

## LICENÇA-MATERNIDADE DA TRABALHADORA ADOTANTE: PROTEÇÃO ISONÔMICA OU MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE?

Márcia Cristina de Freitas Couto<sup>1</sup>

Desde a promulgação da Constituição da República, há vinte anos, o estudo da ciência jurídica, no Brasil, vem passando por inúmeras e salutares transformações, pois, diante de um dos textos constitucionais mais democráticos e pluralistas da história mundial, tem sido necessária toda uma releitura do ordenamento jurídico nacional à luz do que dispõe a Carta Magna.

A revisão de todo o ordenamento jurídico segundo os ditames constitucionais orienta não só o intérprete, mas também o legislador infraconstitucional, a quem cabe a missão de continuar o trabalho do constituinte na busca da preservação de direitos e valores protegidos constitucionalmente.

A tarefa de interpretar o ordenamento jurídico à luz da Constituição é extremamente árdua, porém, não mais que a de legislar no sentido de tornar efetivos os direitos e garantias constitucionais.

Infelizmente, contudo, não raros são os casos em que o legislador, no nobre afã de trabalhar em prol da manutenção e efetivação dos princípios e normas constitucionais, acaba por criar normas que afrontam aquilo que se pretende tornar efetivo.

Abordemos, então, um exemplo de norma legal que, pretendendo atender ao princípio da isonomia, a nosso sentir, acabou indo de encontro não só a esse mesmo princípio constitucional, mas também a outros não menos importantes, como o do melhor interesse da criança e o da dignidade da pessoa humana.

O artigo 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescido a este diploma legal pela lei 10.421/2002, prevê que a trabalhadora que adotar ou obtiver a guarda judicial de uma criança para fins de adoção, terá direito à licença-maternidade, assim como a empregada que tiver um filho biológico.

Pela simples leitura do *caput* do artigo, verifica-se que a manifesta intenção do legislador foi dar igualdade de tratamento não só às trabalhadoras que se tornarem mães de forma natural ou por adoção, mas também – e principalmente – aos filhos destas, pois, conforme o artigo 227, § 6º da CRFB/88, todos os filhos são iguais perante a lei, independentemente de sua origem.

Ocorre, porém, que ao dar continuidade à redação do artigo 392-A, mais precisamente em seus parágrafos primeiro, segundo e terceiro, o legislador andou na contramão do princípio constitucional que pretendia atender, a saber:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do artigo 392, observado o disposto no seu parágrafo quinto. (Artigo 392-A acrescentado pela Lei nº 10.421, de 15.04.2002 - DOU 16.04.2002)

**Parágrafo primeiro - 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.**

**Parágrafo segundo - 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.**

**Parágrafo terceiro - 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.**

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

Verifica-se, então, que a lei impõe redução do período da licença para a adotante em razão inversamente proporcional à idade da criança adotada ou sob guarda para este fim, ou seja, se a adoção for de um bebê de até um ano de idade, mãe e filho terão cento e vinte dias para se adaptar um ao outro; se a criança tiver entre um e quatro anos de idade o prazo é reduzido pela metade; e se o adotado tiver entre quatro e oito anos, ambos terão de se apressar em adaptar-se um ao outro, porque só terão trinta dias de convívio mais intenso já que a mãe precisará voltar ao trabalho.

Ora, *data maxima venia*, errou o legislador! Certo é que os mais singelos estudos sobre adoção indicam que, quanto mais avançada a idade do adotando, mais delicada e difícil a fase de adaptação à nova família. O que é óbvio, já que, quanto menos idade tem a criança, menor sua compreensão da realidade, menor a quantidade de traumas acumulados, menores as suas angústias e seus sofrimentos.

Parece, entretanto, que o legislador analisou a questão apenas no que tange à necessidade maior ou menor de cuidados físicos da mãe em relação ao adotando, olvidando-se dos aspectos afetivos, psicológicos e morais envolvidos.

Nesse sentido, feriu-se não só o princípio da igualdade entre os filhos, mas também o princípio do melhor interesse da criança, que nada mais é que um desdobramento do princípio que resume a base axiológica do nosso ordenamento jurídico, qual seja o da dignidade da pessoa humana.

Cabe salientar, ainda, o advento da lei 11.770/2008, que prevê a possibilidade de o empregador ampliar o prazo da licença de sua empregada em mais 60 dias em troca de benefícios tributários.

A lei 11.770/2008 expressamente dispõe que o empregador também terá essa faculdade caso a empregada adote uma criança ou obtenha sua guarda judicial para fins de adoção. O curioso, entretanto, é que desta vez o legislador não impôs qualquer distinção quanto período ampliado de licença nestes casos.

Importante frisar que o presente estudo visa a despertar uma análise crítica sobre a constitucionalidade do artigo 392-A da CLT, principalmente no que tange aos princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, pois certo é que, conforme já dito, quanto mais avançada a idade da criança adotada, mais delicada sua adaptação à mãe substituta, pelo que, a nosso ver o período de licença-maternidade da mãe adotiva deve ser de cento e vinte dias, independentemente da idade da criança adotada.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em julho de 2001. Advogada inscrita na OAB-RJ sob o número 112.439, com 07 anos de exercício profissional. Pós-Graduada em Direito Civil pela Escola Superior de Advocacia da OAB-RJ e em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho – RJ. Professora de Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho do Centro de Ensino Superior do Amapá – CEAP, desde fevereiro de 2007.