

Prazo de licença de mãe adotante ainda depende da idade da criança

Este trabalho se propõe a analisar o período de licença maternidade da adotante, considerando a alteração que ocorreu na legislação trabalhista em 2009, pela Lei 12.010, que revogou o artigo 392-A da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), que fixava os prazos de afastamento. Em seguida serão abordados pontos controvertidos e a possibilidade de prorrogação da licença, para as empregadas cujos empregadores participem do Programa Empresa Cidadã.

A controvérsia se manifesta pelo fato de que a revogação do referido artigo pode levar pesquisadores a concluir que a licença maternidade da gestante e da mãe adotante, hoje, é de 120 dias, ou seja, o mesmo período – a despeito das regras previdenciárias -. O presente trabalho abordará, portanto, as regras vigentes para fixação do tempo de afastamento da mãe adotante.

Na análise à Constituição Federal, constata-se que dentre os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, consta a proteção à maternidade, sendo prevista também no artigo 201, que trata da Previdência Social, no artigo 203, que trata da Assistência Social e o artigo 227, que trata da proteção à família e à criança. Com relação à licença maternidade, o artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal prevê que “a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

A crítica que se faz a diferença de tratamento no tocante ao período de licença maternidade encontra fundamento no artigo 227 da Constituição, que dispõe em seu parágrafo 6º que “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”. (original sem grifos)

Numa incursão histórica, é possível verificar que, a princípio, a mãe adotante sequer tinha direito à licença maternidade prevista em lei e para reivindicá-lo tinha que ajuizar ação judicial. Há decisões na Justiça do Trabalho no sentido de conceder a licença com base na Constituição Federal:

LICENÇA MATERNIDADE. ADOÇÃO. A partir da égide da Constituição Federal/1988, aplica-se à mãe adotiva o disposto no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, por força do seu artigo 227, caput e §6º, bem como a teor da Lei nº 10.421/2002, editada posteriormente e que veio a positivar na legislação infraconstitucional o direito da mãe adotante à licença maternidade. Precedente da SBDI-1 desta C. Corte. Recurso de revista conhecido e não provido.(TST. 6ª Turma. RR – 7060/1999-661-09-00. Ministro Relator Aloysio Corrêa da Veiga.Publicação: DEJT – 21/08/2009)

LICENÇA-MATERNIDADE. MÃE ADOTIVA. O direito da mãe adotiva à licença maternidade, antes da edição da Lei n.º 10.421/2002, tem fundamento no artigo 7º, XVIII, da Constituição da República, que assegura à empregada -licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias-, sendo equivocado excluir tal benefício das mães adotivas pelo fato de a norma referir-se à -gestante-, uma vez que o artigo 227, § 6º, do mesmo diploma equiparou os filhos adotados aos biológicos, o que é deveras razoável, a fim de evitar discriminação e proporcionar ao adotado os mesmos direitos do filho biológico, porquanto após o nascimento tanto um quanto o outro necessitam dos mesmos cuidados, atenção e afeto da mãe. O escopo de tal norma é a proteção da família,

particularmente da mãe e do filho recém-nascido, permitindo uma maior aproximação e o contato constante entre a genitora e o recém-nascido. Precedentes desta Corte superior. Recurso de revista conhecido e provido.(...)(TST – RR – 4432300-91.2002.5.04.0900 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 30/06/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 06/08/2010)

Merece advertir que há decisões do TST (mesmo de 2010) reconhecendo a igualdade de direitos, quanto ao período de licença, entre a mãe biológica e mãe adotante, mas se reportando a situações pretéritas (processos antigos), anteriores a vigência da lei 10.421/2002. E, embora o TST tenha julgado os casos com base na Constituição Federal, o STF entendeu que não se estende à mãe adotante o direito à licença maternidade e, ainda, que tal direito não tem fundamento constitucional:

*EMENTA: Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria. Licença-Maternidade e Adoção (v. Informativo 191) RE 197.807-RS**
RELATOR: MIN. OCTAVIO GALLOTTI

Portanto, inúmeros casos foram submetidos ao Poder Judiciário, até que em 15 de abril de 2002 foi publica a Lei 10.421 de 15 de abril de 2002, que inseriu o artigo 392-A na CLT, conferindo à mãe adotante o direito à licença da seguinte forma:

- No caso de adoção ou guarda judicial de criança até um ano de idade, o período de licença será de 120 dias.
- No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de um ano até quatro anos de idade, o período de licença será de 60 dias.
- No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de quatro anos até oito anos de idade, o período de licença será de 30 dias.

Posteriormente, em 2009, a Lei 12.010 revogou referido artigo, levando equivocadamente à conclusão de que a licença da mãe adotante seria a partir daí (tacitamente ou por analogia) de 120 dias. Posição da qual discordamos pelos motivos a seguir elencados.

A primeira razão pela qual não se pode afirmar que a licença da mãe adotante passou a ser de 120 dias é a legislação previdenciária em vigor. Apesar da revogação do artigo celetista, o artigo 71-A da Lei 8.213 de 1991 prevê que o salário maternidade da mãe adotante será devido na seguinte proporção: (a) no caso de adoção ou guarda judicial de criança até um ano de idade, o período de licença será de 120 dias; (b) no caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de um ano até quatro anos de idade, o período de licença será de 60 dias e (c) no caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de quatro anos até oito anos de idade, o período de licença será de 30 dias.

Ressalte-se que benefício previdenciário é o salário maternidade, não a licença. Desse modo, como se pode cogitar a empresa conceder o afastamento de 120 dias, se o INSS não pagará o benefício pelo referido prazo? Quem suportará (financeiramente) o tempo restante de afastamento? Portanto, reafirma-se: embora o dispositivo celetista que tratava do tempo de licença maternidade da adotante tenha sido revogado, a legislação previdenciária em vigor está inalterada e o afastamento ocorrerá conforme a idade da criança adotada.

A segunda razão é o fato de tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei 367 de 2009 que dá nova redação ao artigo 71-A, conferindo às mães adotantes o mesmo período de licença da mãe biológica, 120 dias:

Dê-se ao art. 71-A da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, modificado pelo art. 1º do PLS nº 367, de 2009, a seguinte redação:

“Art. 1º

‘Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido o salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

.....’ (NR)”

Portanto, o fato de a Lei 12.010 de 2009 ter revogado os parágrafos 1º ao 3º do artigo 392-A da CLT, que tratavam da graduação do período da licença maternidade para mãe adotante, não lhe concedeu o direito ao afastamento de 120 dias, pois a lei previdenciária continua a regular a matéria. Se há projeto de lei para igualar o período de gozo do benefício, é porque hoje ele é diferenciado.

E, no que tange ao Programa Empresa Cidadã, previsto na Lei 11.770 de 2008, o Decreto 7.052 de 2009 prevê em seu artigo 2º a possibilidade de prorrogação da licença da mãe adotante, nos seguintes moldes:

- por 60 dias, quando se tratar de criança de até um ano de idade;
- por 30 dias, quando se tratar de criança a partir de um ano até quatro anos de idade completos; e

– por 15 dias, quando se tratar de criança a partir de quatro anos até completar oito anos de idade.

Conclui-se, portanto, que não há se falar que, independentemente da idade da criança adotada, a licença da mãe adotante será de 120 dias, pois, embora tenha ocorrido a revogação do dispositivo celetista, continua em vigor a regra previdenciária que autoriza e limita a concessão do benefício previdenciário.

Date Created

07/06/2011