

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

GLEZIELLEN DE SOUSA

**CONSTITUCIONALIDADE DA LICENÇA MATERNIDADE
CONCEDIDA À SERVIDORA PÚBLICA POR OCASIÃO DA ADOÇÃO**

**GUARAPARI/ES
2017**

GLEZIELLEN DE SOUSA

**CONSTITUCIONALIDADE DA LICENÇA MATERNIDADE
CONCEDIDA À SERVIDORA PÚBLICA POR OCASIÃO DA ADOÇÃO**

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

**Professor Orientador Msc.
Antonio Ricardo Zany**

**GUARAPARI/ES
2017**

GLEZIELLEN DE SOUSA

**CONSTITUCIONALIDADE DA LICENÇA MATERNIDADE
CONCEDIDA À SERVIDORA PÚBLICA POR OCASIÃO DA ADOÇÃO**

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

Aprovada em ____ de Dezembro 2017

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Msc. Antônio Ricardo Zany

Prof. Avaliador

Prof. Avaliador

FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO

CONSTITUCIONALIDADE DA LICENÇA MATERNIDADE
CONCEDIDA À SERVIDORA PÚBLICA POR OCASIÃO DA ADOÇÃO

Gleziellen de Sousa
ellen.desousa@hotmail.com
Graduanda em Direito
(Autora do artigo)

Prof. Msc. Ricardo Antônio Zany
comandantezany@yahoo.com
Mestre em Ciências Navais pela Escola de Guerra Naval MB/rj

RESUMO

A presente pesquisa tem o escopo de conceituar o importante instituto jurídico da licença maternidade, apresentar os benefícios e garantias, por ela trazidos, principalmente à mãe adotante e questionar a Constitucionalidade da norma contida no artigo 210 da Lei 8.112/90, a qual estabelece prazo diferenciado à mãe adotante servidora pública. Para tal, serão apresentados argumentos trazidos pela doutrina e decisões jurisprudenciais que militam no sentido da inconstitucionalidade do insensato discriminar que estabelece a redução do prazo da licença maternidade, previsto constitucionalmente, quando da concessão de tal licença à servidora adotante.

Palavras-chave: Licença maternidade; Prazos da CLT e Lei N. 8.112/90; Mãe adotiva servidora pública.

1. INTRODUÇÃO

“A licença maternidade surgiu no direito do trabalho brasileiro em 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho, (CLT), tendo com prazo inicial 84 dias pagos pelo empregador tal aspecto ocasionava grande restrição das mulheres no mercado de trabalho” (MARTINEZ, 2012, pág. 496). As décadas seguintes trouxeram um

período de grandes conquistas e para proporcionar essa evolução a Organização Internacional do Trabalho recomendava que os custos para a concessão de tal licença fossem transferidos à Previdência Social, o que no Brasil ocorreu a partir de 1973. Para as gestantes não havia estabilidade de emprego, muitas empresas, assim, dispensavam suas trabalhadoras gestantes. A legislação brasileira estabelece um regime jurídico protetivo, buscando que se evitassem discriminações negativas em meios sociais, políticos, dentre outros objetivando de forma geral, o avanço da mulher no mercado de trabalho. Assim, o direito à licença maternidade é uma das conquistas de evolução de proteção à mulher no ambiente de trabalho.

Na sociedade há várias discussões das funções exercidas pela mulher, dentre elas o papel de mãe não só de procriar, mas, em essência de e educação de seus filhos. Para isso é necessário assegurar a dignidade da mulher, a preservação do seu emprego, a interrupção laboral durante o período gestacional, pós - gestacional ou na adoção.

Será abordado, então, o conceito de licença maternidade, o prazo a ser concedido à gestante ou à adotante, previstos na legislação trabalhista e estatutária federal, bem como será discutida a constitucionalidade dos prazos destinados à mãe adotante, servidora pública, quando da concessão da licença.

2. CONCEITO DE LICENÇA MATERNIDADE

2.1 HISTÓRICO

A licença maternidade surgiu no Brasil em 1943, com o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT. A licença era de 84 dias e tinha que ser paga pelo empregador, o que causava uma restrição considerável para as mulheres no mercado de trabalho.

Na obra de Alice Monteiro de Barros com atualização de Jessé Cláudio Franco de Alencar (BARROS, 2017, pág.705):

[...] É inegável influência da ação internacional, principalmente da OIT, no desenvolvimento da legislação trabalhista brasileira, inclusive elusivo ao trabalho da mulher. Articularam duas direções, a primeira no ciclo gravídico puerperal e de outros, impõe restrições ao trabalho da mulher, em geral, proibindo-lhe atividades insalubres, perigosas e penosas, onde se inclui o trabalho noturno nas indústrias em regime de horas extras e com pesos. O segundo caracteriza pela necessidade de se atribuir as mulheres igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento com os homens trabalho.

(Convenção n.3, 103, 183, 4, 41, 89, 100 e 111 da OIT). Contraditoriamente, esse novo perfil coexiste com as normas de tutela à mulher, embora haja uma tendência a reduzir o seu rigor, como se infere do Protocolo n. 90 da OIT e da Convenção Internacional n. 171, de 1990, do mesmo organismo, que limita a proibição do trabalho noturno das mulheres àquelas que estiverem no ciclo gravídico-puerperal.

Para garantir esse movimento de grandes conquistas, a Organização Internacional do Trabalho recomendava que os custos da licença maternidade passassem a ser pagos pela Previdência Social. “No Brasil, isso aconteceu a partir de 1973”. (BARROS, 2017. PÁG. 716).

O ilustre doutrinador, Sérgio Pinto Martins, esclarece o conceito de salário maternidade, segue (2014, pág. 308):

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

Explica Sérgio Pinto Martins, (op. Cit., pág. 473):

O Brasil aprovou a Convenção nº 103 da OIT, de 1952, conforme Decreto Legislativo nº 20, de 30-4-65, que estabelece proibição da dispensa da empregada durante a licença maternidade ou seu prolongamento. São várias as teorias que informam a garantia de emprego d gestante, podendo ser destacadas as teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva. A teoria da responsabilidade objetiva considera que o importante é a confirmação da gravidez para a própria empregada e não para o empregador. A garantia de emprego independe da comprovação da gravidez perante o empregador, mas da sua confirmação, sendo responsabilidade objetiva do empregador, que visa garantir o nascituro. O STF já entendeu que a responsabilidade é objetiva (Houaiss, 1980:2017). É o ato de comprovar, demonstrar, certificar.

A previsão de salário ou remuneração encontra-se prevista no artigo 457 da CLT, trazendo os elementos que integram salário e remuneração, obrigação de dar, pelo serviço prestado a receber habitualmente.

2.2 CONCEITO

A licença-maternidade está prevista no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988, onde diz:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Conforme ensina o ilustre, Luciano Martinez (2012, p. 496), Juiz do trabalho do TRT da 5ª Região esclarece que:

A licença maternidade é um instituto de natureza trabalhista com previsão constitucional constante no art. 7º, XVIII. Por força dela, o empregador obriga-se a garantir o afastamento da sua contratada, sem prejuízo do emprego e do salário, por 120 dias, em virtude do estado de gestação. Pois bem. Para evitar que o trabalho da mulher seja mais oneroso do que o do homem, a Previdência Social assume o pagamento de um benefício que substitui o salário que naturalmente deveria ser pago pelo empregador durante a licença-maternidade. Surge assim, o salário maternidade, que, em verdade, é um benefício de natureza previdenciária.

Por que a licença-maternidade com assunção de salário-maternidade pela previdência social é causa suspensiva, e não interruptiva, do contrato de emprego? Isso ocorre porque empregador, conquanto garanta o afastamento de sua empregada do trabalho e o seu retorno às atividades, não paga o equivalente ao salário no período correspondente ao afastamento.

Os fatores geradores da licença maternidade, conforme o ilustre Mestre (Luciano Martinez, op. Cit. pág. 496) são três, seguem abaixo:

- a)** Parto é o evento ocorrido a partir da 23ª semana (6º mês) de gestação, inclusive em caso de natimorto, conforme disposto no § 3º do art. 294 da Instituição Normativa INSS n. 45/2010. Se a criança nascer viva, o evento será entendido como parto, independentemente do instante em que ocorra, autorgando-se para a segurada a salário maternidade na base de cento e vinte dias.
- b)** Abortamento não criminoso é o evento ocorrido até a 23ª semana, salvo se houver nascimento da criança viva. A licença é concedida na base de apenas duas semanas, desde que o abortamento seja não criminoso e assim declarado mediante atestado médico específico, nos termos do § 4º do art. 294 da IN-INSS 45/2010.
- c)** Adoção ou guarda para fins de adoção, a licença maternidade também passou a ser outorgada, a partir de 16 de abril de 2002, data da publicação da Lei n. 10.421, para as mulheres adotantes ou que tenham obtido guarda judicial para fins de adoção.

Cita Martinez (2012, pág. 496 e 497):

Não se trata de uma guarda qualquer. É necessário que a guarda seja judicial, e mais que isso, que seja destinada a adoção. A mencionada lei criou uma tabela indicativa das relações entre a idade do adotado ou pupilo e o período de licença-maternidade. Essa tabela foi imensamente criticada pelo fato de a dimensão da licença-maternidade diminuir na medida em que aumentava a idade da criança adotada. Chegava-se aos pontos de não conceder qualquer licença-maternidade em favor da adotante que tivesse se afeiçoado e adotado criança com idade superior a oito anos. Estas, como se sabe, são as que mais dificilmente conquistam a adoção. A lei, então, produzia um desestímulo adicional. Não fosse apenas isso, a tabela era entendida como inconstitucional por contrariar o disposto no art. 7º, XVIII, da

Constituição. Sustentava que, se a adoção foi equiparada à gestação, não se poderia imaginar diferença entre a maternidade biológica e a afetiva. Por isso, inadmissível seria o fracionamento da licença-maternidade para as hipóteses de adoção.

Também conhecida como licença à gestante, é uma licença remunerada concedida às trabalhadoras gestantes, urbanas e rurais. Conforme previsão junto a CLT no artigo 392 e 392-A, com relação dado pela Lei n. 5.452/1943 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.

§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo.

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigir, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

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

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregado.

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

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

Conforme destaca, Alice Monteiro de Barros, em obra com atualização de Jessé Cláudio Franco de Alencar, (BARROS, 2017, pág. 713):

A luz da nova redação dada ao art. 392, § 1º, da CLT, a empregada deve mediante atestado médico, notificar o seu empregador, na data do início de afastamento do empregado, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste (art. 1º da Lei n.10.421, de 2002). O conteúdo do art. 392, § 1º, da CLT foi flexibilizado, pois, o início do afastamento agora poderá ocorrer dentro os 28 dias anteriores ao parto e

não necessariamente 28 dias antes do mesmo. O preceito contém, atualmente, mais uma faculdade do que uma imposição, pois há inúmeras funções que permitem à mulher desfrutar do descanso em data mais próxima ao parto.

Quando o parto ocorrer sem atestado médico será fornecida pela perícia técnica do INSS com duração de 120 dias, podendo ser iniciada 28 dias antes do parto. (BARROS, 2017, pág. 713).

Alice Monteiro de Barros com atualização de Jessé Cláudio Franco de Alencar, explica (BARROS, 2017, pág. 715): A licença maternidade independe do estado da mulher, previsão no artigo 2º da Convenção n. 103 da OIT.

“Os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 392-A da CLT uniformizam o prazo da licença-maternidade para 120 dias, independentemente da idade da criança adotada”.

Quanto à licença à mãe adotante trazida pela Lei n.º 10.421/2002, não preencheu por completo a lacuna, até então, no que tange aos casos de adoção. “Apesar de que os institutos da adoção e da guarda judicial não se direcionam exclusivamente às mulheres”. (BARROS, 2017, pág. 715).

A licença maternidade é um período de afastamento garantido para a genitora e aos adotantes, pelo período de 120 (cento e vinte) dias, nos quais cita ausência do trabalho. Essa suspensão do contrato está prevista na Constituição Federal conforme artigo 7º, XVIII.

Alice Medeiros de Barros, em sua obra atualizada por Jessé Cláudio Franco de Alencar. (BARROS, pág.716) esclarece que: “em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo período da licença maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono”.

O artigo 392-A da CLT estendeu à licença maternidade a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial, conforme consta do parágrafo 4º. Tal licença será cumprida mediante apresentação do termo judicial.

A Lei n. 12.010/2009 revogou expressamente os §§ 1º e 3º do artigo 392-A da CLT. Assim diz (MARTINEZ, op. Cit. Pág. 497): “a partir de então qualquer adoção,

independentemente da idade da criança, autorizará a licença maternidade na dimensão única de cento e vinte e dias”.

3. DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA LICENÇA MATERNIDADE E DO SALÁRIO MATERNIDADE

A licença maternidade é um período de afastamento garantido para a genitora e aos adotantes, pelo período de 120 (cento e vinte) dias ocasionando a ausência do trabalho. Essa interrupção do contrato está prevista na Constituição Federal conforme já mencionado.

“A garantia desse período é precisamente para a genitora ou adotante cuidar da criança, da amamentação e da adaptação da criança que será vinculada ao meio familiar”. (BARROS, 2017, pág. 715).

O artigo 392-A da CLT estendeu à licença maternidade à colaboradora que adotar ou obtiver guarda judicial, conforme consta no parágrafo 4º a licença será cumprida mediante apresentação do termo judicial.

O salário maternidade por sua vez será pago pelo período de interrupção do contrato de trabalho pelo empregador ou previdência social resguardando o limite conforme artigo 71-A da Lei n. 12.873/2013.

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”.

Conclui Maurício Godinho delgado (op. Cit., pág.806, 807):

A natureza jurídica do salário-maternidade, hoje, é estritamente previdenciária, qualquer que seja o mecanismo adotado para a sua quitação. Esta natureza jurídica definiu-se, no Direito brasileiro, a partir das Leis números 6.134/74 e 6.332/76, que suprimiram a parcela do conjunto das obrigações trabalhistas do empregador, transferindo-a ao encargo da previdência oficial. Até essa época, o salário-maternidade caracterizava-se como o conjunto de parcelas contratuais (salariais, inclusive) devidas pelo empregador à obreira no período de interrupção do contrato derivado do afastamento da gestante. Não tinha a parcela, naquele período, portanto, natureza previdenciária, mas trabalhista. Essa antiga sistemática (natureza trabalhista do salário-maternidade e não previdenciária, sendo devido, pois, diretamente pelo empregador) ocorreu nas décadas anteriores à vigência da Lei n. 6.136/74, por força da incidência dos artigos 392 e 393, da CLT. A

mesma sistemática (assunção da parcela pelo empregador) teria se repetido no período situado entre a Constituição de 1988 e a Lei n. 8.213/91, exclusivamente com respeito ao lapso temporal mais amplo de afastamento previsto pela Constituição em contraponto com a CLT (120 dias versus 84 dias: 36 dias). Até o surgimento da Lei n. 8.213/91, a Previdência Oficial não podia responder pelos 36 dias de acréscimo de licença maternidade assegurados pelo novo Texto máximo.

Assim, então, conforme entendimento de Delgado, a previdência assumiu a responsabilidade toda pelo afastamento criado pela nova Constituição.

4. LICENÇA MATERNIDADE BIOLÓGICA E NA ADOÇÃO

Conforme mencionado anteriormente, a Constituição Federal em seu artigo 7º, XVIII, traz a garantia da licença maternidade, que concede a mulher licença renumerada de 120 (cento e vinte) dias. A seu termo a Lei n. 11.770/2008 criou o Programa Empresa Cidadã, o que assegura a licença maternidade por mais 60 (sessenta) dias. Essa prorrogação ocorre somente quando o empregador for pessoa jurídica que tenha atendo ao programa, sendo permitido, assim, o incentivo fiscal as empresas.

Explica à doutrinadora, Maria Helena Diniz, (2003, pág. 42), o conceito de adoção.

"A adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento CF, art. 227, (parágrafos 5º e 6º). Criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante (CC, art. 1.626)."

Conforme explica, Maria Helena Diniz, "adoção é ato jurídico, sendo por uma pessoa ou um casal, passando as responsabilidades e os direitos os pais biológicos para os adotantes" (op. Cit. Pág. 42).

No que se refere à concessão de licença maternidade a adotante, percebe-se que a jurisprudência trabalhista sempre foi em sentido de percepção de tal licença pela mãe adotiva, ainda que a época da adoção, não houvesse essa previsão na CLT. Neste sentido, o voto do Ministro Gelson de Azevedo que acompanhou o Ministro Relator João Batista Brito pereira:

O silêncio da lei não pode justificar tratamento distinto entre mãe adotante e biológica, disse o relator, ministro João Batista Brito Pereira. A decisão favorece uma professora da rede municipal de ensino de Americana (SP)

que recorreu no TST contra decisão da segunda instância. Ela e o marido adotaram um recém-nascido em 1998, antes da Lei 10.421, de 2002, que estendeu a licença de 120 dias à mãe adotiva. O Tribunal Regional do Trabalho de Campinas (15ª Região) havia determinado a devolução dos valores recebidos, por antecipação de tutela, referentes à licença-maternidade. O fundamento foi de que não existia, em 1998, lei a assegurar esse direito à professora. Segundo o TRT, a mãe adotiva não pode ser tratada da mesma forma que a mãe biológica, pois esta sofre alterações físicas e tem o estado emocional abalado com a gestação e o parto.

De acordo com o relator, a decisão do Tribunal Regional não observou o artigo 8º da CLT: na falta de disposições legais ou contratuais, o julgador deve decidir de acordo com a jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado”. A Constituição, no artigo 227 que trata dos direitos da família, da criança, do adolescente e do idoso, “foi à fonte inspiradora de todos os projetos de lei tendentes a reconhecer à mãe adotante o direito à licença-maternidade”, disse o ministro.

No mesmo sentido pela concessão à mãe adotiva de igual prazo à mãe biológica, foi o julgado do TJ-MG, da lavra do Desembargador Wagner Wilson, em Mandado de Segurança:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADOÇÃO. LICENÇA-MATERNIDADE. PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO. VIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO § 3º, DO ART. 39, DA CARTA MAGNA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. O ente estadual, na atribuição de sua competência legislativa, não pode restringir direito constitucionalmente assegurado. 2. A isonomia entre filhos adotados e biológicos é assegurada constitucionalmente. 3. A ocupante de cargo público faz jus à concessão do direito a licença à gestante no período de 120 (cento e vinte) dias. (V.V.) EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - LICENÇA À ADOTANTE SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL - DEFÉRIMENTO POR 45 DIAS - PRORROGAÇÃO - LC Nº 121/2011 -REGRA ESPECÍFICA - SEGURANÇA DENEGADA. De acordo com a LC nº 121/2011, à servidora efetiva que adotar ou obtiver guarda judicial de criança para fins de adoção será concedida licença-maternidade, à conta de recursos do Poder, órgão ou entidade responsável pelo pagamento da remuneração da servidora, pelo período de trinta dias, se a criança tiver de quatro a oito anos de idade. Não há direito líquido e certo da impetrante a ter prorrogado o prazo de duração da licença-adoção a ela concedido, uma vez que a norma específica do regime próprio de previdência e assistência social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais foi observada.

(TJ-MG - MS: 10000130787153000 MG, Relator: Wagner Wilson Data de Julgamento: 09/04/2014, Órgão Especial / ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 15/04/2014).

Por tanto, deverá ser concedida a licença maternidade na mesma proporção à empregada que adotar ou adquirir guarda judicial de criança.

A Constituição Federal além de garantir os 120 (cento e vinte) dias de licença maternidade, também garante à gestante, desde a confirmação da gestação, estabilidade no emprego de até 05 (meses) após o parto (art.10, II, b, ADCT):

Art. 10. "Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto".

O Programa Empresa Cidadã previsto na Lei 11.770/2008, nesse ponto a licença maternidade à adotante só é concedida após guarda judicial.

5. PREVISÕES LEGAIS TRAZIDAS PELA CLT E PELA LEI N. 8.112/1990

Na Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 391 consta à proteção à maternidade. Além desse dispositivo fala ainda de previsão de garantias sem prejuízo ao salário nos art.392 e seguintes.

O art. 393 da CLT refere à integralidade do salário e se variável a base para calcular deve ser sobre os 06 (seis) últimos meses trabalhados.

Conforme o art. 394 da CLT é facultado à mulher, que por atestado médico comprovar seu estado gravídico, romper o contrato de trabalho, desde que este prejudique a saúde gestacional.

Em caso de aborto espontâneo, o artigo 395 da CLT prevê repouso remunerado por 02 (duas) semanas, devendo retornar a função que ocupava.

E o art. 396 da CLT por sua vez, estabelece o direito de dois descansos de meia hora para amamentação até que a criança atinja a idade de seis meses.

A Lei n. 8.112/90 prevê para as servidoras públicas, as garantias do salário maternidade, conforme artigo 71 da Lei.

Todavia a Lei n. 8.112/90 prevê regras distintas diferenciando o tempo da licença adotante pela idade do adotado, assim, quanto maior idade tiver a criança, menor será o prazo de licença.

A lei prevê que a licença-maternidade será de 120 (cento e vinte) dias e a licença á adotante é de 90 (noventa) dias para crianças menores de 01 (um) ano e de 30 (trinta) dias para maiores de 01 (um) ano.

Questiona-se a distinção prevista pela Lei n. 8.112/90, em seu artigo 210 seria constitucional. Para responder a problemática que prevê diferenciação nos prazos e

discriminação entre filhos biológicos e filhos adotivos, segue avisto do Supremo Tribunal Federal, em julgamento com repercussão geral, no qual decidiu que a diferenciação de tratamento é inconstitucional.

Igualmente, a Constituição Federal consagrou uma pluralidade de modelos familiares. Nas lições de, (Dirley da Cunha Jr, 2015):

Na verdade, a Constituição de 1988 consagrou uma pluralidade de modelos de entidades familiares. Explicitamente fala de entidade familiar constituída (1) por pessoas casadas, (2) pelo homem e pela mulher em união estável e (3) por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental). Contudo, os modelos de entidades familiares explicitamente previstos na Constituição de 1988 não são taxativos (...).

Assim, com base nesse plural conceito de família estabelecido pela Constituição de 1988, inexistente razão para tratar de forma distinta a mãe gestante e a mãe adotante. Motivo pelo qual é inconstitucional a distinção de tratamento conferida pela lei n.º 8.112/90.

E, ainda, o STF decidiu que a previsão contida na lei n.º 8.112/90 viola o artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, o qual estabelece a igualdade entre os filhos, sejam eles havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, reconhecendo que todos eles terão os mesmos direitos, e determinando a proibição de discriminação no tratamento de uns e outros. (<https://www.osmarxavierddc.com.br/single-post/2016/12/05/o-tempo-da-licença-adotante-o-mesmo-da-licença-a-maternidade>).

Assim, o tempo da licença-adotante a ser considerado é rigorosamente o mesmo conferido à licença a mãe biológica.

"DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção,

possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutaç o constitucional. Altera o da realidade social e Nova compreens o do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribu do   licença parental e   igualdade entre filhos, previstas na Constitui o. Supera o de antigo entendimento do STF. 6. Declara o da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei n  8.112/1990 e dos par grafos 1  e 2  do artigo 3  da Resolu o CJF n  30/2008. 7. Provimento do recurso extraordin rio, de forma a deferir   recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruic o do benef cio, computado o per odo j   gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7 , XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorroga o, tal como estabelecido pela legisla o em favor da m  e gestante. 8. Tese da repercuss  o geral: "Os prazos da licença adotante n  o podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorroga es. Em rela o   licença adotante, n  o   poss vel fixar prazos diversos em fun o da idade da criança adotada". (RE 778889 / PE. Rel. Min. Roberto Barroso. 01.08.2016. Info 817)"

6. PRETENSAS PARA DIFERENCIA O ENTRE PRAZOS CONTIDOS NA CLT E NA LEI 8.112/90

A CLT em seu artigo 392-A garante   empregada que adotar ou obtiver a guarda judicial o mesmo prazo da licença maternidade concedido   empregada gestante. Com base na CF/88 o artigo 39,   3  assegura  s servidoras p blicas a licença maternidade. A Lei n.8.112/90, de acordo com seu artigo 210, estipula para a servidora p blica, que adotar ou, que tiver guarda judicial, prazo menor que 120 (cento e vinte) dias, assim dispondo:

90 dias, no caso de ado o ou guarda judicial de criança com at  01 (um) ano de idade; 30 dias, em caso de ado o ou guarda judicial de criança com mais de 01 (um) ano de idade.

Na Lei a cima h   duas concess  es de prazos, uma regra pior para os adotados e seus guardi  es.

Conforme citado anteriormente, o posicionamento jur dico firmado no julgamento da corte da Suprema, com repercuss  o geral em sede de RE,   inconstitucional a norma prevista no art. 210 da Lei n. 8.112/90, a qual prev  prazo menor de licença maternidade   servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança at  01 (um) ano de idade, n  o   poss vel fixar prazos diversos em prol da idade da criança a ser adotada.

A inconstitucionalidade da norma contida no art. 210 da Lei n.8.112/90 tem supedâneo no Princípio da Igualdade, plasmado no artigo 227 § 6º da Constituição Federal, o qual veda quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Por isso, o artigo 210 da Lei n. 8.112/90 ao tratar de tal prazo, fazendo diferenciação entre mãe biológica e a mãe adotante, com menor prazo para cuidar de seu filho, viola de maneira frontal o artigo 227, § 6º da Constituição Federal/88.

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

[...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Portanto o tratamento dado para o adotado, com mais de 01 ano de vida viola o princípio da igualdade.

Causa espécie a Lei 13.109/2015, que em seu artigo 3º dispõe sobre a licença à gestante e à adotante, servidoras militares, na qual o prazo contido no art. 210 da Lei 8.112/90. De certo, tal norma será eivada de nulidade, por ser inconstitucional.

Segue jurisprudência, em sede de mandado de segurança, ser impetrado por servidora pública federal, referente à prorrogação da Licença Maternidade por adoção:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. LICENÇA. ADOÇÃO. PRORROGAÇÃO. MATERNIDADE. ANALOGIA. POSSIBILIDADE - Não se pode negar a necessidade de cuidados básicos para a sobrevivência e o desenvolvimento saudável do neonato, como o sustento físico e o amparo emocional, a justificar a preocupação do legislador no sentido de garantir à mãe o direito ao gozo de licença-maternidade. - A Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XVIII, garante "licença à gestante, sem prejuízo do emprego ou do salário, com duração de cento e vinte dias", dispondo ainda, no artigo 39, parágrafo 3º, que "aplica-se os servidores ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo exigir". Pontificou ainda a Lei Maior, no artigo 227, parágrafo 6º, que "os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". - A teor do artigo 1.596 do Código Civil, "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer

designações discriminatórias relativas à filiação", norma repetida no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). - No âmbito dos trabalhadores da iniciativa privada, alteraram-se os artigos 392 e 392-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, garantindo a licença-maternidade de 120 dias à empregada que for mãe, inclusive adotante. - Com relação à mãe adotiva servidora pública federal, os artigos 207 e 210 da Lei nº 8.112/90 estabelecem a concessão de 90 dias de licença remunerada, ao passo em que se assegura 120 dias à mãe biológica. - Porém, diante da impossibilidade de estabelecer discriminações inconstitucionais, a jurisprudência vem equiparando ambos os prazos, cabendo também à adotante a licença remunerada de 120 dias. Precedentes do Órgão Especial deste Tribunal Regional. - Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF-3 - AMS: 10595 SP 0010595-91.2008.4.03.6100, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, Data de Julgamento: 13/05/2013, QUINTA TURMA).

Conforme se depreende dos julgados apresentados, da previsão constitucional, firmada nos art. 7º, XVIII e art.39, § 3º, da lei maior, bem como da mais abalizada doutrina, não paira a menor dúvida de que a criança adotada, em comparação a qualquer outra criança, carece dos mesmos cuidados, para com a sua sobrevivência e adaptação junto à família substituta, com todo o amor, atenção e carinho, até mesmo que sua adotante exerça um cargo público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A licença maternidade é uma garantia assegurada à mãe biológica e à pessoa adotante, no ambiente de trabalho.

Essa licença acontece, freqüentemente, todos os dias em diversas empresas; sendo concedida pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, mesmo que as empregadas gestantes tenham gêmeas, ou seja, adotados duas crianças simultaneamente.

As informações aqui divulgadas sobre a licença maternidade podem ser um incentivo ao início de um crescimento familiar de maneira estável.

Um dos piores sentimentos que um ser humano sem capacidade civil pode sentir é o sentimento da rejeição e abandono.

A licença maternidade visa não somente à interrupção contratual, mas, à capacidade do ser humano em amar ao próximo incondicionalmente, seja este gerado ou não no ventre da mãe biológica ou da pessoa adotante.

Filho não se distingue por laços consangüíneos.

Com a concretização da adoção, o adotado passa a pertencer àquela família, tendo esta o privilégio de educar, cuidar e de transformar a criança, construindo em um alicerce seguro, sem medos, sem discriminações, podendo ao longo do seu crescimento, identificar sua base familiar. Grande prova de amor.

O ser humano passa a maior parte do seu tempo, dedicando-se às atividades laborais, passando longos períodos da sua vida no ambiente de trabalho.

Na eventualidade de que uma empresa venha a conceder licença maternidade de 90 dias para uma pessoa adotante e 120 dias, para uma pessoa gestante, ao retornarem às atividades laborais, levando-se em consideração que as duas funcionárias sempre prestaram um serviço com excelência questiona-se as duas com a mesma motivação às suas atividades.

O ordenamento jurídico cuida para que não haja diferenciação no ambiente de trabalho, regularizando a licença maternidade, concedendo um afastamento igualitário, vindo a beneficiar mães, adotantes filhos, adotados, com prazo de afastamento idêntico.

Sendo assim, deve se amparar pela aplicação da lei, conforme regulamento da CLT. Cujo prazo previsto é de 120 (cento e vinte) dias, indiscutivelmente; e caso a empresa seja cadastrada no programa empresa cidadã, esse período deverá ser estendido por mais 60 (sessenta) dias, totalizando 180 (cento e oitenta) dias como prevê a Lei n. 11.770/2008.

De todo modo, até mesmo à gestante, servidora pública, fica assegurado o direito de afastamento por 120 (cento e vinte) dias, com previsão legal na Constituição Federal no artigo 7º do inciso, XVIII, viabilizando a proteção daquele que mais precisa de cuidado qual seja, o adotado.

REFERÊNCIAS

_____. **Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Institui a Consolidação das Leis de Trabalho:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm Acesso em: 16 mai. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 11. Ed., atual. Por Jessé Claudio Franco de Alencar. – São Paulo, LTr, 2017, pág. 713 a 716.

MARTINEZ, Luciano. **Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 3. Ed. São Paulo: SARAIA, 2012, pág. 496 e 497.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 30. Ed. São Paulo, atlas, 2014, pág. 308 e 473.

_____. **Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. Disponível em:**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm Acesso em: 23 mai. 2017.

_____. **Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção, alteram as Leis n. 8.069, de 13 de Julho de 1990 e a Lei n. 8.560 de 29 de Dezembro de 1992. Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm em: 09 jun. 2017.

_____. **Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã. Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm em: 19 ago. 2017.

_____. **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 em: 22Set. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** Vol. 7. 17. Ed. São Paulo: Saraiva 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 16. Ed. Ver. A ampl. São Paulo: LTr, 2017, pág. 806, 807.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm em: 10 jun. 2017.

_____. **Lei nº 13.109, de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm em: 02 set. 2017.

CUNHA, Dirley Junior Da. Curso direito Constitucional. 9. Ed. 2015. JusPodvm: <https://www.osmarxavierddc.com.br/single-post/2016/12/05/o-tempo-da-licenca-a-adotante-o-mesmo-da-licenca-a-maternidade> em: 04 set. 2017.

STF - RG RE: 778889 PE - PERNAMBUCO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de: 20/11/2014: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628891/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-778889-pe-pernambuco/inteiro-teor-311628899?ref=juris-tabs> em: 06 Nov. 2017.

TRF-3 - AMS: 10595 SP 0010595-91.2008.4.03.6100, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, Data de Julgamento: 13/05/2013, QUINTA TURMA <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120503858/mandado-de-seguranca-ms-10000130787153000-mg> em: 06 Nov. 2017.