. 324, 2^a quin., jun. 2002.

_____. **Práticas discriminatórias contra a mulher e outros estudos**. São Paulo: LTr, 1996.

NAHAS, T.C. Comentários ao artigo 392-a instituído pela lei 10.421/2002. **LTr Suplemento Trabalhista**, São Paulo, ano 38, p. 445, 2002.

PIRES, A. Mães adotantes: considerações sobre a lei 10.421, de 15/4/2002 - licença e salário-maternidade. **LTr Suplemento Trabalhista**, São Paulo, ano 38, n. 109/02, p. 507, 2002.

SAAD, E. G. Temas trabalhistas: da licença-maternidade, da adoção e a licença-maternidade. **LTr Suplemento Trabalhista**, São Paulo, ano 38, n. 71/02, p. 315, 2002.

SANTOS, H. de O. **Constitucionalização do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

SEHLI, D. L. L. de. Licença-gestante à mãe adotante. In: DALLEGRAVE NETO, J. A. (Coord.). **Direito do Trabalho Contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA FILHO, A. M. **O regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: RT, 1997.

SIQUEIRA, L. **adoção no tempo e no espaço: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SÜSSEKIND, A. **Comentários à Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 1990.

_____. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002.

VIANNA, C. S. V. **Manual prático das relações trabalhistas**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.