

ADOÇÃO E TRABALHO NO BRASIL: A LUTA PELOS DIREITOS DE MÃES ADOTIVAS OU QUE OBTÊM GUARDA JUDICIAL PARA ADOÇÃO

ADOPTION AND LABOR IN BRAZIL: THE FIGHT FOR RIGHTS OF ADOPTIVE MOTHERS OR FOR THOSE WHO HAVE LEGAL GUARD FOR ADOPTION

Silvana Souza Netto Mandalozzo¹, Lúcia Cortês da Costa²

¹ Autor para contato: Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Campus Central, Departamento de Direito das Relações Sociais e Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas (Campus em Uvaranas), Ponta Grossa, PR, Brasil; (42) 220-3453; e-mail: smandalozzo@uol.com.br

² Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Campus Central, Departamento de Serviço Social e Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas (Campus em Uvaranas), Ponta Grossa, PR; (42) 220-3453; e-mail: lucia05@brturbo.com

Recebido para publicação em 14/06/2004

Aceito para publicação em 02/08/2004

RESUMO

A idéia central defendida no texto é a legitimidade da ampliação da legislação trabalhista para casos de adoção já que o ordenamento constitucional proíbe qualquer distinção entre filhos naturais e adotados. A análise da licença maternidade considera os aspectos culturais e sociais que reafirmam o papel da mulher no cuidado dos filhos, embora se discuta que a partir da igualdade de direitos e responsabilidades entre homens e mulheres, é inevitável a discussão da licença em casos de adoção por homens. A legislação deve acompanhar a dinâmica das relações sociais e assim, seu constante aprimoramento é condição essencial para a garantia dos direitos do cidadão.

Palavras-chave: adoção, maternidade, direitos trabalhistas

ABSTRACT

The main idea discussed in this paper concerns the legitimacy of a wider range of labor laws in cases of adoption, since the constitutional rules prohibit any distinctions between biological and adopted children. Maternity license considers cultural and social aspects that affirm women's role in children's care. The idea of equality of rights and responsibilities between men and women, however, makes the discussion of the right of license in cases of adoption by men inevitable. The law

should follow the dynamics of social relations, and thus its constant improvement in an essential condition to guarantee citizen's rights.

Key words: adoption, maternity, labor rights

1. Relações de trabalho na sociedade capitalista

A relação de trabalho na sociedade capitalista ocorre de forma hegemônica via o assalariamento da força de trabalho, fenômeno decorrente da separação entre o trabalho e a propriedade dos meios de produção, formando as duas classes fundamentais da sociedade, capital e trabalho. Assim estabelecidas as condições sociais de produção, coloca-se a necessidade de regulamentar a contratação da força de trabalho pelo capital, abrindo-se o campo de aplicação do direito do trabalho. As diferenças entre os trabalhadores, dadas pela condição de idade e gênero, fizeram surgir direitos específicos para categorias de trabalhadores. O trabalho da mulher é regulamentado considerando-se a questão da maternidade, sendo previsto no Brasil, garantias quanto a sua permanência no emprego durante a gestação e no período imediatamente subsequente, período de licença de maternidade e ainda uma série de situações onde a mãe recebe tratamento diferenciado no trabalho devido as necessidades do filho, como o período de amamentação e em casos de tratamento de saúde.

A regulamentação das relações de trabalho na sociedade capitalista se coloca num campo de conflito de interesses. De um lado, os interesses dos trabalhadores, tais como: a necessidade de estabelecer os limites da jornada de trabalho, a idade mínima para ingressar no trabalho e a situação específica do trabalho da mulher. De outro, o interesse em aumentar a produtividade do trabalho, elevar as condições de competitividade das empresas e do retorno do capital em forma de lucro. Desta forma, o direito do trabalho se coloca no centro dos conflitos de classe, buscando desenvolver uma mediação que, mantendo as regras gerais da produção capitalista, proteja o trabalhador.

Na sociedade capitalista o trabalho situa-se na esfera social, já que o trabalho assalariado, realiza-se conforme as condições estabelecidas pelo empregador, em local, geralmente fora do domicílio¹, fora da esfera privada. O trabalhador se afasta do seu espaço doméstico para executar o trabalho, desta forma, no caso do trabalho da mulher, o problema dos cuidados com os filhos menores, sempre foi uma constante preocupação das mães trabalhadoras. Tal situação fez surgir inclusive, as normas de obrigatoriedade de creches em empresas que contratam mulheres, conforme o número de trabalhadoras e o porte da empresa.

O capitalismo revolucionou não apenas os meios de produção, senão, com isso, também as relações sociais e a dinâmica das relações familiares. Ao incorporar o trabalho das mulheres na esfera fabril, já no século XIX, especialmente na Europa, transformou o papel e as funções da mulher na família, o que foi sentido na falta de cuidados com as crianças, como se verifica na análise de Marx (1984, p. 453): “*Conforme demonstrou uma investigação médica oficial em 1861, pondo-se de lado circunstâncias locais, as altas taxas de mortalidade decorrem principalmente de trabalharem as mães fora de casa. Daí resulta serem as crianças abandonadas e mal cuidadas.*”

Mesmo considerando que a luta pela proteção do trabalho da mulher fora do domicílio fez surgir instituições voltadas para o cuidado das crianças, especialmente as creches e as escolas, no entanto, não se pode revogar o direito da mãe e do filho de permanecerem juntos, especialmente nos primeiros meses de vida. A natureza reservou para a mulher a gestação, e a sociedade humana definiu a partir desta condição natural, as regras sociais e culturais que colocam a mulher numa posição de destaque no cuidado dos filhos. Assim, o cuidado materno tornou-se fundamental para o desenvolvimento da criança, o que não isen-

¹ Atualmente crescem os casos de trabalho assalariado realizado nos domicílios, o tele trabalho, e outras formas de realização do trabalho que retrocedem no sentido de desvincular o trabalhador da empresa. Aqui neste texto não adentraremos nestes casos, embora relevantes, não são o objeto central da nossa análise. Nossa análise situa-se nas condições de trabalho assalariada cuja sua realização ocorre fora do domicílio.

ta a responsabilidade do pai e sua importância nos cuidados com a prole.

Outro fato a se considerar é que, mesmo com a luta pelo direito à creche, não se pode contar com a universalização das condições de acesso as instituições responsáveis por atender as crianças, mantendo-se em muitos países, a exemplo da Alemanha, a responsabilidade dos pais em cuidar de seus filhos nos primeiros anos de vida, sendo comum que um deles se afaste temporariamente do trabalho para dedicar-se à prole.

O mercado de trabalho no Brasil evidencia as desigualdades de gênero, embora já tenhamos avançado muito com relação à proteção do trabalho da mulher, ainda se constata que as mulheres tem remunerações inferiores a dos homens, encontram mais dificuldades para inserção no mercado formal de trabalho, sendo em média 40% a participação feminina no mercado formal². E, embora a LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação e a própria Constituição Federal de 1988 estabeleça o direito à creche, não há o atendimento de toda demanda existente através do setor público, as empresas que contratam mulheres, dependendo do porte da empresa e do número de empregadas, devem manter creches próprias ou proporcionar o direito à creche através da rede privada. Mesmo considerando esses avanços no sistema de proteção social, o cuidado dos filhos nos primeiros anos de vida, revela-se historicamente e culturalmente, como um problema da mãe trabalhadora.

É preciso reconhecer que dentro do direito do trabalho, a proteção ao trabalho da mulher, está diretamente vinculada a questão da maternidade. Neste sentido, a Constituição da República no artigo 7º, XVIII, estabeleceu *licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias*. Pode-se afirmar que textualmente a licença à gestante não abrangia as mães que adotavam crianças. O significado de gestante é *1. Que encerra em si o embrião. 2. Que está em gestação. Sf Mulher em período de gravidez*.³ Logo, para aquela mulher que não estivesse grávida, ou seja, que não carregasse em seu ventre um embrião, não teria direito à licença prevista constitucionalmente.

Martins (2002) era adepto desta forma de in-

terpretação, analisando inclusive a intenção do legislador, nos Anais da Constituinte, mencionando que a proteção era somente às mães gestantes, e não às mães adotivas.

Devido a dinâmica das relações sociais, ocorre que, nem sempre a lei abrange todas as situações que ocorrem no convívio social. A licença aplicável somente às mães biológicas encontrou farta interpretação nos Tribunais, como se denota a título de exemplo, pelas duas ementas a seguir transcritas:

LICENÇA-MATERNIDADE – MÃE ADOTIVA – A licença de cento e vinte dias, prevista na Constituição Federal, não pode ser concedida à mãe adotiva. O legislador constituinte ao instituir o direito pleiteado, restringiu-o à mãe biológica usando a expressão ‘licença à gestante’ – artigo sétimo, inciso dezoito, da Constituição Federal. Revista conhecida e provida. SEGURO DESEMPREGO – INDENIZAÇÃO – Alegação de divergência jurisprudencial. Decisão em consonância com o entendimento contido no Precedente nº 211 do TST. Incidência do Enunciado nº 333 do TST. Revista não conhecida. (TST – RR 508087 – 4ª T. – Relª Minª Conv. Beatriz Golshmidt – DJU 01.06.2001 – p. 590)

LICENÇA-GESTANTE – RECONHECIMENTO À ADOTANTE – IMPOSSIBILIDADE – PELA LITERALIDADE DO ARTIGO 7º, XVIII, DA CARTA MAGNA (“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”), vê-se que o constituinte, ao instituir o benefício da licença, restringiu-o “à gestante”, ou seja, mulher que passou pelo período da gestação, condição biológica que, não obstante a grandeza do ato praticado pela recorrida adotante, esta não atravessou. Assim, na ausência de determinação legal ou constitucional que preveja a licença à empregada adotante, compelir o empregador à mencionada obrigação importa em maltrato ao disposto no art. 5º, II, da Carta Magna, sendo certo que ainda que se invoque a proteção ao nascituro ou mesmo a impossibilidade

² Conforme dados do Censo IBGE 2000, sobre o trabalho das mulheres.

³ MICHAELIS, *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 1.031.

de de estabelecer-se diferença entre filho natural e adotivo, por força dos artigos 4º do Código Civil e § 6º do artigo 227 da Carta Magna, a questão é que a licença-maternidade, no caso de adoção, não está regulamentada. Revista conhecida e provida. (TST – RR 521557 – 2ª T. – Relª Min. Conv. Anelia Li Chum – DJU 22.02.2002)⁴

A Organização Internacional do Trabalho, a Convenção nº 103, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 20, de 30.04.1965, do Congresso Nacional, ratificada em 18.06.1965, e promulgada pelo Decreto nº 58.821, de 14.07.1966, abordou o “amparo à maternidade”.⁵ Interpretando-se a mesma, tem-se que não mencionava o afastamento às mães adotivas, pois textualmente enfoca a situação de licença com a exibição de *atestado médico que indica a data provável de seu parto*.

Com o debate sobre a proteção do trabalho da mulher e a prioridade dos direitos das crianças, considerando a adoção como uma medida de proteção à infância a partir da Lei 8.069/90 – ECA, tornou-se majoritária a interpretação de que a licença só beneficiava as gestantes, fazendo-se necessária uma inovação legislativa, para que socialmente a licença fosse estendida às mães adotantes. Somente desta forma estar-se-ia superando o conceito ultrapassado de concepção puramente biológica da maternidade. Na interpretação da licença somente para as gestantes, se desconsidera o direito da criança, focando apenas na relação de trabalho, o direito da mãe - enquanto trabalhadora. Neste sentido, fica a questão da proteção à família, especialmente o direito à convivência nos primeiros meses de adaptação entre mãe e filho, biológico ou não, relegado a segundo plano. A família como primeiro espaço de socialização, de acolhimento dos indivíduos, deve ser protegida. Quanto mais se fortalece os vínculos familiares e a proteção à família, mais se previne problemas sociais.

E o Estado brasileiro, através de uma política social não ficou alheio à situação das mães que adotam filhos, como será analisado.

2. A adoção como medida de proteção à criança e ao adolescente

A natureza reservou à mulher o papel da reprodução, assim, é a mãe que gesta e cuida do filho nos primeiros anos de vida. Tal fato natural se reveste de conteúdo histórico e social, estabelecendo-se culturalmente o papel da mulher como responsável pelos cuidados com a prole. Em cada sociedade, em cada período histórico, o papel da mulher sempre esteve relacionado a capacidade de reprodução. Cuidar da saúde da mulher é também cuidar das condições de reprodução da sociedade, já que é o ventre materno que gesta as gerações futuras de cada sociedade. Embora entre pai e mãe exista igualdade de direitos em relação aos filhos, certo é que o papel da mãe é mais acentuado no cuidado da prole.

Na sociedade patriarcal, culturalmente ficou estabelecido que à mãe incumbe a tarefa de criar os filhos e ao pai a tarefa de trabalhar para o sustento da família. Cita-se para fundamentar a opinião ora exposta, a posição de Bossa (1998, p.1) quanto às mulheres: *“Reclusas a uma vida doméstica, vivia com a única finalidade de procriar e cuidar dos filhos, contribuindo nos afazeres domésticos, muitas vezes além das suas forças. Era considerada como um campo fértil destinado a receber a semente masculina e faz-la frutificar.”*

Na sociedade capitalista, com a incorporação da mulher no mercado de trabalho, as relações sociais se redefinem, e o direito do trabalho deve acompanhar as transformações sociais. Assim, se coloca como imperativo analisar no direito do trabalho o tratamento dado em relação à licença para as mães adotivas. Certo é que há um lapso na legislação quando um homem adota sozinho um filho. Diga-se ainda de passagem que, em alguns países exista a chamada *licença parental*, onde qualquer pessoa, com motivo justificado pode se ausentar do trabalho, e isto um dia pode ser aproveitado no Brasil.⁶

A vida familiar é alterada com a chegada dos

⁴ Programa *Juris Síntese*.

⁵ Sussekind, Arnaldo. *Convenções da OIT*, p. 217-221.

⁶ Na Itália, a gestante tem o direito de se ausentar do emprego dois meses antes e três meses após o parto. Após este período, existe a “licença parental”, onde a mãe pode se ausentar do emprego por mais seis meses, no primeiro ano de vida da criança, recebendo 30% da retribuição paga pela Previdência Social. Esta licença é reconhecida ao pai, mesmo que adotivo ou custodiado, ou quando os filhos sejam confiados só a ele. Para tanto, o pai apresenta ao empregador declaração da renúncia do outro genitor ao benefício. Saliente-se que em relação a filhos adotivos, esta licença só se aplica se o filho não tiver idade superior a três anos. In Barros, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*, p. 264-270.

filhos, pois o fato se reveste de novas preocupações e exigências para o casal, tanto materiais quanto emocionais. Psicologicamente a vinda de um filho biológico é concebida com um prazo certo e dentro do qual se coloca a mobilização da família. Podemos afirmar que com o filho adotado, também existe a *gravidez emocional*, com todas as incertezas daí advindas. As análises sobre adoção nos indicam que é uma situação até mais difícil pois envolve desde questões materiais, como prazo para arrumar acomodação, escolha das roupas sem se saber o sexo, como comunicar aos familiares a decisão, e sem prazo certo para a concretização da vinda do filho para a família, já que depende da decisão judicial. Há que se considerar ainda os aspectos culturais que perpassam a adoção, sendo ainda comum existir a opinião que vê na adoção muitos fatores negativos, como por exemplo, a crença de que um adotado só trará problemas à família.

A adoção é um direito da criança, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). A sociedade deve fomentar a prática da adoção a fim de dar garantias para a efetividade do direito à convivência familiar. Neste sentido, a proteção aos direitos da mãe adotiva se torna um instrumento favorável ao fomento da adoção. Conforme Maldonado (1995, p.42,43), o debate sobre a necessidade da licença à mãe que adota criança é de grande importância, como se verifica a seguir:

Por isso é *muito importante* que os legisladores se sensibilizem para essa questão: a licença-maternidade não se justifica apenas por conta da recuperação do corpo do pós-parto, mas, essencialmente, pela importância da disponibilidade de tempo de estar junto ao filho para cuidar dele. A licença-paternidade tem por finalidade essencial criar uma disponibilidade de tempo par que o homem também possa entrar em contato mais profundo com o filho e ajude ativamente a reorganização familiar em função da chegada da criança no lar. A mesma necessidade existe no caso da

adoção, seja de recém-nascidos, seja de crianças maiores: é fundamental a disponibilidade de tempo, além da disponibilidade do afeto, para receber a criança adotada no seio da família e dar início ao longo processo de adoção recíproca entre a criança e a família.

A partir da análise acima, torna-se necessário promover condições para o acolhimento do filho adotado no seio da família, o que requer uma mudança cultural sobre o processo da adoção, para que as pessoas não vejam a adoção como uma “cerimônia secreta”, nem como um ato de “caridade” ou “coragem”.⁷

A norma que trouxe a alteração ora estudada⁸, avança no sentido de possibilitar a licença, criando condições de convivência entre mãe e filho adotado, quando o momento é mais propício a tanto. Outrora, sem a existência da licença, as mães eram obrigadas a tirar férias, que em nossa legislação é de no máximo trinta dias. A finalidade das férias no sentido trabalhista restava frustrada qual seja, descanso dos trabalhadores.

Maldonado (1995, p.44,45), menciona ainda que a criança adotada, após o nascimento espera um acolhimento amoroso e disponível, analisando o ramo da psicologia:

Atualmente, o campo da psicologia pré-natal está descortinando um panorama impressionante de conhecimentos a respeito dos registros de memórias dos acontecimentos da vida intra-uterina e do nascimento. A mãe biológica, que porta a vida, mas não tem a possibilidade de acompanhar o nascimento da criança, quase sempre passou por experiências fortes de desagrado com relação à gravidez, rejeição, ódio, tristeza, solidão, desejos ou tentativas concretas de aborto que foram captadas e registradas pelo feto. Isso cria, já no próprio bebê, o anseio pelo acolhimento amoroso que não recebeu plenamente durante a gestação. Essa é uma espera fundamental.

⁷ Maldonado, Maria Tereza. *Op. Cit.*, p. 44.

⁸ Lei 10.421, de 15 de abril de 2002.

É preciso enfatizar que a futura mãe que adotará um filho terá condições psicológicas melhores com o advento da norma. Saberá de antemão que terá a licença, no prazo fixado legalmente, sem os desgastes de ingresso de uma ação cautelar se não existisse a lei, para lhe assegurar o direito, ficando ao inteiro alvedrio da decisão do Poder Judiciário, caso o empregador lhe negasse o benefício. Tendo o objetivo fixo da adoção, a programação e o preparo será essencial para o recebimento do novo filho ao lar.

Necessário se faz o estudo da licença para mãe tanto em casos de adoção, quanto biológicas, sob o enfoque jurídico e social, a partir da prioridade dos direitos das crianças e adolescentes, especialmente no que tange o direito à convivência familiar.

3. O direito das mães que adotam filhos

O debate sobre o direito de licença para as mães adotivas demonstrou a necessidade de avanços na legislação trabalhista. Muitos autores sustentavam que a legislação deveria ser alterada, albergando a licença às mães adotivas. Neste sentido, cita-se a opinião de Barros (1995, p.435):

Se o texto constitucional tivesse se limitado a mencionar no art. 7º, XVIII, licença-maternidade ao invés de licença-gestante, teria sido possível ao legislador ordinário estender o afastamento à mãe adotiva, mesmo porque a Carta Magna não previu licença antes ou depois do parto, como procederam as Constituições anteriores. Sugerimos, portanto, essa alteração quando da reforma constitucional.

Da mesma forma Borges (1999, p.265) elucidou: *“Sem que seja inserida no ordenamento jurídico uma norma expressa, concedendo o direito de a mãe adotiva gozar da licença-maternidade, sempre haverá dúvida sobre a legitimidade ou não da sua concessão, via decisão judicial.”*

Conforme Mandalozzo (1996), sustentou-se uma interpretação mais extensiva, no sentido de que

as normas existentes no ordenamento jurídico pátrios permitiram a extensão da licença às mães adotantes. Tal entendimento baseou-se em algumas decisões judiciais, e na interpretação do artigo 227, § 6º, da Constituição da República, mormente no princípio da igualdade entre filhos, sejam eles adotados ou não.⁹

Para as mães que dão luz a filho, a licença é essencial para a saúde da mulher, pois os órgãos necessitam de um tempo para o retorno ao seu lugar. Para o filho, o período de adaptação ao mundo fora do útero necessita de atenção especial. Para as mães que adotam um filho, a licença também é essencial, quer para a adaptação com um novo filho que vem ao lar, quer para o filho pois saiu de um mundo exterior diferente e com maior razão deve se ajustar a um novo enfoque. Para a relação mãe-filho, os primeiros meses de convivência serão mais delicados para ambos, já que o filho foi gerado em um determinado ambiente e útero e não estava biologicamente ligado à sua futura mãe.

Certo é que, a igualdade entre homens e mulheres, segundo o artigo 5º, I, da Constituição da República¹⁰, trata-se de um princípio que visa a não discriminação. Por enquanto a licença em questão é aplicável somente às mães. Mas em um futuro pode-se pensar em que a licença seja aplicável ao pai que adota uma criança, para permitir a convivência e adaptação com o novo lar, mesmo existindo mãe. Por enquanto, um pai se adota filho – o que não é vedado na legislação – a princípio não possui direito a tal licença. Mas, em tese poderia ajuizar uma ação cautelar postulando o benefício, respaldado nos princípios da igualdade e não discriminação. Crê-se que a chance de vitória seria remota, mas a tentativa seria válida, especialmente se o resultado fosse positivo, cujas decisões só poderiam ser proferidas por juízes progressistas. A competência para o ajuizamento da ação em face do empregador seria a Justiça do Trabalho nos termos do artigo 114 da Constituição da República, e caso a Previdência Social se recusasse a conceder o benefício a competência para dirimir o litígio seria da Justiça Federal.

A título de exemplo, nos Estados Unidos, em 1993 foi prevista uma licença por razões de ordem familiar – antes não existia regulamentação para a li-

⁹ 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.

¹⁰ I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

cença maternidade. Para determinados empregados, e desde que preenchidas algumas condições, como prestação de serviços pelo menos há um ano ao mesmo empregador, e no mínimo por 1.250 horas, existe o direito a 12 (doze) semanas de afastamento de licença anual. As razões que justificam são a doença grave do trabalhador, nascimento, adoção ou guarda do filho, cuidados com o filho, cônjuge ou progenitor acometidos de doença grave. Durante este afastamento o empregador deverá manter plano de saúde do grupo. Em caso de guarda ou adoção, a licença poderá ser concedida ao pai ou a mãe, *de forma neutra com respeito ao sexo* (Barros, 1995, p.372).

A licença a mãe ou ao pai, num futuro, talvez deverá ter a denominação alterada, pois a expressão *maternidade* não se coaduna com o sexo masculino.

A norma jurídica foi adaptada à realidade, surgindo a Lei 10.421, de 15 de abril de 2002. Segundo o Ministro da Previdência da época – José Cechin, a norma é *um poderoso instrumento para a adaptação da mãe adotiva à criança, ele também representa um grande incentivo à adoção*. Segundo uma projeção do Ministro, no Brasil, a média é de 24.000 adoções por ano, e o governo gastaria em média R\$ 11.000.000,00 com o pagamento do benefício às mães adotivas.¹¹

Pela norma, segundo o artigo 392-A, acrescentado à Consolidação das Leis do Trabalho restou prevista a licença, nos seguintes termos:

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.

§ 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.

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã¹².

Também houve alteração da Lei 8.213, de 24.07.1991, para adaptação ao novo enquadramento, inclusive quanto ao custeio, já que o benefício é suportado pela Previdência Social. O benefício do salário-maternidade é recebido pela adotante diretamente na Previdência Social, segundo o artigo 71-A, parágrafo único, da Lei nº 10.710 de 05.08.2003. Já a mãe biológica recebe o benefício na própria empresa em que trabalha, sendo que o empregador posteriormente efetua a compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos, como previsto no artigo 72, § 1º, da norma citada.

Para as mães biológicas a licença-maternidade é de 120 (cento e vinte) dias, sem gradação neste prazo¹³. Para as mães que adotam crianças, a licença será em escala de 120 (cento e vinte), 60 (sessenta) e 30 (trinta) dias, conforme a idade da criança. Quanto à idade para adoção a análise se fará no item posterior.

Por certo presumiu o legislador que uma criança até 1 (um) ano precisa de atenção maior do que uma de 8 (oito) anos, e que a partir da última idade, não necessita de nenhum cuidado. Pois bem, esta diferenciação trata-se de norma eivada de inconstitucionalidade, pois fere dois princípios básicos da Constituição da República: da igualdade entre filhos biológicos e adotivos, e da não discriminação por idade.

Para conhecimento, embora não haja relação de emprego, mas relação de trabalho, às servidoras civis regidas pelo regime estatutário da União, muito antes já desfrutavam do direito de licença se adotassem filhos, como se depreende pela Lei 8.212 de 11.12.1990, cujo trecho se transcreve:

Art. 210 – À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 ano de idade, serão concedidos 90 dias de licença remunerada.

Parágrafo único – No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 dias.

¹¹ Jornal Gazeta do Povo, de abril de 2002, p. 16.

¹² O § 5º citado no *caput* foi vetado pela Presidência da República, e por isso, sua menção foi desnecessária.

¹³ Artigo 7º, XVIII, da Constituição da República.

4. Trabalho, adoção e guarda

Como a CLT mencionou a “adoção” ou “guarda judicial” faz-se necessária a delimitação do significado de tais expressões. O Direito do Trabalho não trata deste assunto, sendo necessária consulta ao Direito Civil, inclusive como permitido pelo artigo 8º do diploma legal citado.

A adoção é regulada pelos artigos 1618 a 1629 do Código Civil, cujo detalhamento não condiz com o objetivo deste trabalho. Serão citadas somente algumas disposições para entendimento do instituto ora abordado. Para que uma pessoa adote deve possuir no mínimo 18 (dezoito) anos, e o adotante deve ser no mínimo 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado. A adoção pode ser dar para pessoa de qualquer idade, mas se o adotado possuir mais de 18 (dezoito) anos¹⁴, deverá existir a assistência efetiva do Poder Público e dependerá de sentença constitutiva.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 regula a adoção das pessoas até 18 (dezoito) anos, já que se aplica à criança e ao adolescente.¹⁵ Só podem adotar crianças e adolescentes os maiores de 21 (vinte e um) anos, independentemente do estado civil.

A guarda é um procedimento previsto nos artigos 33 a 35 da norma citada, destinando-se a *regularizar a posse de fato*, podendo ser deferida nos processos de tutela e adoção. Pela guarda, o guardião ou guardiã fica responsável pela assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente. Trata-se de instituto de muita responsabilidade, pois aquele que detém a guarda pode se opor inclusive em relação aos pais da pessoa que está sob a sua guarda. Esta é considerada dependente para todos os efeitos legais do guardião ou guardiã. Em casos excepcionais a guarda pode ser deferida fora dos casos de tutela ou adoção, segundo o artigo 33, § 2º, *para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável*.¹⁶

A alteração na legislação trabalhista, com a inclusão do artigo 392-A da CLT outorgou direito de licença-maternidade somente às empregadas que adotarem criança ou obtiverem guarda judicial para fins de adoção. Sendo assim, o benefício da licença não se aplica àquelas empregadas que obtiverem guarda judicial para fins de tutela. A tutela é regulada pelos artigos 1.728 a 1.766 do Código Civil, e artigos 36 a 38 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A tutela se destina a filhos menores, segundo a primeira norma citada, *com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes e em caso de os pais decaíres do poder familiar*.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, a tutela se destina a pessoas até 21 (vinte e um) anos incompletos. Mas, com o advento do Código Civil, sendo posterior ao diploma legal citado, ao completar 18 (dezoito) anos a pessoa atinge a maioridade, sendo desnecessária a nomeação de tutor, já que passa a ser responsável por todos os atos da vida civil.

Mais uma crítica é lançada à legislação trabalhista. Poderia ela não ter restringido a licença somente à guarda para fins de adoção, mas estende-la à guarda para fins de tutela. A empregada na condição de tutora terá muitas responsabilidades sobre a pessoa do menor, e também necessitaria de um período de convivência afastada do trabalho ao receber esta incumbência. Certo é que em uma guarda para fins de adoção a mulher espera este momento para adquirir a condição de maternidade, e a tutela pode-lhe ser imposta em tese, pois os motivos de escusa estão taxativamente mencionados na lei.¹⁷ Uma mulher solteira, por exemplo, se ascendente do menor, não poderia recusar a tutela. Ao receber a tutela de uma criança ou adolescente, também se faz necessário o período de convivência e acolhimento, neste sentido pode-se supor que seria justo o mesmo benefício das mães que adotam crianças. Pensando sempre sobre a ótica da proteção da criança e do adolescente e da necessidade de criar condições para a integração familiar, o direito do tra-

¹⁴ Conforme Art. 40 do ECA: “O adotando deve contar com, no máximo, 18 (dezoito) anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.”

¹⁵ Segundo o artigo 2º, para efeitos da norma citada, criança é a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

¹⁶ Antigamente era comum abandonar uma criança na porta da casa de outrem, e para regularizar a situação, poderia ser deferida a guarda provisória. Hoje a situação é um pouco distinta, pois para se alcançar uma adoção é necessário seguir-se os ritos definidos legalmente, existindo uma lista com ordem pré-definida. Se ocorrer o abandono, como mencionado, deve-se entregar a criança às autoridades, e a assistente social responsável, juntamente com o Juiz de Menores encontrarão um destino ao menor.

¹⁷ Segundo o artigo 1.736 do Código Civil a escusa em relação a tutela pode se dar por mulheres casadas, maiores de 60 (sessenta) anos, aqueles que tiverem sob sua responsabilidade mais de 3 (três) filhos, os impossibilitados por enfermidade, aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela, aqueles que já exerceram tutela ou curatela e os militares em serviço.

balho deve proteger a mãe biológica ou adotiva e lançar o desafio para estender a proteção aos casos de tutela.

5. Questões atinentes às mães adotantes

Para as mães que adotarem crianças existem alguns cuidados a serem observados. A mãe biológica avisa o empregador quanto à data provável do parto, através de atestado médico, além do conhecimento pelas pessoas devido às alterações corporais (aumento de peso, alterações comportamentais, acréscimo de volume no local onde o bebê se aloja, dentre outros fatores).

A mãe que adotará a criança deverá comunicar o empregador com antecedência, através de documentos. A adoção ou a guarda judicial não se dá de um dia para outro, pois a empregada que deseja adotar ou obter guarda ingressa com ação em Juízo, estando tudo documentado. A lei não mencionada qual o prazo para esta comunicação, porém deve ser concedido com tempo para que o empregador contrate outra pessoa ou ainda passe as atribuições àqueles que continuaram trabalhando.

Tratando-se de licença-maternidade, a empregada ficará afastada, estando o empregador desobrigado de pagar os salários. O artigo 7º, XVIII, da Constituição da República que se aplica em parte à questão proposta, menciona que o afastamento se dará *sem prejuízo do emprego e do salário*. Tecnicamente salário não é pago, pois este é a remuneração paga diretamente pelo empregador e os custos com o afastamento são suportados diretamente pela Previdência Social. A interpretação da Carta Maior é no sentido de que será computado tempo de serviço, e se o benefício está equiparado a salário o empregador fica obrigado a depositar o FGTS em relação ao período de afastamento.

O benefício estabelecido no artigo 396 da CLT, de intervalos para amamentação até que a criança complete seis meses pode ser entendido como aplicável às mães que adotam crianças ou obtêm guarda judicial para este fim. Embora exista ampla campanha para a amamentação natural por parte das mães, sabe-se que muitas mulheres optam pela amamentação artificial com mamadeiras. Mesmo para estas mães o artigo é aplicável. Para as mães abrangidas pelo artigo 392-A, §

1º, da CLT, que adotam ou obtêm guarda judicial para este fim de crianças até 1 (um) ano de idade, justa é a concessão de 2 (dois) intervalos de meia hora cada um para a amamentação, ainda que através de mamadeira, visando até a maior convivência mãe-filho. Entender-se o contrário seria ferir o princípio da igualdade. O artigo 400 da CLT, caso seguido pelos empregadores, ou seja, com local adequado para a guarda de filhos, possuindo no mínimo um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária. Na realidade este dispositivo complementa o artigo 387, § 1º, da CLT. Mas se as empresas não possuem estes locais para a guarda de filhos, poderão manter convênios na forma do § 2º do último artigo citado.

Outro ponto que ainda não foi bem delineado diz respeito à estabilidade no emprego. Para as mães que dão luz a filho é prevista constitucionalmente a estabilidade desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, segundo o artigo 10, II, “b”, do Ato das Disposições Transitórias. Esta estabilidade destina-se dentre outros fatores a fornecer uma certa tranquilidade à mãe que tenha filho, especialmente nos primeiros meses de vida, com a certeza de que não poderá ser despedida, inclusive com os meios econômicos para a subsistência. Para a mãe que adota um filho ou obtém a guarda judicial para este fim a estabilidade também deveria estar acobertada pela lei, no prazo de 5 (cinco) meses após o advento da criança. As necessidades são as mesmas, pois o espírito maternal em nada se distingue entre a mãe biológica e aquela que adota. Mas a lei não previu esta situação, e a interpretação dominante é a não ampliação da estabilidade à mãe que adota. Sobre o assunto manifesta-se Carrion (2003, p.255): *Não dá a Lei a estabilidade, mas a licença (L. 8.213/91, art. 71-A em apêndice), red. L. 10.421/02*. A mãe que adota uma criança incumbe idênticas obrigações em relação à mãe biológica, sendo sensato que os benefícios fossem os mesmos.

Se uma mulher é casada com um homem ou estão em regime de concubinato, e adotam uma criança em conjunto, como é comum, a licença-paternidade de 5 (cinco) dias prevista no artigo 7º, XIX, da Constituição da República e artigo 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deve ser concedida. Observa-se que a norma legal não prevê esta interrupção dos efeitos do contrato de trabalho somente

aos pais biológicos. A paternidade de alguém de que adota criança é vista com os mesmos direitos e obrigações do pai biológico, e por isso justifica-se a licença de 5 (cinco) dias, cujo pagamento do salário se dá pelo empregador, e por isso não se trata de benefício previdenciário.

6. Considerações finais

As normas legais de Direito do Trabalho e de Direito Previdenciário, como todas as outras normas devem evoluir cada vez mais, principalmente porque as alterações devem buscar adequar a norma à dinâmica das transformações históricas da sociedade.

Há muito tempo as pessoas que não desejam ou não podem ter filhos biológicos, buscam outras alternativas como uma adoção. Antigamente a questão não era bem delineada na legislação, e talvez até pelo desconhecimento jurídico as pessoas “adotavam” crianças de forma ilegal, registrando como se filho biológico fosse. Este fato é considerado crime e as pessoas estão mais cientes de suas obrigações.

Porém, com o acréscimo da população e majoração da pobreza, muitas crianças são abandonadas, formando-se instituições de amparo, possibilitando a adoção desde que seguidos os requisitos legais. Para tudo existe amparo de Assistente Social e de Juiz de Menores. Assim, a adoção é uma medida que tem como ponto central a proteção das crianças e dos adolescentes, devendo a sociedade promover as condições necessárias ao fomento da adoção e as mudanças culturais que inibam práticas discriminatórias. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, estabelece a prioridade absoluta para a proteção da infância e juventude, neste sentido a adoção tem o objetivo central os direitos das crianças e adolescentes à convivência no seio de uma família, biológica ou adotiva.

A legislação foi alterada, possibilitando-se para a mãe que adota criança o benefício da licença-maternidade, em número de dias pré-definidos, cujo ônus do afastamento é da Previdência Social. A fim de tornar-se compatível com o preceito da não discriminação entre filhos biológicos e adotados, postula-se que esta licença deveria ser de 120 (cento e vinte) dias, sem distinção alguma, principalmente tendo em vista o princípio da igualdade. Pode-se afirmar que a altera-

ção legislativa já nasceu com certo atraso e não previu a licença aos homens que adotam de forma isolada uma criança, deixando omissão em relação a determinados fatores, como a concessão de intervalos para amamentação às mães que adotam filho.

Menciona-se que houve uma evolução, e com interpretação dos operadores jurídicos e dos profissionais que atuam em uma adoção, como assistentes sociais, de forma mais ampliada, a legislação poderá ser alterada concedendo mais benefícios àquela pessoa que adota criança. A sociedade tem a obrigação de incentivar as adoções, visando uma vida com melhores condições às crianças que estão à espera de nova mãe e/ou novo pai.

A legislação que interfere nas relações de trabalho é permeada pelo conflito de interesses entre empregador e empregado, neste sentido, as alterações que estendem os benefícios da licença maternidade em casos de adoção tem o sentido de proteção do trabalhador e a defesa dos direitos das crianças e adolescentes, evidenciando uma medida progressista do direito do trabalho.

REFERÊNCIAS

- 1 BARROS, A. M. de. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.
- 2 BORGES, E. B. **A Extensão da Licença-Maternidade à Mãe Adotiva**. In: **Direito do Trabalho & Direito Processual do Trabalho**. Curitiba, Juruá, 1999.
- 3 BOSSA, S. **Direito do Trabalho da Mulher no Contexto Social Brasileiro e Medidas Antidiscriminatórias**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- 4 CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- 5 FONSECA, C. **Caminhos da Adoção**. São Paulo: Cortez Editora, 1995.
- 6 MALDONADO, M. T. **Os Caminhos do Coração**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- 7 MANDALAZZO, S. S. N. **A Maternidade no Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1996.
- 8 MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- 9 MARX, K. **O Capital**. Vol 1. Livro 1. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. São Paulo: DIFEL. 1984.
- 10 MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.
- 11 SÜSSEKIND, A. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.