Licença-maternidade em casos de adoção e guarda deve ser uniformizada

A mãe adotiva passou a ter expressamente assegurado o direito ao salário-maternidade, bem como à licença-maternidade, por meio da Lei 10.421, de 15 de abril de 2002, publicada no Diário Oficial da União 16 de abril de 2002, a qual acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 392-A e, à Lei 8.213/1991, o artigo 71-A.

Mais recentemente, a Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, publicada no Diário Oficial da União de 4 de agosto de 2009, além de dispor sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu artigo 8º, revogou "os parágrafos 1º a 3º do artigo 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho".

No presente estudo, cabe analisar as possíveis repercussões dessa recente alteração, a qual pode apresentar diversas controvérsias, uma vez que o artigo 71-A, da Lei 8.213/1991, não foi objeto de modificação.

O artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988, assegura o direito à licença-gestante, "sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias". No período respectivo, assegura-se o chamado salário-maternidade, regulamentado pelos artigos 71 a 73 da Lei 8.213/1991 e Decreto 3.048/1999, artigos 93 a 103.

A licença-maternidade, em si, é instituto trabalhista, conforme o referido artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição (tanto que "emprego" e "salário" denotam a existência de contrato de trabalho) e artigo 392 e 392-A da CLT (versando sobre a "empregada").

Diversamente, o salário-maternidade, com natureza de prestação previdenciária, não se restringe à empregada, pois é um direito da "segurada da Previdência Social" de forma ampla (empregada, empregada doméstica, contribuinte individual, trabalhadora avulsa, segurada especial e segurada facultativa) (1).

A Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Decreto 58.820/1966, estabelece que em caso algum o empregador deve ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas, no caso de licença maternidade, à mulher que emprega. Essa previsão tem como objetivo evitar a discriminação na admissão e no ingresso da mulher no mercado de trabalho. Assim, na verdade, o direito ao salário-maternidade apresenta natureza previdenciária. Como já mencionado, o referido benefício previdenciário, com a Lei 10.421/2002, também passou a ser devido à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção da criança.

Não se verifica inconstitucionalidade na inovação decorrente da Lei 10.421/2002. Embora o artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição da República assegure o direito de licença "à gestante" (e não à mãe adotiva), não veda que a lei ordinária o estenda para o caso de adoção ou guarda judicial para fins de

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

adoção de criança. O artigo 7º da Constituição Federal de 1988 prevê direitos que representam um patamar mínimo, que pode e deve ser suplantado pelas diversas fontes de direito, em conformidade com os princípios de proteção e da norma mais favorável. Tanto é assim que o *caput* desse mesmo dispositivo constitucional prevê "outros" "direitos dos trabalhadores urbanos e rurais" "que visem à melhoria de sua condição social" (2).

Nessa linha, assegurar à trabalhadora adotante os direitos à licença-maternidade e ao salário-maternidade é uma forma de se alcançar a melhora de sua condição social. Ademais, "a proteção à maternidade e à infância" (e não somente à gestante) é um dos direitos sociais, com assento constitucional (artigo 6º da Constituição Federal/1988). Com a adoção da criança pela empregada, esta se torna mãe, o que a faz merecer a proteção legal.

Quanto aos filhos havidos por adoção, digno de destaque a norma contida no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece: "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".

Mesmo sendo a empregada a titular do direito à licença-maternidade, e não a criança propriamente, não se pode negar que esta também é diretamente beneficiada pela possibilidade de gozar da presença constante da mãe durante o período do afastamento do emprego, favorecendo a adaptação no seio familiar e possibilitando os diversos cuidados necessários. Logo, a igualdade absoluta entre os filhos, determinada pela Constituição da República, é prestigiada com a extensão da referida licença à mãe adotiva.

Do mesmo modo que o salário-maternidade da gestante, na hipótese da adoção, tem-se benefício previdenciário, como forma de impedir a discriminação na admissão da mulher (artigo 7º, incisos XX e XXX, da Constituição Federal/1988), que poderia se verificar caso o salário do período de licença ficasse a cargo do empregador. Além disso, a mencionada disposição legal concretiza o comando do artigo 201, inciso II, da Constituição Federal, no sentido de que a previdência social, nos termos da lei, atenderá a "proteção à maternidade".

Em razão do disposto no artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição da República, a Lei 10.421/2002, em seu artigo 4º, assim estabeleceu: "No caso das seguradas da previdência social adotantes, a alíquota para o custeio das despesas decorrentes desta Lei será a mesma que custeia as seguradas gestantes, disposta no inciso I do artigo 22 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991".

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Como se pode notar, a “correspondente fonte de custeio total” da extensão do mencionado benefício foi essa mesma contribuição previdenciária a cargo da empresa, não tendo havido efetivo acréscimo a respeito. No caso da segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção da criança, de acordo com o artigo 71-A da Lei 8.213/1991, com redação determinada pela Lei 10.421/2002, é devido o salário-maternidade “pelo período de 120 dias, se a criança tiver até um ano de idade, de 60 dias, se a criança tiver entre um e quatro anos de idade, e de 30 dias, se a criança tiver de quatro a oito anos de idade”.

A mesma Lei 10.421/2002 também acrescentou à CLT o artigo 392-A, pertinente à licença-maternidade da mãe adotiva, assim prevendo:

“Artigo 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.

Parágrafo 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. (revogado pela Lei 12.010/2009)

Parágrafo 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. (revogado pela Lei 12.010/2009)

Parágrafo 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. (revogado pela Lei 12.010/2009)

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

Observam-se críticas a essa previsão, ao estabelecer a diferenciação de prazo conforme a idade da criança adotada. Entende-se que pode gerar um desestímulo à adoção de crianças com mais idade, as quais muitas vezes passam por maiores dificuldades para encontrar uma família. Além disso, dificulta-se a adaptação em novos lares, o que também se revela mais difícil na proporção desse avanço quanto à idade (3).

Diversamente, há quem sustente que essa diversidade de períodos de licença seria uma forma de concretizar o princípio da igualdade material, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, tratando os desiguais de forma desigual, na medida em que se desigualam. Nessa linha, sendo a criança adotada de até um ano, seriam necessários, em princípio, os mesmos cuidados daqueles relativos ao filho de mãe biológica, justificando o prazo de 120 dias de licença. Conforme a criança adotada tivesse mais idade, em tese, não precisaria de todos os cuidados de um recém-nascido (4).

De todo modo, a verdade é que esse critério de idade, de certa forma, acaba prejudicando justamente o grupo mais carente, ou seja, as crianças mais velhas, que já são mais difíceis de ser adotadas, possivelmente invertendo a incidência mais adequada do princípio da igualdade no seu aspecto material.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

3. Repercussões da Lei 12.010/2009 na licença-maternidade e no salário-maternidade da mãe adotante

Observados os aspectos acima, no presente item, cabe o importante registro de que a Lei 12.010, de 29 de julho de 2009 (DOU 04.08.2009), em vigor 90 dias após a sua publicação (artigo 7º), além de dispor sobre adoção, em seu artigo 8º, revogou os parágrafos 1º a 3º do artigo 392-A da CLT, que estabeleciam, como observado acima, diversidade de períodos de licença-maternidade da mãe adotiva, conforme a idade da criança.

Apesar disso, o artigo 71-A da Lei 8.213/91 não foi alterado, e continua prevendo que no caso de adoção ou guarda judicial para fins de adoção de criança, o salário-maternidade é devido "pelo período de 120 dias, se a criança tiver até um ano de idade, de 60 dias, se a criança tiver entre um e quatro anos de idade, e de 30 dias, se a criança tiver de quatro a oito anos de idade".

Logo, como o salário-maternidade é devido justamente no período da licença-maternidade, também para a mãe adotante, pode-se dizer, em consonância com a interpretação sistemática, que essa diversidade de períodos permanece aplicável quanto a ambos os institutos.

Entretanto, como o artigo 392-A da CLT faz remissão ao artigo 392 do mesmo diploma legal, o qual menciona em seu *caput*, expressamente, o "direito à licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário", o tema pode gerar controvérsias (5).

Por isso, é possível o entendimento, divergente, de que o artigo 71-A da Lei 8.213/1991 estaria tacitamente derrogado pela referida alteração decorrente da Lei 12.010/2009. Nessa linha, tanto a licença-maternidade, como o salário-maternidade, da mãe adotante, passariam a ser de 120 dias, independentemente da idade da criança, a partir da entrada em vigor da referida Lei 12.010/2009.

Ainda na corrente de entendimento acima, uma vez que o artigo 392-A, *caput*, da CLT, menciona a adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção de "criança", a idade limite do adotado, para a concessão da licença-maternidade e do salário-maternidade da mãe adotante, também passaria a ser de "até 12 anos de idade incompletos", conforme a definição do artigo 2º da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Outro possível entendimento, intermediário, seria considerar que a "licença-maternidade", em caso de adoção, como direito de natureza trabalhista, teria passado a ser, sempre, de 120 dias, conforme artigo 392-A, *caput*, da CLT. Entretanto, o respectivo "salário-maternidade", por sua vez, como benefício previdenciário, permaneceria devido na forma do artigo 71-A da Lei 8.213/1991. Nesse caso, quando o adotado tiver 1 ano ou mais, a duração da licença-maternidade da adotante que venha a superar o período do salário-maternidade seria considerada como licença remunerada, a cargo do empregador.

A interpretação acima, no entanto, além de desvincular a licença-maternidade do salário-maternidade, os quais, a rigor, devem caminhar juntos, pode gerar prejuízos ao mercado de trabalho da mulher, ao impor ao empregador o dever de pagar a remuneração de período não coberto pelo salário-maternidade da adotante.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A respeito do tema, a já mencionada Convenção 103 da OIT, sobre proteção à maternidade, além de assegurar período de licença de maternidade (artigo 3), com direito a prestações em espécie e assistência médica (artigo 4), é expressa ao dispor que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega” (artigo 4, item 8).

Ou seja, o pagamento no período da licença-maternidade deve sempre ficar a cargo do sistema previdenciário estatal, justamente para se evitar discriminação no mercado de trabalho da mulher. Este, ademais, deve ser protegido, “mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, como prevê o artigo 7º, XX da Constituição da República.

Isso confirma a inadequação de se considerar parte da licença-maternidade da adotante como licença-remunerada, devida pelo empregador. Na realidade, o ideal seria que o artigo 71-A da Lei 8.213/1991 fosse alterado, uniformizando os prazos da licença-maternidade e do salário-maternidade, também nas hipóteses de adoção ou guarda judicial para fins de adoção de criança, fixando-os sempre em 120 dias, com a previsão da respectiva fonte de custeio.

Entretanto, até que ocorra essa alteração na lei previdenciária, por ser vedado ao intérprete legislar, entende-se que a licença-maternidade e o salário-maternidade permanecem devidos de acordo com a idade da criança adotada, desde que esta tenha até oito anos de idade quando da adoção ou da guarda judicial.

Além do mais, para a ampliação da duração do salário-maternidade da adotante, seria necessário observar o mandamento previsto no artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição da República, no sentido de que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total” (6).

No caso em questão, ainda não se verifica essa previsão de fonte de custeio relativa à majoração do período do salário-maternidade nos casos de adoção ou guarda judicial para fins de adoção de criança acima de um ano de idade. Em razão disso, permanece relevante a data do nascimento, e não propriamente a hora em que a criança nasceu, em aplicação do disposto na Lei 810, de 6 de setembro de 1949.

Nessa linha, como prevê o artigo 93-A do Decreto 3.048/1999, acrescentado pelo Decreto 4.729/2003, o salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança com idade: até um ano completo, por 120 dias; a partir de um ano até quatro anos completos, por 60 dias; a partir de quatro anos até completar oito anos, por 30 dias.

A licença-maternidade e o salário-maternidade são devidos, na atualidade, não apenas à gestante, mas também à mãe que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. Mais recentemente, vem se discutindo, inclusive, que referido direito deveria ser estendido, no mesmo prazo, ao pai que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, especialmente quando ausente a mãe

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

adotante.

De todo modo, o mais adequado seria a uniformização dos prazos da licença-maternidade e do salário-maternidade na hipótese de adoção ou guarda judicial para fins de adoção, passando a ter duração de 120 dias, independentemente da idade da criança adotada, tal como ocorre na hipótese da gestante (artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal/1988).

Seria relevante, assim, que o artigo 71-A da Lei 8.213/1991 fosse alterado, passando a dispor na forma acima, sempre com a previsão da respectiva fonte de custeio. Entretanto, até que isso ocorra, embora o tema seja controvertido, tendo em vista a necessidade de se realizar a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a recente revogação dos parágrafos 1º a 3º do artigo 392-A da CLT, por não ter sido acompanhada de modificação na lei previdenciária, indica que a licença-maternidade da mãe adotiva permanece devida tal como o respectivo salário-maternidade, ou seja, levando em conta a idade da criança adotada, conforme prevê o artigo 71-A da Lei 8.213/1991.

Com isso, evita-se a desvinculação entre os períodos da licença-maternidade e do salário-maternidade, os quais devem caminhar juntos, em consonância com a Convenção 103 da OIT. Além disso, impedem-se discriminações e prejuízos ao mercado de trabalho da mulher, que poderiam ocorrer ao se impor ao empregador o dever de pagar a remuneração de período não coberto pelo salário-maternidade da adotante. Por fim, cabe acompanhar a evolução da doutrina, da jurisprudência e da legislação a respeito do relevante tema.

Referências

1. *Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 393-397.*

2. Cf. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Inovações na Legislação Trabalhista: Aplicação e Análise Crítica. São Paulo: LTr, 2000, p. 55: "Não é ocioso lembrar que o princípio da norma mais benéfica está estampado no caput do art. 7º da Constituição Federal".
3. Cf. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de direito da seguridade social. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 321: "Entendemos que a diferenciação inscrita no art. 71-A da Lei n. 8.213/91 é inconstitucional e fere o art. 210, § 1º, da CF sob o aspecto da proteção à maternidade e trata diferenciadamente seguradas que estão na mesma situação de proteção, ou seja, a contingência geradora de necessidade é a mesma: a adoção".
4. Cf. MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 377: "O art. 71-A da Lei nº 8.213 trata da concessão da licença de forma escalonada, em razão do tempo de convivência. Quanto maior for a idade, menor será o período de concessão da licença, pois não é a mesma atenção que se deve ter com uma criança de até um ano e com outra de oito anos, que já tem certa sensibilidade da vida e já deveria estar na escola. Se a criança tiver mais de 8 anos, a adotante não faz jus ao benefício"; MIRANDA, Jediael Galvão. Direito da seguridade social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 211: "Quanto menor a idade da criança, maior a atenção e dedicação da mãe ao novo integrante da família, o que justifica a gradação do tempo de duração do salário-maternidade decorrente de adoção ou guarda para fins de adoção".
5. Cf. CORREIA, Érica Barcha; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; ROTHENBURG, Walter Claudius. Incentivo à adoção. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, IOB, ano XXI, n. 244, p. 206, out. 2009: "a Lei nº 12.010 não representa uma diminuição de direitos sociais, até porque,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

se assim fosse, seria inconstitucional, pois, no âmbito dos direitos humanos, vigora o princípio da vedação de retrocesso social. Antes, pelo contrário, há um avanço: em qualquer caso de adoção de menor, a licença-maternidade é de 120 dias. O que se aboliu, portanto, foi a diferença de período em razão da idade do adotado. Aliás, apenas essa interpretação é possível e conforme ao escopo da lei, de incentivo à adoção, já que permite o período de adaptação do adotado no novo lar, o que é facilitado com a presença da adotante".
6. Cf. DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Curso de direito previdenciário. São Paulo: Método, 2008. p. 122: "Visa-se, com este princípio, tornar a seguridade social equilibrada financeiramente, orientando a ação do legislador no sentido de que toda despesa criada deve, ato contínuo, ser garantida pela previsão de receita respectiva para fazer face ao gasto instituído".

Date Created
27/01/2010

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.