

**FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO**

JESSICA FORNACIARI VOLPONI

**A LEGALIZAÇÃO DO DIREITO A ESTABILIDADE PROVISÓRIA AOS
ADOTANTES**

GUARAPARI/ES

2017

JESSICA FORNACIARI VOLPONI

**LEGALIZAÇÃO DO DIREITO A ESTABILIDADE PROVISÓRIA AOS
ADOTANTES**

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso no Curso de Direito das Faculdade Doctum de Guarapari, como requisito para obtenção de Título de Bacharel em Direito.

**Professora Orientadora Msc.
Cristina Celeida Palaoro Gomes**

GUARAPARI/ES

2017

JESSICA FORNACRIARI VOLPONI

**A LEGALIZAÇÃO DO DIREITO A ESTABILIDADE PROVISÓRIA AOS
ADOTANTES**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito das Faculdade Doctum de Guarapari como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de Julho de 2017

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Msc. Lécio Silva Machado

Prof. Avaliador

Prof. Avaliador

FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO

**A LEGALIZAÇÃO DO DIREITO A ESTABILIDADE PROVISÓRIA AOS
ADOTANTES**

Jessica Fornaciari Volponi
jessica_volponi@hotmail.com
Graduando(a) em Direito

Prof. Msc. Cristina Celeida Palaoro Gomes
cristinapalaoro@hotmail.com
Especialista em Direito

RESUMO

Este artigo fará uma análise da importância dos direitos trabalhistas assegurados a mulher no período da maternidade, com destaque para o da estabilidade provisória, que assegura a gestante desfrutar dos demais benefícios. Isso posto, será defendida a necessidade de estender o mesmo aos adotantes, através dos princípios que norteiam o direito trabalho e dos inerentes a condição humana, tanto do adotante, como da criança ou adolescente a ser adotado. Os tribunais superiores diante dessa lacuna se posicionaram de forma favorável. Nesse passo o legislativo através de Propostas de Emendas a Constituição, busca garantir o direito da estabilidade provisória aos adotantes.

PALAVRAS-CHAVE: MATERNIDADE; ESTABILIDADE PROVISÓRIA; ADOÇÃO; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; LEGALIZAÇÃO DA ESTABILIDADE AOS ADOTANTES.

1- INTRODUÇÃO

A importância empreendida pelo direito da estabilidade provisória no emprego para aqueles que estão vivenciando o período da maternidade, reflete no bem estar do nascituro. Inicialmente, serão expostos os direitos decorrentes da maternidade, para que seja possível demonstrar posteriormente, a importância que a estabilidade provisória propicia o gozo desses benefícios. Seguindo serão analisados os direitos reservados aqueles que se propõe a adotar, bem como o processo de adoção no Brasil. Após será polemizado, que aos adotantes empregados, não é assegurado legalmente tal benefício, e através dos princípios e jurisprudências ficará evidenciado que o referenciado direito deve ser estendido.

2 - DIREITOS DECORENTES DA MATERNIDADE

Com o decorrer dos séculos, a mulher conquistou seu espaço e direitos no mercado de trabalho, passando por uma grande evolução desde os primórdios até hodiernamente.

Segundo os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros no início, as tarefas eram divididas entre homens e mulheres, sendo que, seu gênero era fator determinante para delimitar qual atividade exerceria. Essa forma de trabalho iniciou-se com as sociedades antigas, onde os homens eram responsáveis pela caça e a pesca, e as mulheres pela coleta dos frutos e cultivo da terra, perdurando pela antiguidade e idade média (2017, p.704-705).

Do século X ao XIV os homens e mulheres desenvolviam as mesmas funções e havia semelhança de salários. No renascimento, o trabalho da mulher perde espaço e a ela destinou-se o serviço doméstico, pois as atividades que desenvolvia passaram a ser feitas pelas fábricas no século XVI. Posteriormente, seu trabalho se torna necessário na indústria têxtil nos países europeus, período que ficou caracterizado pela exploração de seus serviços, o que gerou a criação de vários mecanismos de proteção pelos organismos internacionais que visavam proteger os direitos das mulheres e propiciar igualdade do mercado de trabalho (BARROS, 2017, 704-705).

Seguindo essa tendência, a legislação brasileira foi influenciada pela ação internacional, tendo como referência a OIT (Organização Internacional do Trabalho) que, em suas convenções trata de questões do trabalho, abarcando normas de proteção ao trabalho das mulheres, como nas Convenções n.3, 103 e 183 ao regulamentar sobre o ciclo gravídico-puerperal, ou nas Convenções n. 4, 41 e 89 que impõe restrições ao trabalho da mulher, a exemplo do impedimento de desenvolvimento de atividades insalubres (BARROS, 2017, 704-705).

Isto posto, o trabalho e a proteção a maternidade são reconhecidos pela Constituição Federal como direitos sociais, em seu artigo 6º, senão vejamos:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Sendo assim, os direitos sociais promovem da igualdade entre os cidadãos, com o intuito de reduzir as desigualdades sociais.

Pois os direitos sociais são os que mais se aproximam do princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania, pois visam a reduzir as desigualdades entre as pessoas, ajustando os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida (ZANETTI, 2011).

Devido a sua importância e a fim de tratar de forma específica sobre os direitos relativos à proteção do trabalho da mulher e da maternidade, o legislador destinou um capítulo na Consolidação das Leis do Trabalho (Capítulo III DA PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER - Seção V Da Proteção à Maternidade) elencando as normas aplicáveis a mulher empregada.

Nesse sentido, é importante mencionar que a proteção dada pela lei durante a maternidade não se destina somente a gestante, mas também ao nascituro ou recém-nascido. (MARTINEZ, 2012, p.635)

O referenciado doutrinador MARTINEZ dispõe sobre as modificações que a maternidade traz para a vida a mulher:

A maternidade produz uma serie de modificações na mulher, fazendo com que ela solicite atitudes de amparo de todos que circundam a sua vida familiar, social e profissional. Muitos cuidados não praticados no cotidiano das mulheres passam a ser exigíveis desde os primeiros

instantes do período gestacional, passando pelos indispensáveis exames pré-natais, pela chegada e a recepção do bebê e seu acompanhamento durante toda a infância (2012, pag.634 a 635).

Partindo desta premissa, a maternidade deve ser analisada em todas as suas fases, sendo que a primeira é o período gestacional, se estendendo até os acontecimentos pós-parto, seguida do período de amamentação e após, a fase de cuidados com o infante (Luciano Martinez, 2012, p.635), motivo pelo qual o legislador atribuiu direitos as mulheres, aplicáveis a cada ciclo.

Durante a gestação, é necessário que a gestante faça um acompanhamento médico para cuidar da sua saúde e do bem-estar do nascituro, por isso, é assegurado o direito de realizar no mínimo seis consultas durante o expediente e pelo tempo necessário, além dos exames complementares (art. 392, § 4º, inc.II CLT).

Nos casos em que a atividade desenvolvida pela empregada gestante oferecer riscos a sua saúde ou do bebê, ela poderá solicitar ao empregador, mediante atestado médico, remanejamento para outra função, e, a sua retomada, quando não houver mais impedimentos médicos, sem que haja prejuízo ao seu salário (art. 392, § 4º, inc. I CLT), sendo que na impossibilidade de dar seguimento a atividade é garantido o direito de rompimento do vínculo empregatício pelos riscos que esta oferece (art. 394 CLT). A Consolidação das Leis do Trabalho, também garante o direito de afastamento antes e após o parto desde que seja através de solicitação médica, e, esse período pode ser estendido desde que seja apresentado ao empregador um atestado médico (art. 392, § 1º e § 2º CLT).

A legislação foi cautelosa ao regulamentar o direito de repouso remunerado pelo período de duas semanas nos casos em que a gestação tiver sido interrompida pela ocorrência de aborto, cabendo a empregada apresentar atestado médico a fim de comprovar a ocorrência, e, após transcurso do prazo, voltará a desempenhar sua função conforme prevê o artigo 395 da CLT.

Luciano Martinez (2012, p. 637) explica a importância do aludido direito salientando que “[...] a gestante terá um período para recuperar-se do trauma e das consequências fisiológicas de uma gravidez frustrada.”

Se a gestação tiver sido bem-sucedida, após o parto, a gestante fará jus a uma licença para cuidar e amamentar o novo integrante da família. (Luciano Martinez, 2012, p. 637). A legislação trabalhista segue nessa mesma linha ao prever que após o parto a mãe não trabalhe e se dedique nascituro, lhe assegurando o benefício da

licença-maternidade pelo período de 120 dias, sem prejuízo do seu emprego e salário, conforme previsto no art. 392 da CLT, direito que será mantido, se por ventura, o parto for antecipado (§3º, art. 392 CLT).

É importante mencionar que este benefício também está amparado pela nossa Constituição Federal no inc. XVIII do artigo 7º que traz os direitos que visam à melhoria da condição social do trabalho.

Os cuidados para com o recém nascido não se limitam ao período gestacional e pós-parto, haja vista a importância do o aleitamento materno. O Ministério da Saúde esclarece:

[...] o leite materno possui todos os nutrientes que o bebê necessita para crescer e se desenvolver de maneira saudável. Nos seis primeiros meses de vida, ele não precisa de nenhum outro alimento, nem mesmo água. A criança que mama no peito adoece menos e fica mais protegida contra infecções, diarreia, otites e tem menos risco de desenvolver, ao longo da vida, hipertensão, diabetes e obesidade. O aleitamento materno fortalece ainda o vínculo afetivo entre a mãe e o bebê, além de diminuir o risco para a mulher de desenvolver câncer de mama, ovário e diabetes (BRASIL, 2014)

Assim, ao retornar a sua jornada de trabalho, a mãe que desejar continuar amamentando seu filho, poderá fazê-lo até que este complete seis meses de idade, pois ela poderá ter dois descansos de meia hora durante o expediente (art. 396 da CLT). Sendo importante mencionar que tal período pode ser dilatado em função do bem estar da criança, desde que a autoridade competente assim outorgar.

Em contrapartida, a adoção também enseja proteção, motivo pelo qual, a licença-maternidade também é assegurada aos empregados adotantes, mediante apresentação do termo judicial de guarda da adotante ou guardião. Nos casos em que o processo de adoção ou de guarda judicial for conjunta, o benefício será concedido apenas a um dos adotantes ou guardiães. (392-A CLT)

Na hipótese de falecimento da genitora ou adotante, a licença-maternidade será transferida ao seu cônjuge ou companheiro empregado pelo período integral ou pelo tempo restante a fim de não deixar desamparado o recém nascido em seus primeiros meses de vida. (art. 392-B c/c 392-C, ambos da CLT).

Com o intuito de garantir melhores condições sociais aos empregados, a Constituição Federal assegura em seu art. 7º, inc. XXV a assistência gratuita aos

filhos ou dependentes, em creches e pré-escolas, até que alcancem a idade de cinco anos, o que foi reproduzido na CLT em seus artigos 397 e 400 da CLT.

Para dar efetividade aos benefícios decorrentes da maternidade, a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece no art. 401, penalidade de multa que será aplicada por autoridade competente, ao empregador que não as respeitem, e sempre em seu valor máximo quando o empregador for reincidente ou se ficar provado que usou de artifício ou simulação para fraudar.

Ainda com propósito de garantir a aplicabilidade dos direitos supracitados, o legislador criou a estabilidade provisória, prevista na alínea b, inciso II do artigo 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias e no art. 391-A da CLT, que impede o empregador de romper o vínculo empregatício de forma arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto.

Mauricio Godinho Delgado sabiamente explica que existem duas figuras de estabilidade, sendo elas a estabilidade no emprego e estabilidade provisória. Em relação à estabilidade no emprego explica que:

[...], é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de um circunstancia tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independente da vontade do empregador. (2017, p. 1417)

Quanto à estabilidade provisória, explica que na verdade se trata de uma:

[...] vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independente da vontade do empregador. Tais garantias tem sido chamadas, também, de estabilidade temporárias ou estabilidades provisórias (expressões algo contraditórias, mas que vêm se consagrando) (DELGADO , 2017, p. 1423).

Nesse passo, Luciano Martinez sustenta:

Entende-se por estabilidade legal provisória a vedação temporária ao direito patronal de rescindir, justificado por específicos e transitórios fatos geradores. Ao contrário do que ocorre com a estabilidade definida a provisória vale apenas por tempo determinado e esta adstrita a um acontecimento, previsto em lei. Verifica-se a estabilidade legal provisória quando a dicção da norma indicar o seguinte: “fica vedado a dispensa do empregado na situação X”, fica proibida a dispensa do empregado na hipótese Y” ou expressões similares (2012, p. 603).

Fica claro, portanto, que a estabilidade provisória assegurada à gestante ou ao pai no caso de sua morte, é uma garantia temporária em virtudes das peculiaridades da maternidade.

Tal garantia nos remete ao princípio trabalhista da proteção, que visa equilibrar o contrato de trabalho, protegendo para tanto, a parte hipossuficiente, no caso, a gestante.

Maurício Godinho Delgado brilhantemente explica:

[...] há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática (2014, p. 196).

Percebe-se que o legislador se atentou em tornar iguais os sujeitos dessa relação trabalhista. Para isso, se fundamentou no princípio da isonomia como bem conceitua Inocêncio Mártires Coelho “(...) significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade.” (2010, p. 221)

Outro princípio basilar do direito a estabilidade é o da continuidade da relação de emprego, que busca a manutenção da relação empregatícia. Assim entende Luciano Martinez:

O princípio da continuidade pode ser entendido como aquele que visa “atribuir à relação de emprego a mais ampla duração possível, sob todos os aspectos”, gerando, por isso, presunções sempre favoráveis aos trabalhadores (2012, p. 97).

Contudo, mesmo diante do importantíssimo papel desenvolvido pelo direito da estabilidade na maternidade a lei não o assegura ao adotante, o que tem sido assunto de discussões nos tribunais que já decidiram de forma favorável como será abordado adiante.

3- ADOÇÃO

3.1- DEFINIÇÃO

Primeiramente é preciso esclarecer qual natureza jurídica da adoção, que nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira é “[...] o ato jurídico pelo qual uma pessoa

recebe outra como filho, independente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim” (2014, p. 452).

Seguindo a mesma linha de raciocínio Carlo Roberto Gonçalves conceitua adoção como “[...] ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha” (2017, p. 374).

Fica claro, portanto, que a adoção é o ato jurídico que proporciona uma pessoa inserir em seu ambiente familiar, outra estranha a ela na condição de filho.

3.2- ADOÇÃO NO BRASIL

No Brasil, o processo de adoção está regulamentado no Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, (Art. 39) que foi modificado posteriormente pela Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009, conhecida como Lei Nacional da Adoção e inovou ao criar o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) que armazena informações sobre os candidatos, e das crianças e adolescentes que estarão no processo de adoção.

Nesse passo o Conselho Nacional de Justiça em 24 de abril de 2008 por meio da Resolução nº 54 dispôs sobre Cadastro Nacional de Adoção, e em seu portal virtual lançou um passo a passo explicando como funciona o processo de adoção.

Primeiramente, é importante deixar claro que o propósito do estatuto, é assegurar a criança e ao adolescente o convívio familiar:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Ou seja, somente nos casos em que for impossível a permanência com a família natural como preceitua o artigo § 1º do artigo 39 da ECA, a criança ou adolescente será inserida no Cadastro Nacional da Adoção.

O pedido de adoção do adotando segundo o artigo 40 da ECA, poderá ser feita até os seus dezesseis anos, exceto nos casos em que já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Para se habilitar no CNA, o adotante de acordo com o artigo 42 da ECA precisa ser maior de dezesseis anos, independente do estado civil, deve haver uma diferença

mínima de idade de 16 anos entre a criança e quem deseja adotar (§ 3 artigo 42 da ECRIAD). Sendo necessária a apresentação de documentos de identificação como identidade; CPF entre outros.

O doutrinador Caio Mario da Silva Pereira explica a importância da diferença da faixa etária entre o adotante e o adotando:

Esta diferença etária existe no pressuposto de certo condicionamento hierárquico entre o adotante e adotado, no que, aliás, usa-se por parâmetro a circunstância de que a idade núbil é também de dezesseis anos, e, assim assemelha-se o parentesco civil à relação de paternidade biológica (2014, p.463).

Para dar início ao processo de habilitação, o adotante será representado por um defensor público ou advogado particular, que estará elaborando uma petição para dar início ao processo no cartório da Vara de Infância e, se for aprovado, o candidato estará habilitado.

Dando prosseguimento, o candidato a adoção passará por um curso de preparação psicossocial e jurídica para adoção, além de entrevistas para avaliação psicossocial e visita domiciliar feita pela equipe técnica. Esse procedimento varia, e, em algumas comarcas, são feitas entrevistas e visitas para avaliação da situação socioeconômica e psicoemocional.

O parecer dessa equipe técnica é apresentado ao Ministério Público, e, ao juiz da Vara de Infância, que prolatará a sentença e, se favorável, inserirá o candidato no CNA, sendo que o registro será válido por dois anos em todo território nacional.

A lei possibilita que o interessado apresente o perfil da criança que almeja, como, por exemplo, o sexo e a faixa etária, ressaltando-se que, legalmente, quando a criança tem irmãos, estes não poderão ser separados.

Por último, é necessário aguardar até que a Vara de Infância identifique uma criança com o perfil desejado. Ao encontrar, seu histórico de vida é passado ao candidato, que se demonstrar interesse estará sendo apresentado a ela.

Cabe mencionar que o adotando maior de doze anos precisa consentir para que a convivência com o adotante continue, conforme dispõe o artigo 45 § II da ECRIAD.

O estagio de convivência é uma das fases mais importantes, pois é nesse momento que os vínculos de afinidade e afetividade começam a se desenvolver. Para isso são permitidas visitas ao abrigo onde está a criança ou adolescente e para promover a aproximação, são autorizados pequenos passeios. Esse período é monitorado pela justiça e equipe técnica, conforme está previsto no art. 46 da ECRIAD.

A convivência estabelecerá uma relação entre o adotante e adotado. É nesse momento que deve ser ajuizada a ação de adoção. No início será concedido à guarda provisória onde o menor irá morar com a família. Uma equipe técnica acompanhará o processo de adaptação ao novo lar, e, ao final apresentará uma avaliação conclusiva.

O processo de adoção é finalizado por meio de uma sentença que determinará a lavratura do novo registro de nascimento, onde a criança terá o sobrenome da nova família. Existe também a possibilidade de trocar o primeiro nome da criança. (art. 47 § 5º da ECRIAD).

O adotado a partir desse momento passa a ser legalmente filho do adotante, como dispõe o art. 41 ECRIAD. “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

A Constituição Federal também confere ao adotado os mesmos direitos daquele que é filho biológico (§ 6º do art. 227), sendo proibida a discriminação relativa à filiação. É o que preconiza o princípio da equiparação dos filhos, que nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira “Nascidos dentro ou fora do casamento ou acolhidos em adoção, é garantido aos filhos mesmo direitos.”

Aproveitando-se do dispositivo supracitado, é extremamente relevante mencionar a importância social proporcionada pelo instituto da adoção na atualidade. Em uma publicação o Instituto Brasileiro de Direito de Família -IBDFAM - divulgou números alarmantes sobre o índice de crianças e adolescentes acolhidos em instituições de adoção:

[...] o sistema de adoção no Brasil é cruel com as crianças e os adolescentes. São os números que dizem isso: quase 50 mil estão em abrigos à espera de uma família. É perverso! Todos fazem de conta que não veem essa violência de os menores não poderem ter uma família para acolhê-los (IBDFAM, 2017).

Notavelmente, Ana Paula Amaro Silveira traz a dura realidade de muitas crianças e adolescentes no Brasil, que se encontram em lares instáveis, onde, independente do motivo, sofrem constantemente o prejuízo de não ter uma convivência saudável com seus familiares, sendo sujeitos a longos períodos em abrigos até que se inicie o processo de adoção. Segundo a mesma:

Viver em família é um direito da criança. Condená-la a viver em uma situação de constante risco de saúde, de vida, de problemas emocionais apenas para garantir o direito de pais biológicos que não cumprem seus deveres é uma enorme crueldade e afronta aos nossos direitos legais. Da mesma forma que manter uma criança indefinidamente em uma instituição esperando a (im)provável recuperação de quem, muitas e muitas vezes não quer se tratar ou prefere continuar agindo da mesma forma que levou ao afastamento do filho de casa, me parece infringir todos os direitos fundamentais desta criança, colocando-a novamente na posição de objeto e não de pessoa (IBDFAM, 2014).

Nesse passo, a adoção busca dar uma nova oportunidade as crianças e adolescentes que por algum motivo foram afastadas de sua família biológica, além de proporcionar ao adotante vivenciar a maternidade ou paternidade.

Fica evidente que o objetivo do instituto da adoção é assegurar a dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil, garantindo os direitos inerentes a qualquer pessoa, conforme disposto no artigo 3º da ECRID:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

É de extrema importância que o processo de adoção garanta o melhor interesse da criança. Caio Mario da Silva Pereira reconhece como sendo este o princípio pilar fundamental do Direito de Família contemporâneo, sustentando:

A jurisprudência tem utilizado o melhor interesse como princípio norteador, sobretudo em questões que envolvem: adoção, priorizando os laços afetivos entre a criança e os postulantes; competência, entendendo que a apreciação das lides deve ocorrer no local onde os interesses do menor protegidos, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas; guarda e direito de visitação, a partir da premissa de que não se discute o direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sobretudo o direito da criança a uma estrutura familiar que lhe de segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado; e alimentos, buscando soluções que não se resultem

prejudiciais à pessoa em condição peculiar de desenvolvimento (2014, p 69).

Essencial se faz mencionar sobre Declaração Universal dos Direitos das Crianças - UNICEF de 20 de novembro de 1959 que prescreve que a todas as crianças é inerente o direito a igualdade, sem distinção de raça religião ou nacionalidade. Em seu princípio VI reconhece que toda criança deve crescer em um ambiente de amor:

A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.

O referenciado doutrinador menciona que as novas entidades familiares são constituídas pelo afeto (pagina 35), tornando a adoção cada vez mais popular.

3.3 - ESTABILIDADE PROVISORIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Diante da importância do instituto da adoção seria ato de extrema injustiça não assegurar a estabilidade provisória aos adotantes.

Isso porque o direito a estabilidade provisória vai além da proteção ao vínculo empregatício, ao assegurar igualdade de direitos ao nascituro e a família que está se formando. Tamara Leite dos Santos Morais sustenta:

A estabilidade provisória que a gestante recebe é algo de suma importância, sem essa estabilidade o ser mais frágil e necessitado da relação jurídica estaria prejudicado, o bebê. O instituto resguarda os direitos do nascituro e da futura família que se forma (MORAIS, 2017).

Fica claro, portanto, que sendo um direito proveniente da maternidade, deve o mesmo ser garantido também à pessoa, que por meio da adoção, além de formar sua família, se compromete a assegurar todos os direitos inerentes ao seu filho.

Assegurar o direito da estabilidade provisória, também seria dar tratamento igualitário a aqueles que se entram em mesma situação, qual seja, “maternidade”, onde o importante é a inserção de nova pessoa no seio familiar, sendo a criança que acabou de nascer ou a que foi adotada, como pressupõe o princípio da igualdade.

A Carta Magna impõe em seu artigo 5º, caput, que todos - brasileiros e estrangeiros residentes no país - devem ser tratados igualmente sem distinção de qualquer natureza perante a lei.

Comporta ainda em seu bojo, a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado Democrático de direito (art. 1º, III) e traz em seu art. 3º o objetivo fundamental de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Tais dispositivos afirmam o princípio da igualdade, que nas palavras de Afonso da Silva (2012, p. 211) “constitui signo fundamental da democracia”, isso porque através do alcance da igualdade se concretiza indiretamente vários outros direitos assegurados constitucionalmente, enfatizando-se a dignidade da pessoa humana que deve ser observada tanto na elaboração das leis como em suas execuções.

Rocha explica que:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõe o sistema jurídico fundamental (apud, SILVA, 2012, p. 214).

Conforme explanado anteriormente, o direito a igualdade está disposto expressamente no caput do art. 5º da Constituição Federal abrindo o leque dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando sua importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Afonso Silva defende em sua obra que para a sua concretização deve ser observado a justiça social, que é o objetivo da ordem econômica e da ordem social (2012, p 213).

A Constituição Federal abarca em dois de seus artigos a justiça social como objetivo de ordem social:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Assegurar a estabilidade provisória ao adotante é promoção de justiça social, objetivo de todo o Estado Democrático de Direito.

Doutrinariamente são feitas diversas classificações quanto à igualdade, contudo, no presente estudo atentar-se-á somente a igualdade material ou substancial e igualdade formal. Carolina Dias Martins da Rosa e Silva explica “(...) a igualdade material tem por finalidade igualar os indivíduos, que essencialmente são desiguais” (ROSA SILVA, 2017).

Ou seja, refere-se ao fato que todos os indivíduos devem receber a mesma proteção, abordagem, oportunidades, não no que concerne a lei, pois a mesma vai encontrar abrigo no conceito da de igualdade formal, mas sim em decorrência da qualidade de ser humano, onde todos “atraem” o mesmo tratamento.

Já a igualdade formal é a descrita no próprio artigo 5º da Constituição Federal onde afirma que todos são iguais perante a lei, ou seja, todos devem ser tratados da mesma forma com o objetivo de propiciar a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (SILVA, 2017, p 215).

Conforme foi dito a igualdade formal garante a imposição de desigualdades quando se busca a efetivação da igualdade entre os indivíduos. Entretanto, para que se proceda à imposição é necessário toda uma análise do aspecto subjetivo e objetivo envolvido na situação para que de fato seja justa a discriminação auferida. É o que entende Milton Lucídio Leão Barcellos:

(...) a necessidade de igualar ou discriminar não decorre apenas da análise das igualdades e desigualdades entre os seres humanos enquanto pessoas naturais, mas sim das igualdades e desigualdades levando-se em consideração os fatos, situações ou pessoas iguais ou desiguais. Tratar igualmente ou desigualmente iguais e desiguais pressupõe uma análise mais profunda do que a simples comparação interpessoal, pois caso assim não o seja, a própria equiparação ou discriminação irá ferir o princípio da igualdade (BARCELOS, 2010).

Afonso da Silva ao tratar das discriminações e inconstitucionalidades no princípio da igualdade traz duas hipóteses em que discriminação será considerada inconstitucional. Para o mesmo, será inconstitucional a norma que conceder privilégios a um ou alguns, desfavorecendo outros em mesma situação - feriria o princípio da igualdade, por não outorgar o mesmo tratamento - ou ainda, será

inconstitucional quando impor sanção, obrigação, ônus a determinados indivíduos sem os fazer com os outros, permanecendo estes últimos sem situação favorável - feriria o princípio da isonomia, por discriminar pessoas em situação de igualdade (2012, p 227-229).

Para Paulo Bonavides, a igualdade como direito restringe a atuação do Estado, na medida em que é o primeiro direito fundamental assegurado regendo todo o ordenamento jurídico de tutela das liberdades individuais, estando fora até mesmo do poder constituinte derivado (BONAVIDES, 2003).

Fica claro, portanto, que conceder a estabilidade provisória a/o adotante é verdadeira reafirmação do princípio da igualdade, posto que, assim como a gestante, está “iniciando” sua experiência maternal. Não é à toa que já é garantido o direito a licença maternidade, considerando a importância desse convívio inicial, não só para a criança, mas também para os adotantes.

Pensar diferente, seria ir contra o próprio princípio da proteção ao trabalhador, proporcionando tratamento igual aos desiguais da relação trabalhista. Isso porque, se a estabilidade provisória a gestante busca garantir o exercício da licença maternidade sem possíveis retaliações do empregador, não estender tal benefício aos adotantes, possibilitaria que o empregador dispensasse os mesmos sem justa causa, inviabilizando via reflexa a referida licença maternidade.

Visualiza-se então, uma forte corrente quanto à alegação de afronta ao princípio da igualdade que, além de ser direito fundamental do indivíduo, por vezes é utilizado pelo constituinte como reafirmação de seus objetivos (artigo 3º da CRFB) e como princípio basilar na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º III da CRFB). Entretanto, ainda não há nenhum dispositivo legal e nem posicionamento doutrinário consolidado quanto à extensão do direito a estabilidade provisória aos adotantes.

Em contramão a esta lacuna, louvavelmente e de forma inovadora o Tribunal Superior do Trabalho já decidiu pela aplicabilidade da estabilidade aos trabalhadores adotantes, o que será visto adiante.

4 - POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAS

Condizente com o afirmado no decorrer deste artigo, fica clara a viabilidade da legalização do direito a estabilidade provisória aos adotantes, tendo amparo nos princípios constitucionais.

Como pode ser observado na memorável decisão do relator Alexandre de Souza Agra Belmonte da 3º Turma do TST no processo RR: 2006001920085020085:

I- AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERMO INICIAL DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA MÃE ADOTANTE. DIREITO SOCIAL À FRUIÇÃO DA LICENÇA ADOTANTE INDEVIDAMENTE OBSTADO. Provável violação do artigo 392-A, § 1º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. TERMO INICIAL DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA MÃE ADOTANTE. DIREITO SOCIAL À FRUIÇÃO DA LICENÇA ADOTANTE INDEVIDAMENTE OBSTADO. 1. O art. 7º, XVIII, do texto constitucional concede licença de cento e vinte dias à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário. Para possibilitar o exercício do direito e proteger, antes e depois, a maternidade, o art. 10, II, b, do ADCT da Constituição Federal de 1988 veda a despedida arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. 2. A Constituição utiliza o termo "gestante", mas a licença de cento e vinte dias abrange, nos termos da parte final do art. 7º, caput, da Constituição, o direito social destinado à melhoria das condições de trabalho das mães adotantes, previsto no art. 392-A, da CLT, daí que a utilização da expressão licença maternidade abrange a licença gestante e a licença adotante. 3. **A licença adotante é um direito social, porque tem por fim assegurar a proteção à maternidade (art. 6º, da CF), visando a utilização de um tempo à estruturação familiar que permita a dedicação exclusiva aos interesses necessários ao desenvolvimento saudável da criança. Para a mãe adotante poder alcançar a licença-maternidade sem o risco de ser despedida, é preciso que ela também seja beneficiada pela estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT da Constituição Federal de 1988.** 4. A trabalhadora, mãe adotante, ajuizou o processo de adoção em 5/6/2008, mesma data em que recebeu a criança (nascida em 28/5/2008) sob seus cuidados, por autorização da mãe biológica e da Vara da Infância e Juventude. 5. Não tendo ocorrido disputa sobre a guarda, a carecer de decisão judicial que a definisse, tem-se que a **estabilidade da trabalhadora, mãe adotante, restou assegurada a partir do momento em que expressou judicialmente o interesse em adotar a criança oferecida, daí computando-se o período de estabilidade, em que compreendida a licença adotante. Ou seja, tem direito ao gozo de licença adotante, com a estabilidade necessária ao exercício do direito até cinco meses após o recebimento da criança a ser adotada.** O entendimento de que a autora só se tornaria estável após a conclusão do processo de adoção simplesmente inviabilizaria, como inviabilizou, o exercício do direito à fruição da licença adotante no curso do contrato, contrariando os objetivos do art. 392-A, §

4º, da CLT. 6. Assim como as estabilidades do dirigente sindical e do cipeiro têm início a partir do registro da candidatura e não da eleição, a da mãe adotante tem início a partir do requerimento de adoção e não da sentença transitada em julgado, ainda mais quando há registro de autorização da mãe biológica e da Vara da Infância e Juventude para o recebimento da criança, pela adotante, no mesmo dia em que ajuizada a ação (5/6/2008) e não depois da concretização da guarda provisória (12/6/2008). 7. A estabilidade da mãe adotante tem, evidentemente, marcos inicial e final distintos da mãe gestante. Enquanto a desta tem início a partir da confirmação da gravidez e se estende até cinco meses após o parto, a daquela se situa no período de cinco meses após a concretização do interesse na adoção, em que inserido o período de licença adotante, de cento e vinte dias. 8. Dessa forma, não merece prosperar a empresa dispensa da empregada sem justa causa ocorrida em 11/6/2008, mais precisamente durante o período que corresponderia aos direitos à estabilidade e à fruição da licença adotante, ou seja, exatamente um dia antes da assinatura, em juízo, do termo de guarda e responsabilidade provisória do menor (que já se encontrava com a adotante desde 5/6/2008, por autorização judicial), ao fundamento de que não tinha conhecimento do processo de adoção ou da guarda provisória. Aplica-se aqui, **em última análise, a mesma solução dada à gestante, pela jurisprudência trabalhista. Assim como a confirmação da gravidez é fato objetivo, a confirmação do interesse em adotar, quer por meio da conclusão do processo de adoção, quer por meio da guarda provisória em meio ao processo de adoção, quer por meio de requerimento judicial, condicionado à concretização da guarda provisória, é também fato objetivo, a ensejar a estabilidade durante o prazo de cinco meses após a guarda provisória e a fruição da licença correspondente, de cento e vinte dias.** 9. Verifica-se, portanto, que a empresa obstruiu o gozo da licença-adotante, assegurado à empregada a partir do momento em que expressou interesse em adotar a criança oferecida, ou seja, do ajuizamento do processo de adoção. Recurso de revista conhecido, por violação do artigo 392-A da CLT, e provido.

(TST - RR: 2006001920085020085, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 05/08/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/08/2015) [grifo nosso]

Em seu parecer o relator destaca o importante papel da licença para estruturação familiar, e que não pode haver diferenciação entre mãe gestante e adotiva, sendo necessário a assegurar também a estabilidade aos adotantes.

Além disso, explica que a estabilidade não ocorreria somente com a conclusão do processo de adoção, mas sim com o seu início, que será a partir do momento em que receber a criança em sua casa - guarda provisória -, concomitantemente a licença maternidade.

No mesmo vértice, está o julgado do TRF-5 que entende que não pode haver distinção entre o filho biológico e adotivo, como pode ser observado o julgado a seguir.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA. LICENÇA-MATERNIDADE. ELEVAÇÃO DO PRAZO PARA 180 DIAS. APLICABILIDADE À MÃE ADOTANTE. 1. A Constituição da República obsta qualquer tentativa em se diferenciar o filho biológico do adotivo. Assim, se aos filhos biológicos reserva-se a presença materna como indispensável para um desenvolvimento físico e emocional saudável, por idênticos motivos serão necessários tais cuidados ao filho adotado. Precedentes deste Tribunal. 2. Impetrante que faz jus à licença-maternidade pelo prazo de 180 dias, em face da obtenção da guarda provisória de menor, direito assegurado pela Lei nº 11.770/2008, que estendeu por mais 60 dias o direito à licença, já regulamentada pelo Decreto nº 6.690/2008. 3. Remessa Necessária improvida.

(TRF-5 - REO: 28563320134058300, Relator: Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, Data de Julgamento: 05/12/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 10/12/2013)

Como conseqüência desse impasse entre a realidade em que vivemos onde os casos de adoção são cada vez mais freqüentes em contrapartida com a lacuna da lei em tratar de forma direta do assunto, está tramitando no nosso legislativo propostas de emenda a Constituição a fim de resguardar o direito a estabilidade provisória aos adotantes.

5 - PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO

O senador Roberto Rocha do PSB/MA propôs no dia 17 de dezembro de 2015, o Projeto de Lei no Senado nº 796/2015 com o objetivo de modificar a redação o art. 1º da Lei 146/2014, para estender a estabilidade provisória no emprego da pessoa empregada que adotar ou que tiver a guarda judicial para fins de adoção.

A PLS destaca que seu propósito é assegurar os direitos inerentes a maternidade dos adotantes, bem como da criança a ser adotada, como conforme consta em sua justificativa:

Também estamos evoluindo na proteção à criança. A proteção das mães adotantes, embora não inclua a amamentação, implica conhecimento e preparo psicológico, além da construção de um relacionamento que não

passou pela fase de gestação. Implica convívio até mais intenso, compensatório.

Em seu parecer sobre a PLS nº 796/2015 a relatora senadora Marta Suplicy deixa ainda mais evidente a importância de estender o direito da estabilidade no emprego aos adotantes.

A garantia da estabilidade no emprego somente à empregada gestante faz com que o tratamento entre mães de filhos biológicos e de adotivos seja distinto. A Constituição Federal veda, no art. 227, essa diferenciação. De forma análoga à relação entre pais e filhos biológicos se dá a relação entre adotantes e filhos adotivos. Igualmente nesse caso, a possibilidade de desemprego durante o gozo da licença-maternidade da adotante certamente diminuiria o alcance esperado do benefício. Há que se ressaltar que tanto filhos biológicos quanto filhos adotivos necessitam de um entorno familiar com condições adequadas, nos primeiros contatos, para que possam estabelecer os laços afetivos. Filhos adotivos, diferentemente de filhos biológicos, costumam requerer inclusive maiores cuidados em razão do histórico por que passaram até alcançarem a adoção. Há casos de violência e abandono que exigem maior esforço do adotando para a adaptação da criança à família adotiva.

O projeto hoje está no Plenário do Senado Federal e desde o dia 02 de maio de 2017 está pronto para deliberação no referido plenário.

Iniciativa semelhante foi a do Senador Temário Mota do PTB/RR, que propôs ao Plenário Federal no dia 10 de outubro de 2016 a PEC 49/2016. Estando respaldada nos princípios relativos à relação trabalhista e da condição humana do adotando e adotado, buscando assegurar a ambos um tratamento igualitário ao assegurado à gestante e se seu filho. É o que fica evidente na justificativa da sua proposta:

A omissão constitucional acima aludida, mormente à vista do atual contexto social e jurídico, revela-se um verdadeiro contrassenso, justamente porque o texto constitucional não distingue os filhos biológicos daqueles colocados, por adoção ou grada judicial, no sei de família substituta, sendo certo que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação (art. 227, § 6º da Carta Política de 1988).

Atualmente a PEC se encontra na Comissão de Constituição e Justiça aguardando designação do relator. Para sua aprovação deverá ocorrer votação em dois turnos em cada casa do Congresso, será necessário três quintos dos votos dos respectivos membros (§ 2 do art. 60 da CF).

6- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assegurar aos adotantes o direito da estabilidade provisória é propiciar uma isonomia de tratamento que esta prevista na Constituição Federal. A igualdade promoverá mesmas oportunidades de prosseguir do emprego, ou seja, sem o benefício às chances de alcançar a maternidade estando empregado reduziriam, uma vez que veda a dispensa arbitrária o sem justa causa.

Visualiza-se que da mesma forma, viabiliza aos filhos adotivos um convívio familiar apropriado para a promoção dos laços afetivos, desde o início da adaptação. Distintivamente dos filhos biológicos, os adotivos ensejam mais cuidados, como nos casos em que antes da adoção a criança ou adolescente tenha passado por um histórico de violência ou abandono.

Tal instituto assume grande importância social em um país onde perdura alto grau de desigualdade. Isso porque, propiciara mesmas condições, aos empregados que estiverem vivenciando a maternidade/paternidade. Verifica-se aí a efetivação da justiça social que fundamenta a ordem econômica e social da República Federativa do Brasil, na medida em que for estendido aos adotantes o direito da estabilidade provisória.

Fica compreendido então, que é indispensável que o direito da estabilidade provisória aos adotantes seja regulamentado nos direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José, **Direito de Igualdade, Curso de Direito Constitucional Positivo**, Ed. 35º, 2012.

BARROS, Alice Monteiro, **Curso de Direito do Trabalho**, 11 ed., São Paulo:LTr, 2017.

COELHO, Inocêncio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira; **Curso de Direito Constitucional**, 5 Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, 16 ed., São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, 16 ed., São Paulo: LTr, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro**, 14 ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

MARTNEZ, Luciano, **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**, Ed. 3º, São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil**, Ed. 22, Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BRASIL, Mulher trabalhadora que amamenta, 2014. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/515-sas-raiz/dapes/saude-da-crianca-e-aleitamento-materno/l3-saude-da-crianca-e-aleitamento-materno/12878-mulher-trabalhadora-que-amamenta>> acesso em 18 nov. 2017.

IBDFAM, Projeto de Lei que dispõe sobre o Estatuto da Adoção, idealizado pelo IBDFAM, é protocolado no Senado Federal 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6471/Projeto+de+Lei+que+disp%C3%B5e+sobre+o+Estatuto+da+Ado%C3%A7%C3%A3o%2C+idealizado+pelo+IBDFAM%2C+%C3%A9+protocolado+no+Senado+Federal>> acesso em 18 nov. 2017.

ZANETTI, Tânia Maria, A efetivação dos direitos sociais através das políticas públicas 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/efetiva%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-sociais-atrav%C3%A9s-das-politicas-p%C3%BAblicas>>, acesso em 18 nov. 2017.

SILVEIRA, Ana Paula Amaro, Adoção: Garantia do direito da criança de viver em família, Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/991/Ado%C3%A7%C3%A3o%3A+Garantia+do+dir+eito+da+crian%C3%A7a+de+viver+em+fam%C3%ADlia++>> acesso em 18 nov. 2017.

BONAVIDES, Paulo, O Princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado, 2017. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/47/47>>, acesso em 18 nov. 2017.

BARCELOS, Milton Lucídio Leão. Limites e possibilidades hermenêuticas do principio da igualdade no direito de patentes brasileiro, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2348/1/000430228-Texto%2bParcial-0.pdf>>, acesso em 18 nov 2017.

SILVA, Carolina Dias Martins da Rosa, Igualdade formal x igualdade material: a busca pela efetivação da isonomia, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,igualdade-formal-x-igualdade-material-a-busca-pela-efetivacao-da-isonomia,57812.html>>, acesso em 18 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.