

A extensão da licença-maternidade à adotante em face do princípio da igualdade

Eraldo Dantas Assunção *

3. Maternidade *ficto iure*; 4. Adoção; 5. Divergência terminológica na legislação; 6. Aspectos sociais da licença-maternidade; 7. Equiparação da adotante à mãe biológica e o critério etário como fator determinante para gozo da licença-maternidade; 8. O princípio da igualdade e o tratamento dispensado à adotante e ao adotado; 9. Considerações finais; 10. Referências Bibliográfica; Notas.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo destacar a finalidade social inerente ao instituto da licença-maternidade, bem como analisar sua extensão e aplicabilidade à empregada adotante em face do princípio da igualdade. Para tanto, faz-se breve explanação do conceito de maternidade; descreve-se sucintamente o instituto da adoção; apresentam-se as divergências terminológicas constantes de alguns diplomas legais que tratam da matéria; atenta-se para as justificativas que norteiam a licença; e, por fim, contemplam-se, criticamente, as disposições legais acerca da igualdade para a adotante e o adotado.

Palavras-chave: Licença-maternidade; Adoção; Mãe adotiva; Princípio da Igualdade.

1. Introdução

O direito à licença-maternidade representa uma evolução no que concerne ao pensamento protecionista do trabalho feminino. Nele está implícito o esforço do legislador em amparar a mulher na sua dignidade,⁽¹⁾ contra a discriminação,⁽²⁾ bem como no seu livre exercício profissional,⁽³⁾ pois preserva emprego e salário na interrupção de sua prestação laboral durante a gestação.

A licença-maternidade é uma conquista frente às explorações e abusos aos quais a mulher sempre esteve exposta e que, historicamente, comprovou-se.

Como direito social previsto constitucionalmente, possui característica imperativa e inviolável, revestindo-se do princípio da irrenunciabilidade,⁽⁴⁾ vedada renúncia ou transação. São ainda expressamente proibidas restrições em regulamentos de qualquer natureza, contratos coletivos ou individuais de trabalho, consoante previsão do artigo 391, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, Decreto-Lei nº 5.452/43).

Esta proteção encontra suas raízes mais profundas em três importantes fatores:⁽⁵⁾ a) a fragilidade da mulher; b) sua vocação à maternidade; c) sua necessidade de contribuir com o orçamento doméstico.

2. Maternidade biológica

A maternidade sempre se vinculou à concepção do nascituro. O nascituro adquire personalidade civil quando nascido com vida, resguardados seus direitos desde a concepção.⁽⁶⁾

Neste sentido, o conceito de maternidade biológica apresentava entendimento pacífico. Contudo, o advento da evolução científica desafia o sistema normativo brasileiro vigente, pois não há entendimento preciso acerca da concepção extra uterina, ou seja, a respeito de algumas técnicas médicas – tais como fertilização *in vitro*, ovodoação (doação de óvulos) e maternidade substitutiva ou reprodução assistida, popularmente conhecida como "barriga de aluguel". Isso significa dizer que a maternidade, a paternidade ou ambas podem ser biologicamente diversas daquelas que civilmente se reconhece.

As presunções de concepção na constância do casamento, presentes no artigo 1.597, destacando-se os incisos III à V do atual Código Civil (CC, Lei 10.406/02), refletem uma tentativa de se buscar objetivamente alguma solução. Entretanto, os bancos de embriões são ainda incógnitas jurídicas.

Não poderíamos deixar de citar que tramita atualmente no Congresso Nacional projeto de lei (PL 54/2002) que fixa normas para utilização de técnicas de reprodução assistida, dentre elas a maternidade substituta – "gestação de substituição" – sem menção à licença, objeto deste estudo, tanto para a gestante – que se empregada, certamente fará jus – como para a mãe civil. Deste modo, não havendo qualquer alteração no projeto de lei com referência à matéria, haverá novas discussões.

Assim, objetivando melhor entendimento do instituto ora analisado, consideraremos a gestação como parâmetro ideal para definição de maternidade biológica, independente do momento ou da técnica que resultou na concepção do nascituro.

3. Maternidade *facto iure*

A maternidade por ficção jurídica dá-se pela adoção, instituto esse que, no Brasil, está vinculado, historicamente, ao abandono de crianças⁽⁷⁾ e à prática de dá-las a terceiros sob alegação de falta de condições para criá-las.⁽⁸⁾

O instituto da adoção é reconhecido na Constituição Federal, que veda quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação,⁽⁹⁾ sendo assistida pelo Poder Público, no estabelecimento de casos e condições na efetivação desta por parte de estrangeiros.⁽¹⁰⁾

No ordenamento infraconstitucional, encontra-se regulado pelos artigos 39 ao 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069/90) e artigos 1618 a 1629 do Código Civil.

4. Adoção

A adoção obedece a processo judicial e somente é admitida se constituir efetivo benefício para o adotando.⁽¹²⁾ O adotante deverá ser maior de dezoito anos⁽¹³⁾ e pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado.⁽¹⁴⁾

Ao adotado atribui-se a condição de filho, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.⁽¹⁵⁾ O adotado adquire todos os direitos inerentes à filiação, inclusive os sucessórios,⁽¹⁶⁾ pois as relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre os descendentes e todos os parentes do adotante.⁽¹⁷⁾

Destaca-se que a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando,⁽¹⁸⁾ salvo se: a) órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano; b) desconhecidos, desaparecidos, ou destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor,⁽¹⁹⁾ até os doze anos. Se a criança for maior de doze anos, dependerá ainda de sua vontade,⁽²⁰⁾ podendo o consentimento ser revogado até a publicação da sentença constitutiva⁽²¹⁾ da adoção. Há previsão legal para adotar maior de 18 anos.⁽²²⁾

Poderão pleitear adoção: a) os casados, independente do regime matrimonial; b) os conviventes, assim entendidos aqueles unidos pela união estável; c) os divorciados ou separados judicialmente, desde que acordados a guarda e o regime de visitas e que o estágio de convivência tenha-se iniciado na constância da sociedade conjugal;⁽²³⁾ e finalmente, d) por estrangeiro, obedecendo-se alguns requisitos específicos estabelecidos em lei.⁽²⁴⁾ É vedada adoção pelos ascendentes e irmãos do adotando.⁽²⁵⁾

O estágio de convivência é um período de conhecimento e adaptação do adotado inserido em novo lar com sua nova família. A duração pode variar conforme fixação da autoridade judiciária, observadas as peculiaridades de cada caso, podendo inclusive ser dispensado se menor de um ano de idade ou, independente de idade se o mesmo já se encontrar na companhia do adotante em tempo suficientemente hábil para avaliação da constituição do vínculo.⁽²⁶⁾

Ao adotado confere-se o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor.⁽²⁷⁾

Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, pois restando inequívoca a manifestação de vontade,⁽²⁸⁾ os efeitos retroagirão à data do óbito.⁽²⁹⁾

A adoção possui caráter irrevogável⁽³⁰⁾ e, falecendo o adotante após trânsito em julgado da sentença, o poder familiar dos pais naturais não se restabelece.⁽³¹⁾

5. Divergência terminológica na legislação

O Brasil, enquanto membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT), foi signatário da Convenção nº 3, de 29 de outubro de 1919, em que havia o compromisso de inserir no país norma que regulasse a licença-maternidade. Entretanto, referido diploma somente foi ratificado em 26 de abril de 1934. Até então, as trabalhadoras eram regidas por lei específica, o Decreto nº 21.417-A, de 17/05/1932.

Em 1934, surgem os primeiros mandamentos constitucionais que visam garantir o repouso antes e depois do parto. Na Constituição de 1937 mantém-se referência ao instituto. Em 1º de maio de 1943, foi editada a CLT, consolidando a matéria existente na época.⁽³²⁾

A CLT determina a "licença-maternidade", sendo objeto da seção V (artigos 391 ao 400), intitulada "Da Proteção da Maternidade", no capítulo pertinente à proteção do trabalho da mulher.

Há divergência terminológica nos diplomas que prevêm o instituto, pois a Constituição Federal dispõe sobre a "licença à gestante" (artigo 7º, inciso XVIII) e se refere também à "empregada gestante" quando trata da estabilidade (artigo 10, II, b, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias).

Neste sentido, entende-se por gestante a mulher que se encontra grávida desde a concepção até o nascimento, excluindo-se, portanto, a adotante (que nunca apresenta estado gestacional).

Deste modo, ações judiciais que buscavam o reconhecimento da licença-maternidade para a adotante foram infrutíferas dada a literalidade e conseqüente restrição condicionada pela Lei Maior.

Somente em 15 de abril de 2002, por meio da Lei nº 10.421, que inseriu o artigo 392-A na CLT, é relativamente reconhecido o direito à licença-maternidade à empregada adotante.

6. Aspectos sociais da licença maternidade

A licença-maternidade confere subsídios para uma tranqüila gestação e justifica-se, *a priori*, pela recuperação física e psicológica necessárias ao pós-parto.

É fato que a gestante sofre inúmeras transformações físicas e psicológicas que vão de simples mal-estar e constante aumento de peso, até possível depressão provocados por estresse ou expectativas diversas (inclusive, eventualmente, sentimento de repulsa do *neonato*), sem prejuízo de eventual seqüela oriunda do parto, independente de intervenção médica.

Outro fator relevante é o estado lactante que a mãe passa a ter, declinando ao bebê maiores cuidados com amamentação, o que favorece o aspecto nutricional e imunológico (essenciais para o recém-nascido) e proporciona maior interação, originando bem-estar, segurança e afetividade ao bebê.⁽³³⁾

Evidencia-se, então, a necessidade da gestante afastar-se das atividades laborativas, seja para proteger-se de eventual esforço ou de algo que venha a prejudicar sua saudável gestação, seja para recuperar-se física e psiquicamente, visando o adequado retorno à sua rotina laboral.

Dentre outros direitos, também é garantida à gestante: a) transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; b) dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.⁽³⁴⁾

Para a adotante, que evidentemente salta a fase gestacional, a licença é essencial, pois favorece o melhor acolhimento do adotado, o que contribui para sua inserção e convivência familiares.

Normalmente, o adotado esteve por longo período sob a égide de uma instituição estatal e, ainda que melhor tratamento tivesse, seria incomparável e insubstituível a presença e acompanhamento maternos.

Ressalta-se ainda o aspecto psicológico que afeta muitas crianças ao tomarem ciência do abandono material por seus pais naturais.

7. Equiparação da adotante à mãe biológica e o critério etário como fator determinante para gozo da licença-maternidade

É relevante a contribuição que a Lei nº 10.421/02 trouxe, pois reconhece a necessidade da licença à adotante equiparando-a à gestante.

No entanto, a plena igualdade entre trabalhadoras que experimentam a maternidade não se satisfaz, pois o período de gozo da licença da empregada adotante perante outra gestante é reduzido, salvo apenas uma exceção.

Conforme prescreve a CLT, *verbis* :

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

Com relação à empregada adotante, o mesmo diploma legal dispõe:

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, observado o disposto no seu § 5º. (nota: o parágrafo citado foi vetado)

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias. (negrito nosso)

Como se observa, a lei condiciona o período de gozo da licença-maternidade à adotante de acordo com a idade do adotado. Excetuando-se a criança de até 1 ano (cujo o período da licença é o mesmo das empregadas gestantes), há redução do prazo à metade (ou seja, 60 dias), se o mesmo tiver entre 1 e 4 anos.

Ainda mais sensível é a redução do período de gozo da licença se o adotado possuir de 4 até 8 anos : exatos $\frac{1}{4}$ do período concedido à mãe biológica, ou seja, apenas 30 dias.

E, lastimavelmente, não há previsão de licença à empregada que adotar criança que possua idade superior a 8 anos.

8. O princípio da igualdade e o tratamento dispensado à adotante e ao adotado

Presente em nossa Lei Maior, a igualdade é princípio basilar e norteador de todo ordenamento dela emanada. Inserem-se em seu espírito os anseios de justiça social na medida em que busca nivelar os indivíduos perante a lei e suprimir diferenças equilibradamente.

A doutrina majoritária classifica-a em:⁽³⁵⁾ a) igualdade substancial ou material, aquela que postula o tratamento uniforme de todos os homens, uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida, e b) igualdade formal, consistente no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento jurídico.

Neste aspecto, o tratamento dispensado pela lei à adotante, ao diminuir-lhe o gozo da licença-maternidade consoante a idade do adotado, é subsídio de desobediência à norma constitucional.

A lei, em sua amplitude, reconhece a necessidade de proteção à maternidade.⁽³⁶⁾ Assim, genericamente, todas as mulheres devem ser tratadas da mesma forma e não há razões plausíveis que justifiquem a diferenciação entre trabalhadoras gestantes e adotantes.

A trabalhadora adotante cumpre, independentemente de qualquer razão ou interesse próprios, seu papel social. Com a adoção fazem-se presentes os deveres – obrigações e responsabilidades – inerentes à filiação, tal como ocorre com a gestante com o nascimento com vida de seu filho.

É desigual que empregadas gestantes e adotantes tenham deveres iguais (no que tange à filiação) e direitos diferentes – quanto à idade do adotado que delimita o período para efetivo gozo do instituto.

Há, portanto, em última análise, uma anomalia na legislação, uma vez que despreza o mandamento constitucional da igualdade. Pessoas do mesmo sexo e com os mesmos deveres inerentes ao reconhecimento filial são implicitamente distinguidas sem embasamento racional que se justifique.

O adotado coloca-se em posição ainda mais grave, pois a lei é explícita ao vedar diferenciação de direitos entre qualquer filho, consoante artigo 227, VII, da Constituição Federal, *in verbis* :

§ 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. (*negrito nosso*)

9. Considerações finais

Analisada sucintamente a matéria e buscando explicar toda a *ratio* que a lei, como ferramenta eficaz, promove no intuito de proteger a maternidade, torna-se inequívoco o entendimento de que há efetiva diferenciação no tratamento dispensado à empregada adotante perante outra, gestante, refletindo, inclusive, causa de estigma na criança.

A própria lei, diante do tratamento entre as empregadas, fornece, ela mesma, a rotulação de "criança adotada", contrariando sua orientação hierarquicamente superior. Deste modo, tem-se uma "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade" se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos, sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.⁽³⁷⁾

Pelo exposto, resta-nos, como sociedade e, portanto, interessados diretos, não só a indignação, mas a iniciativa de clamarmos mudança para o aperfeiçoamento do instituto pelas vias legais vigentes.

10. Referências bibliográficas

BASTOS, C.R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Celso Bastos Editora, 2002.

FAUSTO, B. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo : EDUSP, 2004.

GONÇALVES, R. **Transformar-se enquanto mulher** : um estudo de caso sobre a vivência do período pós-parto. Dissertação (Mestrado) : Escola de Enfermagem, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2000.

GRAVIDEZ e nascimento. São Paulo : EDUSP, 2002.

MARTINS, S. P. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo : Atlas, 2006.
MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade** : estudos de direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : Celso Bastos Editora, 1999.

MORAES, A. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucio- nal**. 5, ed. São Paulo : Atlas, 2005.

NASCIMENTO, A. M. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. 2. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, F. L. **Curso expositivo de direito do trabalho**. São Paulo : Ltr, 1991.

SARTORELI, J.B. ; BOTOMÉ, S.P. ; CLARO, M.M.F. **Adoção, uma aprendizagem de amor possível**. Interação em psicologia. Curitiba, v. 7, n. 2, p.119-130, 2003.

SILVA, M. C. N. **Apontamentos de legislação social** : para os cursos de ciências econômicas, ciências contábeis, administração, serviço social e direito. São Paulo : Saraiva, 1986.

Notas

¹ CF, Art. 1º, III

² CF, Art. 3º, IV e 5º, Caput, I

³ CF, Art. 5º, XIII

⁴ MORAES, A. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitu- cional**. 5, ed. São Paulo : Atlas, 2005. p. 477.

⁵ SILVA, M. C. N. **Apontamentos de legislação social** : para os cursos de ciências econômicas, ciências contábeis, administração, serviço social e direito. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 115.

⁶ CC, Art. 2º

⁷ SARTORELI, J.B. ; BOTOMÉ, S.P. ; CLARO, M.M.F. **Adoção, uma aprendi- zagem de amor possível**. Interação em psicologia. Curitiba, v. 7, n. 2, p.119-130, 2003.

⁸ DAHER, M.P. **Adoção nuncupativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001.

⁹ CF, Art. 227, VII, § 6º

¹⁰ CF, Art. 227, VII, § 5º

¹¹ CC, Art. 1.623

¹² CC, Art. 1.625

¹³ CC, Art. 1.618, Caput, e CC, Art. 1.626

¹⁴ CC, Art. 1.619, e ECA, Art. 42 e parágrafos

¹⁵ CC 1626

¹⁶ ECA, Art. 41

¹⁷ CC 1628, 2ª parte

¹⁸ ECA, Art. 45, Caput

¹⁹ CC, Art. 1.624, e ECA, Art. 45, § 1º

²⁰ CC, Art. 1.621, § 1º, e ECA, Art. 45, § 2º

²¹ CC, Art. 1.621, § 2º

²² CC, Art. 1.623, parágrafo único

²³ CC, Art. 1.620, 1.622, e ECA, Art. 42 e parágrafos

²⁴ CC, Art. 1.629

²⁵ ECA, Art. 42, § 2º

²⁶ ECA, Art. 46 e § 1º

²⁷ CC, Art. 1.627

²⁸ ECA, Art. 42, § 5º

²⁹ CC, Art. 1.628

³⁰ ECA, Art. 48

³¹ ECA, Art. 49

³² MARTINS, S. P. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo : Atlas, 2006. p.1575

³³ **GRAVIDEZ & nascimento**. São Paulo : EDUSP, 2002. p. 180.

³⁴ CLT, Art. 392, § 4º, I e II

³⁵ BASTOS, C.R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Celso Bastos Editora, 2002. p. 317-318.

³⁶ CF, Art. 6º, Caput

³⁷ MENDES, G.F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : Celso Bastos Editora, 1999. p. 48-49.

*Bacharelado em Direito pela Universidade São Francisco, em São Paulo (SP)

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9928> >. Acesso em:
29/05/07