

## **Artigo** **Licença Maternidade dos Adotantes**

\*Claudia Brum Mothé – Advogada e Consultora especializada em Direito e Processo do Trabalho, graduada pela PUC Rio e com Mestrado em Direito pela Estácio de Sá. Conselheira e Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da OAB Barra da Tijuca/RJ. Professora de Direito do TRABALHO. claudiabrummothe@gmail.com

### **INTRODUÇÃO E ASPECTOS HISTÓRICOS DA LICENÇA MATERNIDADE DOS ADOTANTES**

Atualmente, a adoção é uma modalidade de filiação protegida pela Constituição Federal Brasileira de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo Código Civil e pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Entretanto, nem sempre foi assim.

Foi somente em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que os filhos adotivos foram iguados aos filhos biológicos, inclusive no que tange ao aspecto sucessório, não se permitindo fazer qualquer diferenciação entre os filhos adotivos ou naturais.

Em seguida, a Lei 10.421/90 tratou do direito de afastamento das mães adotantes para gozo de licença-maternidade.

De acordo com essa Lei, para as mães adotivas, havia uma progressão do período de licença, em função da idade da criança adotada:

-para crianças adotadas com idade até 1 ano, o período de licença e salário maternidade era de 120 dias;

-se as crianças contassem com idade entre 1 a 4 anos, a licença e o salário maternidade eram de 60 dias;

-se as crianças tivessem de 4 a 8 anos de idade, a licença e o salário maternidade eram de 30 dias;

-a adoção de crianças com idade superior a 8 anos, não trazia o direito à licença e nem ao salário maternidade.

Posteriormente, com o propósito de extinguir as diferenças de tratamento entre os filhos biológicos e os adotivos, a Lei 12.873/13 alterou os artigos 392 e seguintes da CLT, nos seguintes termos:

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

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. (...)”

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

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.”

Vale mencionar, ainda, o disposto na Lei nº 11.770/2008, que criou o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante a concessão de incentivo fiscal:

“Art. 1º. É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

1º. A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

2º. A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.”

#### LICENÇA PATERNIDADE

Atualmente, o pai tem se mostrado mais presente no âmbito familiar, não apenas quanto ao apoio econômico, como se limitava há algumas décadas atrás, mas participando mais intensamente da vida de seus filhos, criando, educando, estreitando os laços afetivos.

Assim, para assegurar uma presença paterna mais efetiva, principalmente nos primeiros dias de vida de seu filho, nossa Constituição Federal garantiu a licença paternidade.

O inciso XIX do art. 7º da CF dispõe sobre a licença paternidade, “nos termos fixados em lei”.

Todavia, enquanto essa referida lei não é criada, vale o disposto no §1º do art. 10 da ADCT, que concede o prazo de 5 dias. Porém, o dispositivo constitucional não faz nenhuma referência expressa a pais adotivos, se teriam direito ou não ao gozo da licença paternidade, sem prejuízo de seu salário.

Como já dissemos, não há nenhuma disposição expressa que garanta a licença paternidade a pais adotivos regidos pela CLT, seja na Constituição Federal ou nas leis, o que para muitos não seria necessário, pois a própria constituição garante que não haja nenhum tipo de distinção entre filhos adotivos e biológicos (art. 227 §6º da CF), não devendo, portanto, haver distinção entre pais biológicos e adotivos.

## ASPECTOS PREVIDENCIÁRIOS DA LICENÇA MATERNIDADE DOS ADOTANTES

Vejamos, agora, as disposições sobre o tema, existentes na legislação previdenciária atual:

“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.

1º. O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

2º. ...não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.

Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.

1º. O pagamento do benefício de que trata o caput deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário.

2º. O benefício de que trata o caput será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado sobre:

I - a remuneração integral, para o empregado (...);

3º. Aplica-se o disposto neste artigo ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Como se vê, consoante o disposto na legislação previdenciária brasileira, o salário maternidade é devido ao adotante segurado, independente do gênero.

No caso se casal adotante homoafetivo, todavia, apenas um dos adotantes poderá usufruir do benefício, à escolha do casal.

## LICENÇA MATERNIDADE DO ADOTANTE NO SERVIÇO PÚBLICO

No que diz respeito à licença maternidade ao (à) adotante servidor (a) público (a), destacando a importância que o afastamento da mãe, ou pai, adotiva (o) tem para o adotado, alguns Estados e Municípios trazem, em sua Lei Orgânica, dispositivo a não deixar dúvida do afastamento da mãe. No caso do Estado do RJ, temos:

“LEI Nº 3693, DE 26 DE OUTUBRO DE 2001 - CONCEDE LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS QUE ADOTAREM FILHOS:

Art. 1º. servidores públicos estaduais que adotarem filhos.

- O servidor público estadual terá direito à licença maternidade e paternidade a partir da data da adoção.

– O prazo concedido ao servidor público estadual que adota filhos será de 120 (cento e vinte) dias, no caso de licença maternidade e de 5 (cinco) dias, no caso de licença paternidade.”

No caso do Município do Rio de Janeiro, temos:

“Lei nº 4.840 de 27 de Maio de 2008. AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A CONCEDER LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS QUE ADOTAREM FILHO (S).

Art. 2º O servidor público municipal terá direito à licença maternidade e paternidade a partir da data da adoção.

1º O prazo concedido ao servidor público municipal que adotar filho (s) será de cento e vinte dias, no caso de licença maternidade, e de cinco dias, no caso de licença paternidade.

2º Na hipótese do parágrafo anterior, quando se tratar de adoção de dois ou mais filhos, concomitantemente, o prazo de licença maternidade será acrescido de sessenta dias, e de dois dias, o de licença paternidade.”

No caso do servidor público federal, dispõe a Lei 8112/90:

“Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração. (...)

Art. 208. Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.

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

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

Como se vê, em princípio, a legislação federal prevê um tratamento que seria distinto, e prejudicial, para os adotantes.

Entretanto, ainda no âmbito do serviço público federal, prevê o Decreto 6690/2008:

Art. 2o Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas federais (...).

1o A prorrogação será garantida à servidora pública que requeira o benefício até o final do primeiro mês após o parto e terá duração de sessenta dias.

2o A prorrogação a que se refere o § 1o iniciar-se-á no dia subsequente ao término da vigência da licença prevista no art. 207 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, (...)

Além disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por decisão majoritária, decidiu que a legislação não pode prever prazos diferenciados para concessão de

licença-maternidade para servidoras públicas gestantes e adotantes. Os Ministros deram provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 778889, com repercussão geral reconhecida.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo, o tema relativo à licença maternidade dos adotantes é de suma importância e, em face do mesmo, o que se deve ter em mente é que a principal proteção visa a criança adotada, assim como o é, no caso dos pais e mães de filhos e filhas naturais.

Por essa razão, entendemos que devem os adotantes, independente do gênero, usufruir do direito à licença maternidade em iguais e mesmas condições da mãe e pai biológicos.