

FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

ALESSANDRA PEREIRA DE OLIVEIRA



LICENÇA-MATERNIDADE

RUBIATABA / GO

2010

FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

ALESSANDRA PEREIRA DE OLIVEIRA



LICENÇA-MATERNIDADE

Monografia apresentada à FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Ms. Roseane Cavalcante de Souza.

5-32715

Tombo nº	17687
Classif.:	34
Ex.:	1
Origem:	id
Data:	01-02-11

RUBIATABA / GO

2010

ALESSANDRA PEREIRA DE OLIVEIRA

LICENÇA-MATERNIDADE

COMISSÃO JULGADORA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

ROSEANE CAVALCANTE DE SOUZA
Mestre em Direito Agrário

VALTECINO EUFRÁSIO LEAL
Especialista em Direito Processual, Direito Constitucional
Mestrando em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento

GERUZA SILVA DE OLIVEIRA
Mestre em Sociologia

RUBIATABA/GOIÁS

2010

DEDICATÓRIA

“Para meus pais, Benedito Rodrigues de Oliveira e Ana Pereira de Oliveira. São eles a razão de todo amor e esforço, que se uniram para vencer. Eu amo vocês.”

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado a oportunidade de viver. Aos meus pais por ter me incentivado a estudar, por sempre ter me ajudado para conseguir realizar meus sonhos, por nunca ter me deixado desistir, e pelo amor incondicional por mim. Aos meus irmãos João Rodrigues Pereira e Marcílio Rodrigues Pereira, por sempre ter me apoiado. A professora Roseane, minha orientadora, pelo seu esforço em me ajudar com o que fosse possível, e pela sua capacidade de nos transmitir seu conhecimento imprescindível para realização deste trabalho. Por fim, agradeço a todos aqueles que se dedicaram para que eu tivesse um excelente aprendizado demonstrado neste trabalho, concluindo assim o curso de Direito.

EPÍGRAFE

*“NA luta hás de encontrar o teu
Direito. No suor do teu rosto hás
de comer o teu pão.”*

Rudolf Von Ihering

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO-----	10
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LICENÇA-MATERNIDADE-----	12
1.1 Conceito-----	12
1.2 Origem da Licença-maternidade-----	15
1.3 Evolução da Licença-maternidade no Brasil-----	16
2. LICENÇA-MATERNIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA-----	20
2.1. No Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)-----	21
2.2. No Código Civil de 2002-----	21
2.3. No Estatuto do Servidor Público da União (Lei nº 8.112/90)-----	21
2.4. No Estatuto do Servidor Público Estadual (Lei nº 10.460/88)-----	22
2.5. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988-----	24
2.6. N Constituição do Estado de Goiás-----	24
2.7. No Regulamento da Previdência Social (Lei nº 8.213/91)-----	25
2.8. Na Consolidação das Leis do Trabalho-----	27
2.9. Na Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008-----	28
3. LICENÇA-MATERNIDADE EM RELAÇÃO AOS SEGURADOS-----	32
3.1. Segurado Empregado-----	32
3.2. Empregada Doméstica-----	35
3.3. Trabalhador Avulso-----	36
3.4. Contribuinte Individual-----	37
3.5. Segurado Especial-----	38
3.6. Segurado Facultativo-----	40
3.7. Da Manutenção e da Perda da Qualidade de Segurado-----	41
3.8. Dos Dependentes-----	43
4. LICENÇA-MATERNIDADE POR ADOÇÃO-----	44
4.1. No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8069/90)-----	45
4.2. No Código Civil de 2002-----	48
4.3. No Estatuto do Servidor Público da União (Lei nº 8.112/90)-----	51
4.4. No Estatuto do Servidor Público Estadual (Lei nº 10.460/88)-----	52
4.5. Decreto Lei nº 4.729/2003-----	53

4.6. Licença Adotiva na Lei nº 10.421/2002-----	54
4.7. Licença Adotiva na Lei nº 12.010/2009-----	56
4.8. Licença-paternidade-----	58
4.8.1. Projeto de Lei nº 666/2007-----	59
4.8.2. Licença-paternidade do Pai Solteiro-----	60
4.8.3. Adoção Nucunpativa-----	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS-----	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS-----	66

LISTA DE SIGLAS/TRADUÇÃO

OIT	- Organização Internacional do Trabalho
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
Art.	- Artigo
§	- Parágrafo
§§	- Parágrafos
I,II,III,IV,...	- Inciso
A,b,c,d,...	- Alínea
Caput	- Cabeça do Artigo
SESI	- Serviço Social de Indústria
SESC	- Serviço Social do Comércio
LBA	- Fundação Legião Brasileira de Assistência
In verbis	- Nestes Termos
CRFB	- Constituição da República Federativa do Brasil
ADCT	- Ato das Disposições Transitórias
INSS	- Instituto Nacional do Seguro Social
RGPS	- Regime Geral da Previdência Social
ECA	-Estatuto da Criança e do Adolescente
CAS	- Comissão de Assuntos Sociais
FUNAI	- Fundação Nacional do Índio
CC	- Código Civil
PL	- Projeto de Lei
C/C	- Combinado com

INTRODUÇÃO

O que propomos neste trabalho é uma questão de extrema relevância nos dias atuais, e tem como objeto de estudo a Licença-maternidade, de modo geral. Os objetivos específicos deste estudo são: verificar e apresentar, tanto as desigualdades como as dificuldades, existentes no instituto da licença-maternidade; além de propor temas a serem discutidos, nesta e em outras oportunidades.

O problema que se deseja solucionar, ao final do trabalho, terá as seguintes hipóteses:

- Nos dias atuais, ainda há desigualdades entre os segurados, no instituto da Licença-maternidade? E se existem, quais são?
- A respeito da Adoção, quais são as dificuldades a serem superadas?

O tema Licença-maternidade vem sendo bastante discutido, razão pela qual se leva a realização deste trabalho. A Licença-maternidade vem a ser uma proteção da gestante, garantindo seu emprego e seu salário. Seria injusto negar-lhe tempo, para trazer ao mundo, mais um homem de amanhã, enquanto esforça em seu trabalho, contribuindo para o desenvolvimento do processo econômico, na esfera mundial. Embora, a Licença-maternidade seja oriunda de um passado revolucionário, e hoje se trata de uma prerrogativa constitucional, ainda necessita de igualdade na legislação brasileira.

Caracteriza-se um trabalho científico, onde a pesquisa se desenvolverá pelo método bibliográfico, procurando explicar um problema a partir de referências teóricas, como por exemplo, através de Doutrinas, Leis, Artigos, entre outras. Dessa forma, iremos investigar como vem sendo tratada a licença-maternidade no Brasil, segundo as leis que a regem, e as correntes que a cercam.

No primeiro capítulo, iremos falar sobre os conceitos de maternidade biológica e maternidade por ficção jurídica, e depois colocaremos em tese o conceito de licença-maternidade. Posteriormente, discorreremos sobre a origem da licença-maternidade,

bem como no âmbito internacional, e por fim, sua evolução no sistema legislativo brasileiro.

No segundo capítulo, iremos focar a licença-maternidade na legislação brasileira, inclusive a Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008, fato de extrema importância que ocorreu na legislação brasileira.

No terceiro capítulo, iremos abordar a licença-maternidade face da nova lei que amplia de 120 (cento e vinte) dias para 180 (cento e oitenta) dias. Iremos em seguida, discorrer sobre a licença-maternidade em relação aos segurados, juntamente com o salário-maternidade e com o período de carência. Posteriormente, falaremos sobre a manutenção e a perda da qualidade de segurado, e por fim, sobre os dependentes.

No quarto capítulo, discute-se a licença-maternidade por Adoção, bem como a licença-paternidade dentro do ordenamento jurídico, buscando melhor entender esse processo, que cada vez mais tem sido alvo de incessantes discussões nos Tribunais de nosso País. Abordaremos também, a dificuldade da Adoção por pai solteiro, no mundo jurídico e social.

1. Evolução Histórica da Licença-maternidade

Neste capítulo, iremos falar primeiramente os conceitos de maternidade biológica e maternidade por ficção jurídica, e depois colocaremos em tese o conceito de licença-maternidade, e seus fundamentos. Em segundo lugar, discorreremos em um breve comentário, a origem da licença-maternidade, bem como no âmbito internacional, e por fim sua evolução no sistema legislativo brasileiro.

1.1 – Conceito

A maternidade sempre se vinculou à concepção do nascituro. O nascituro adquire personalidade civil quando nascido com vida, resguardados seus direitos desde a concepção.

Neste sentido, o conceito de maternidade biológica apresentava entendimento pacífico. Contudo, o advento da evolução científica desafia o sistema normativo brasileiro vigente, pois não há entendimento preciso acerca da concepção extra uterina, ou seja, a respeito de algumas técnicas médicas – tais como fertilização “*in vitro*”¹, ovodoação (doação de óvulos) e maternidade substitutiva ou reprodução assistida, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”. Isso significa dizer que a maternidade e a paternidade, ou ambas podem ser biologicamente diversas daquelas que civilmente se reconhece.

As presunções de concepção na constância do casamento, presentes no artigo 1.597, destacando-se os incisos III ao V do atual Código Civil (CC, Lei nº 10.406/02), refletem uma tentativa de se buscar objetivamente alguma solução. Entretanto, os bancos de embriões são ainda incógnitas jurídicas.

¹ *in vitro*: no vidro (GOOGLE TRADUTOR. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/vitro>> Acesso em: 17/01/2011).

Não poderíamos deixar de citar que tramita atualmente no Congresso Nacional projeto de lei (PL 54/2002) que fixa normas para utilização de técnicas de reprodução assistida, dentre elas a maternidade substituta, sem menção à licença-maternidade, objeto deste estudo, tanto para a gestante, como para a mãe civil. Deste modo, não havendo qualquer alteração no projeto de lei com referência à matéria, haverá novas discussões.

Assim, objetivando melhor entendimento do instituto ora analisado, consideraremos a gestação como parâmetro ideal para definição de maternidade biológica, independente do momento ou da técnica que resultou na concepção do nascituro.

A maternidade por ficção jurídica dá-se pela adoção, instituto esse que, no Brasil, está vinculado, historicamente, ao abandono de crianças e à prática de dá-las a terceiros sob alegação de falta de condições para criá-las.

O instituto da adoção é reconhecido na Constituição da República Federativa do Brasil, que veda quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, sendo assistida pelo Poder Público, no estabelecimento de casos e condições na efetivação desta por parte de estrangeiros.

Com isso, após ter discorrido sobre os conceitos de maternidade biológica e por ficção, podemos conceituar, segundo Ferreira (1999, p.1.210), a licença-maternidade como “licença de 04 (quatro) meses, concedida à mulher a partir do nono mês de gravidez”, ou seja, período em que a gestante se afasta para dar a luz. Por todo esse período, a segurada, faz jus ao salário-maternidade, que será pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O fato que dá origem a licença-maternidade é o parto, ou a iminência deste, bem como a adoção, ou a guarda judicial para fins de adoção, desde que protagonizados por segurada (gênero feminino).

Para efeito de concessão, considera-se parto o evento ocorrido a partir da 23ª semana (6º mês) de gestação, inclusive no caso de natimorto, e aborto não criminoso. Já

no caso de adoção, é devido a partir da data do deferimento da medida liminar nos autos de adoção, ou da data da lavratura da Certidão de Nascimento do adotado. No que se refere ao tempo de duração da licença-maternidade, é de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, podendo este período ser prorrogado por 60 (sessenta) dias.

A legislação pátria dedicou à mulher normas especiais de proteção ao trabalho, e como direito social encontra a licença-maternidade, embora sejam encontradas as mais diversas denominações em nosso sistema jurídico, tais como licença-gestante, licença-maternidade e salário-maternidade, ressaltando que salário-maternidade refere-se ao benefício pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social, enquanto licença-gestante e licença-maternidade se referem ao período de afastamento da segurada.

A licença-maternidade, em si, é um instituto tipicamente trabalhista, tal como se nota pelo disposto no art. 7º, inciso XVIII, da CRFB/1988 (pois "emprego" e "salário" denotam a existência de contrato de trabalho) e artigos 392 e 392-A, da CLT (que expressamente tratam de "empregada").

Diversamente, o salário-maternidade é um benefício pago pela Previdência Social, e não se trata de prestação de assistência social, mas de prestação previdenciária incluída no artigo 201, inciso XVIII, do artigo 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil. A Lei nº 8.213/91, em seu artigo 72, estabelece que o salário-maternidade é uma renda igual à remuneração integral da segurada. 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).

1.2 – Origem da Licença-maternidade

Segundo Josué (JOSUÉ. Disponível em: <http://josequintino66.wordpress.com/2008/04/07/historia-de-coragem-a-origem-da-licenca-por-maternidade/>> Acesso em: 16/10/2010) consta a história de uma professora de Nova Iorque, chamada Bridget Peixotto, integrante da comunidade de judeus nova-iorquinos, de ascendência portuguesa. Ela trabalhava a 18 (dezoito) anos na Escola Pública, e foi demitida em 22 de abril de 1913, por estar grávida, alegando justa causa com base em “negligência do dever com o propósito de dar à luz”. Numa atitude rara para a época, a professora não aceitou a decisão dos seus superiores, e levou o caso para o tribunal, alegando a imoralidade de permitir que as mulheres casadas ensinassem, e ao mesmo tempo proibiam-as de cumprir sua função fundamental de ser mãe.

Em primeira instância, o Conselho Educativo manteve a decisão, votando 27 (vinte e sete) contra 05 (cinco) em favor da demissão de Bridget Peixotto. É então que ela avança para os tribunais. Por ordem do Supremo Tribunal, em 1914, Bridget Peixotto faz uma exposição ao Comissário Estadual para a Educação, John Huston Finley. Em resposta, Finley dá-lhe razão e escreve: “A Senhora Peixotto foi acusada de negligência do dever, mas não foi declarada culpada de negligência — foi sim declarada culpada de ter dado à luz” (JOSUÉ. Disponível em: <http://josequintino66.wordpress.com/2008/04/07/historia-de-coragem-a-origem-da-licenca-por-maternidade/>> Acesso em: 16/10/2010).

Finalmente, em janeiro de 1915, numa decisão histórica, John Finley dá ordens para que Bridget Peixotto seja reabilitada nas suas funções prévias, com salário pago por completo. O seu caso permitiu que milhões de mulheres pudessem tirar uma licença, para dar à luz. A decisão motivou também alterações no sistema do setor privado, fazendo com que hoje seja perfeitamente normal, que uma mulher possa manter o emprego quando fica grávida (JOSUÉ. Disponível em: <http://josequintino66.wordpress.com/2008/04/07/historia-de-coragem-a-origem-da-licenca-por-maternidade/>> Acesso em: 16/10/2010).

Quando fundou a Organização Internacional do Trabalho, foi recomendado que seus países-membros reconhecessem a licença-maternidade. Com efeito, a maioria dos países possui dispositivos que visam proteger as mulheres, durante o período de gravidez e após o parto. A lei americana, por exemplo, a licença-maternidade chega a 12 (doze) semanas, e a trabalhadora não tem direito à remuneração, pelo período não trabalhado. Já a lei brasileira, está em sintonia com a maioria dos países desenvolvidos, onde a legislação específica costuma reger a matéria (ANSILIERO. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_090213-144507-483.pdf> Acesso em: 16/09/2010).

Em 2005, foi feito um relatório (*The World's Women: Trends and Statistics*²), onde foram pesquisados 202 (duzentos e dois) países, destes apenas 37 (trinta e sete) não forneceram informações sobre reconhecimento ao direito à licença-maternidade. Dentre os 165 (cento e sessenta e cinco) restantes, todos reconhecem este direito, embora haja diferenças quanto o financiamento do benefício. Em 44 (quarenta e quatro) países os custos são cobertos integralmente pelo empregador. Em 25 (vinte e cinco) os custos são partilhados entre o empregador e a seguridade social. Em 91 (noventa e um) países os custos são cobertos pela seguridade social ou diretamente pelo Estado. E em 05 (cinco) países não há informações de custeio. Destes 165 (cento e sessenta e cinco) países 141 (cento e quarenta e um) concedem ao menos 12 (doze) semanas de afastamento (ANSILIERO. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_090213-144507-483.pdf> Acesso em: 16/09/2010).

1.3 – Evolução da Licença-maternidade no Brasil

No Brasil, o direito da licença-maternidade iniciou-se com o Decreto nº 21.417-A, de 17/05/1932, que dava direito a um auxílio correspondente à metade do seu salário, de acordo com a média dos 06 (seis) últimos meses, que seria pagos pelas Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e, na falta pelo empregador.

² The World's Women: Trends and Statistics: As Mulheres do Mundo: Tendências e Estatísticas (GOOGLE TRADUTOR. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/>> Acesso em: 17/01/2011)

Determinava a Constituição de 1937, assistências médica e higiênica à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto (art. 137, I).

Com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a licença-maternidade foi introduzida com a aprovação do Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943, onde em seus artigos 392, 393 e 395 estabeleceram respectivamente, que a licença-maternidade era de 04 (quatro) semanas antes e 08 (oito) semanas depois do parto, e que nesse período a mulher tinha direito ao salário integral; e em caso de aborto não criminoso a mulher tinha direito a um repouso remunerado de 02 (duas) semanas assegurando o direito de retornar à função que ocupava antes (ANSILIERO. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_090213-144507-483.pdf> Acesso em: 16/09/2010).

O Brasil ratificou a Convenção nº 103, da OIT, promulgada pelo Decreto nº 58.820, de 14/06/1966, o qual dispõe que, em caso algum o empregador deverá ficar responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega, e que as prestações devidas à empregada gestante devem ficar a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público, sendo que a lei não pode impor esse ônus ao empregador, inclusive com o objetivo de evitar a discriminação do trabalho da mulher.

Por seu turno, disciplinava a Constituição de 1967, o descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 158, XI). O inciso XVI, do art. 157, atribuía à Previdência Social o encargo de proteção da maternidade.

A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, também tratou do descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 165, XI). A Previdência Social deveria proteger a maternidade (art. 157, XVI).

Com a Lei nº 6.136, de 07/11/1974, o salário-maternidade passou a ser tratado pela legislação brasileira como uma prestação previdenciária. Esta lei foi modificada pela Lei nº 6.332, de 18/05/1976, o ônus passou a ser da Previdência Social, a qual

reembolsava ao empregador, as quantias pagas por desconto ou compensação nas guias de recolhimento.

Com a Constituição de República Federativa do Brasil, de 1988, a licença-maternidade foi introduzida como direito social, e passou a ter duração de 120 (cento e vinte) dias, nos termos do artigo 7º, para a segurada empregada urbana e rural, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. Não obstante o estatuído no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como no art. 393 da CLT, asseguram à mulher o direito ao salário integral e quando variável calculada de acordo com a média dos 06 (seis) últimos meses de salário.

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, veio estabelecer o salário-maternidade por 120 (cento e vinte) dias, com início 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a ocorrência deste, independentemente do número de contribuição, no valor da remuneração integral, no caso da segurada empregada e trabalhadora avulsa. E correspondente ao seu último salário-de-contribuição, no caso da empregada doméstica. No caso da empregada, o benefício era pago pela empresa, que efetivava a compensação quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salários e, nos demais casos, pela Previdência Social.

A Lei nº 8.861, de 25 de março de 1994, estendeu o direito ao salário-maternidade no valor de 01 (um) salário mínimo para a segurada especial, desde que esta comprovasse o exercício de atividade rural. Tal exercício poderia ter ocorrido de forma descontínua, mas à segurada caberia a comprovação de ao menos 10 (dez) meses de trabalho rural nos doze meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.

Com a edição da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, o salário-maternidade passou a ser devido, também, às seguradas contribuinte individual e facultativa, com carência de dez contribuições mensais. O valor do benefício, nestes casos, corresponderia a um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, não podendo ser inferior ao valor de 01 (um) salário mínimo. A referida Lei estabeleceu que o pagamento do salário-maternidade de todas as seguradas, inclusive da empregada, fosse efetuado pela Previdência Social.

Em 2002, houve outro movimento de expansão do público beneficiário. A Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002, estendeu o salário-maternidade para a segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. O benefício seria garantido pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tivesse até 01 (um) ano de idade; de 60 (sessenta) dias, se a criança tivesse entre 01 (um) e 04 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tivesse de 04 (quatro) a 08 (oito) anos de idade.

A Lei nº 10.710, de 05 de agosto de 2003, retornou a obrigatoriedade de a empresa pagar o salário-maternidade da empregada a seu serviço, compensando o valor quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salários, mantendo o pagamento do benefício, no caso de adoção ou de guarda judicial para fins de adoção, pela Previdência Social. Também determinou que se observasse, em relação a esse benefício, o disposto no art. 248, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, limitando o salário-maternidade.

Atualmente, a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, pode ser prorrogada por mais 60 (sessenta) dias, mediante incentivo fiscal, para a segurada empregada e também aquela que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, segundo a Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008. Para a prorrogação é necessário, que a empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa Empresa Cidadã, faça requerimento até 30 (trinta) dias após o parto. Durante esse período, a empregada receberá o salário igual a sua remuneração integral, e será pago pelo empregador, que fará a dedução do imposto devido. Contudo, o salário-maternidade ainda será pago pelo Regime Geral da Previdência Social.

2. Licença-maternidade na Legislação Brasileira

Neste capítulo, iremos focar a licença-maternidade na legislação brasileira, inclusive a Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008, que amplia tal licença de 120 (cento e vinte) para 180 (cento e oitenta) dias, fato de extrema importância que ocorreu na legislação brasileira, notando um avanço que há muito tempo vem sendo almejado, pelas mulheres na história da conquista de seus direitos.

O direito à licença-maternidade representa uma evolução no trabalho feminino. Nele está o esforço do legislador, em amparar a mulher na sua dignidade, e não por considerá-la inferior ao homem, mas por ter em conta suas diferenças biológicas. Assim, o legislador dedicou esforço também, para amparar a mulher contra a discriminação no seu livre exercício profissional, pois assegura o emprego e salário, na interrupção de sua prestação laboral durante a gestação.

Como direito social previsto constitucionalmente, possui característica imperativa e inviolável, uma vez que é revestida do princípio da irrenunciabilidade, ou seja, é vedada renúncia ou transação. As restrições em regulamento de qualquer natureza, sejam em contratos coletivos ou individuais do trabalho, estão expressamente proibidas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Esta proteção encontra esteio em três importantes fatores: 1) a fragilidade da mulher; b) sua vocação à maternidade e; c) sua necessidade de contribuir com o orçamento doméstico.

2.1 – No Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, embora não discorra sobre licença-maternidade, traz em seu artigo 8º, a garantia do atendimento pré e pós-natal à gestante, através do Sistema Único de Saúde, podendo ser encaminhada a diferentes níveis de atendimento, segundo os critérios médicos específicos, e o direito de parto acompanhado com o médico que acompanhou o pré-natal (§1º e §2º, do caput, do artigo 8º).

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz a obrigatoriedade do poder público, de fornecer apoio alimentar à gestante que dele necessite, e proporcionar assistência psicológica no período pré e pós-natal, como forma de prevenir as conseqüências do estado puerperal, e para as mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção. (§3º, §4º e §5º, do caput, do artigo 8º).

2.2 – No Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 fornece informação alguma sobre licença-maternidade, mas trata o tema exclusivo da Adoção, o qual será visto no item 4.

2.3 – No Estatuto do Servidor Público da União (Lei nº 8.112/90)

Primeiramente, a Lei nº 8.112/90, elenca entre os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor: o auxílio-natalidade, a licença à gestante e à adotante, e a licença-paternidade (art. 185, alínea *a* e *e*).

O auxílio-natalidade vem exposto no artigo 196, e em seus parágrafos 1º e 2º, assegurando o dever do benefício à servidora, por motivo do nascimento de seu filho, e

que o valor seja igual ao menor vencimento do serviço público, incluindo o caso de natimorto. Sendo o parto múltiplo, a quantia deverá ser aumentada em 50% (cinquenta por cento). Salientando que quando a parturiente não for servidora, o benefício será pago cônjuge ou companheiro servidor.

A licença à gestante será concedida à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo do salário, e poderá se iniciar no primeiro dia do 9º (nono) mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica. No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto, e no caso de natimorto, decorridos 30 (trinta) dias, a servidora será submetida a exame médico, e se julgada apta, reassumirá o exercício. No caso de aborto atestado por médico, a servidora terá direito a 30 (trinta) dias de repouso remunerado (art. 207, caput, §1º, §2º, §3º e §4º). A servidora lactante terá direito à uma hora de descanso, para amamentar o próprio filho até idade de 06 (seis) meses, durante a jornada de trabalho, podendo esse tempo ser dividido em dois períodos de meia hora (art. 209, caput).

À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 01 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 01 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias (art. 210, caput e Parágrafo Único).

A licença-paternidade será devida ao servidor, pelo nascimento ou adoção de filhos, pelo período de 05 (cinco) dias consecutivos (art. 208, caput).

2.4 – No Estatuto do Servidor Público Estadual (Lei nº 10.460/88)

Ao funcionário poderá ser concedida licença à gestante (inciso III, do caput, do art. 215), mediante inspeção médica por 04 (quatro) meses, com as vantagens e o vencimento do cargo (art. 228, caput).

Além dos feriados, ou que for considerado ponto facultativo, será considerado como exercício efetivo, o afastamento por motivo de licença, à funcionária gestante por 120 (cento e vinte) dias (artigo 35, caput e inciso XI).

Ao professor será concedida uma gratificação, incidente sobre o respectivo vencimento, desde que em regência de classe, ou seja, o professor que estiver licenciado para repouso à gestante (artigo 199, caput, § 1º, inciso III, alínea *b*).

A licença-maternidade será concedida a partir do oitavo mês de gestação, embora a prescrição médica possa vir a estabelecer, o tempo em que a licença poderá ser iniciada (art. 228, caput e §1º). A licença terá início a partir do dia do parto, no caso de nascimento prematuro (art. 228, § 2º). No caso de natimorto, a funcionária será submetida a exame médico, decorridos 30 (trinta) dias do evento, se julgada apta, reassumirá o exercício (art. 228, § 3º).

A funcionária gestante, que estiver no quinto mês de gestação, e estiver ocupando um cargo, cujas atribuições exijam esforço físico considerável, esta será deslocada para função compatível com o seu estado (art. 229, caput).

A funcionária que adotar ou obtiver a guarda judicial de criança de até 01 (um) ano de idade, será concedida licença remunerada de 60 (sessenta) dias, mediante apresentação de documento oficial, comprobatório da adoção ou da guarda (art. 230, caput).

Em qualquer um dos casos previstos, após o término da licença, a funcionária disporá de 01 (uma) hora por dia para amamentação do filho, até que ele complete 06 (seis) meses de idade (art. 231, caput).

2.5 – Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988

Considerou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 7º, caput e inciso XVIII, como direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais além de outros, o afastamento de 120 (cento e vinte) dias da gestante com a garantia de seu emprego e do salário correspondente. No mesmo artigo 7º, no inciso seguinte XIX, também garante a licença paternidade em termos fixados em lei.

No artigo 201, institui a Previdência Social, e dá a ela competência para atender a proteção à maternidade, especialmente à gestante. No caput, do artigo 203, e inciso I, dispõe sobre a Assistência Social, garantindo assistência a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, estabelecendo como objetivo entre outros a proteção à maternidade.

2.6 – Na Constituição Estadual de Goiás

No caput, do artigo 95, e seus incisos X, XI e XIII, garante os direitos dos servidores públicos e militares do Estado, além de outros está a licença à gestante, com duração de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e da remuneração; licença-paternidade nos termos da Constituição da República; e licença-maternidade e licença-paternidade no caso de adoção de criança, na forma da lei.

No caput do artigo 154, e seus incisos I e II, estabelece que a previdência social do Estado atenderá aos seus segurados mediante contribuição, nos termos definidos em lei, com cobertura dos eventos de maternidade e paternidade, doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes de trabalho, velhice e reclusão; e proteção à maternidade em especial à gestante.

2.7 – No Regulamento da Previdência Social (Lei nº 8.213/91)

No artigo 18, caput, inciso I e alínea g, dispõe que o Regime Geral de Previdência Social compreenderá as prestações devidas, inclusive o salário-maternidade, além de outras prestações devidas em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços.

O período de carência é um número mínimo de contribuições mensais, indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências (art. 24, caput). Em caso de perda da qualidade de segurado, as contribuições só serão computadas para efeito de carência, depois que este estiver com 1/3 (um terço) do número de contribuições, exigidas para o cumprimento da carência (art. 24, Parágrafo Único).

O salário-maternidade para as seguradas como contribuinte individual, segurado especial e segurado facultativo maior de 14 (quatorze) anos, depende de 10 (dez) contribuições mensais como período de carência, para a concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral da Previdência Social (art. 25, caput e inciso III). Em caso de Parto Antecipado, o período de carência será reduzido em número de contribuições equivalentes ao número de meses, em que o parto foi antecipado (art. 25, Parágrafo Único).

O salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica, independe de carência para a concessão do benefício (art. 26, caput e inciso VI).

No caso dos segurados empregados e trabalhadores avulsos, o período de carência será computado a partir da data da filiação ao Regime Geral da Previdência Social. E para os segurados empregados doméstico, contribuinte individual, especial e facultativo, serão computadas as prestações realizadas a contar da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas em atraso (art. 27, caput, incisos I e II).

No caput, do artigo 71, dispõe que o salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início de 28 (vinte e oito) dias antes do parto.

Aquela que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, também é devido o salário-maternidade, porém o período é estabelecido de acordo com a idade da criança: de 01(um) ano de idade - 120 (cento e vinte) dias, de 01 (um) a 04 (quatro) anos de idade - 60 (sessenta) dias, e de 04 (quatro) a 08 (oito) anos de idade - 30 (trinta) dias (art. 71-A, caput), sendo que o salário-maternidade será pago diretamente pela Previdência Social.

A segurada empregada e a trabalhadora avulsa terão o salário-maternidade igual a sua remuneração integral, ficando a cargo da empresa o pagamento do salário-maternidade à segurada empregada, efetivando a compensação, conservando durante 10 (dez) anos os comprovantes dos pagamentos e os atestados correspondentes, para exame e fiscalização da Previdência Social (art. 72, caput, §1º e §2º). Já a trabalhadora avulsa terá o salário-maternidade pago diretamente pela Previdência Social (art. 72, §3º).

O salário-maternidade não pode ser inferior a um salário mínimo, entretanto, a Previdência Social paga diretamente para a empregada doméstica, o valor correspondente ao do seu último salário de contribuição. Para a segurada especial, a Previdência paga o valor correspondente em 1/12 (um doze avos), do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual. E para as demais seguradas, será devido o valor correspondente em 1/12 (um doze avos), da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses (art. 73, caput, incisos I, II e III).

O salário-maternidade por sua vez não poderá ser concedido simultaneamente com o benefício de incapacidade. “Havendo incapacidade concomitante, o benefício concedido em razão desta será suspenso enquanto durar o pagamento do salário-maternidade” (SANTOS, 2010, p. 183).

2.8 – Na Consolidação das Leis do Trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho, traz em seu Capítulo III, que versa sobre a Proteção do Trabalho da Mulher, a Seção V, que dispõe inteiramente sobre a Proteção da Maternidade.

O fato da mulher ter contraído matrimônio ou de encontrar-se grávida, não se torna motivo justo para a rescisão do contrato, por isso, não é permitido normas coletivas ou individuais em contratos de trabalho, que traz mera restrição ao direito da mulher ao emprego por motivo de gravidez ou matrimônio (art. 391, caput e Parágrafo Único).

A CLT assegura o direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. Contudo, observa que a empregada pode se afastar do emprego até 28 (vinte e oito) dia antes do parto, desde que notifique o empregador a data do afastamento do emprego para dar a luz, mediante atestado médico, podendo os períodos de repouso antes e depois do parto ser aumentados de 02 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico (art. 392, caput, § 1º e § 2º). Ainda no artigo 392, está no § 3º, a garantia do direito aos 120 (cento e vinte) dias em caso de parto antecipado. Adiante, segue o § 4º, e seus incisos I e II, garantindo os direitos de transferência de função, quando as condições de saúde exigir, e a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário, para realização de consultas médicas e exames.

No caso da adoção, estendem-se os mesmos direitos alegados no artigo 392, Já que a Lei Nacional de Adoção revoga os §§ 1º ao 3º, do artigo 392-A (Lei nº 12.010/2009, art. 8º). Porém, só será concedida a licença-maternidade, se a empregada apresentar o termo judicial de guarda à adotante ou guardiã (art. 392-A, caput e § 4º).

Durante o período em que a empregada estiver de licença-maternidade, a mulher terá direito ao salário integral e, quando for variável será calculado de acordo com a média dos 06 (seis) últimos meses de trabalho; também lhe é assegurado os direitos e vantagens adquiridos, juntamente com a faculdade de reverter à função que ocupava

anteriormente (art. 393, caput) ou de romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, se este for prejudicial à gestação, mediante atestado médico (art. 394, caput).

Em caso de aborto não criminoso comprovado por atestado médico oficial, o caput, do artigo 395, assegura que a mulher terá direito a um repouso remunerado de 02 (duas) semanas, com o direito de voltar à função que anteriormente ocupava.

Até que o filho complete 06 (seis) meses de idade, a mulher terá direito para amamentar o filho durante a jornada de trabalho em 02 (dois) períodos especiais de meia hora cada um, sendo que este período de 06 (seis) meses pode ser dilatado pela autoridade competente, quando exigir a saúde do filho (art. 396, caput e Parágrafo Único). Dispõe ainda o artigo 400, que os locais de guarda dos filhos durante o período de amamentação, deverão possuir no mínimo um berçário, uma seleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária. Por fim, as mulheres empregadas contarão com escolas maternais e jardins de infância distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, de acordo com a assistência do SESI, do SESC, da LBA e de outras entidades públicas (art. 397, caput).

Desde a confirmação da gravidez, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, até cinco meses após o parto (art. 10, II, *b* da ADCT). Portanto, “não há que se confundir estabilidade provisória e licença-maternidade, uma vez a estabilidade se inicia com a confirmação da gravidez, enquanto a licença-maternidade tem início em razão do parto” (BASILE, 2010, p. 57).

2.9 - Na Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008

A licença-maternidade pelo período de 180 dias, antes da lei ser sancionada, já vinha sendo aplicada às servidoras públicas em alguns Municípios e Estados, os quais estabeleciam tal período, através da aprovação de leis estaduais ou municipais. Contudo, este benefício não se estendia aos trabalhadores sob o regime Celetista.

Além da ampliação da licença-maternidade, há cidades e estados que também ampliaram a licença-paternidade, de 05 (cinco) dias (previstos na Constituição da República Federativa do Brasil) para 10 (dez) dias, o que vale também somente para os servidores públicos.

No âmbito Federal, o Projeto de Lei PL nº 2.513/2007, o qual que criava o Programa Empresa Cidadã, foi convertido na Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008, aprovada pelo Presidente da República, a qual prevê incentivo fiscal para as empresas do setor privado, que aderirem à prorrogação da licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias para 180 (cento e oitenta) dias.

Essa lei trouxe um avanço significativo, na história dos direitos conquistados pela mulher, principalmente no que diz respeito à licença-maternidade. A Lei nº 11.770, em seu artigo 1º, prorroga por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade sem prejuízo do salário e do emprego, e ao mesmo tempo institui o Programa Empresa Cidadã. Assim sendo, a prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, embora a empregada tenha que requerê-la até o final do primeiro mês após o parto. Então, ela será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, prevista no inciso XVIII, do caput, do art. 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º, § 1º). Será também garantida, a prorrogação à empregada que obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança (art. 1º, § 2º).

Já para o empregador que aderir voluntariamente ao Programa, mediante requerimento dirigido à Secretaria da Receita Federal do Brasil, este benefício será estendido automaticamente a todas as empregadas da empresa. Neste caso, não há necessidade da empregada fazer o requerimento.

A empregada terá direito à remuneração integral, durante o período de prorrogação da licença-maternidade, nos mesmos termos devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral Da Previdência Social (art. 3º, caput). Contudo, a lei estabelece que durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada não poderá exercer atividade remunerada, nem a criança

poderá ser mantida em creche ou organização similar, sob pena de perda do direito à prorrogação (art. 4º, caput e Parágrafo Único).

O total da remuneração integral da empregada, pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação da licença-maternidade, será deduzida do imposto devido da pessoa jurídica tributada, com base no lucro real, em cada período de apuração, sendo vedada a dedução como despesa operacional (art. 5º, caput).

A lei foi sancionada em 09.09.08, mas conforme determina a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), o Executivo precisava analisar o impacto fiscal da renúncia dos impostos, que deixariam de ser recolhidos por parte das empresas, e regulamentar através de Decreto.

A regulamentação da Lei nº 11.770/2008, ocorreu no final de dezembro de 2009, por meio do Decreto nº 7.052, de 23 de dezembro de 2009, produzindo efeitos a partir do dia 1º de janeiro de 2010. O Decreto prevê ainda, que a empregada que esteja em gozo de salário-maternidade na data de sua publicação, poderá solicitar a prorrogação da licença, desde que requeira no prazo de até 30 (trinta) dias.

Pelo Decreto, o empregador que aderir voluntariamente ao Programa, mediante requerimento dirigido à Secretaria da Receita Federal do Brasil, este benefício será estendido automaticamente a todas as empregadas da empresa (Decreto nº 7.152/2009, art. 3º, caput).

O Decreto nº 7.052/2009 ainda estabelece que a prorrogação seja devida, inclusive no caso de parto antecipado (art. 2º, caput, § 3º). E estabelece também uma tabela de acordo com a idade da criança, para a prorrogação da licença-maternidade da empregada de pessoa jurídica, que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, pelos períodos de: 60 (sessenta) dias, para criança de até 01 (um) ano de idade; 30 (trinta) dias, para criança de 01 (um) ano até 04 (quatro) anos completos; e 15 (quinze) dias, para criança de 04 (quatro) anos até 08 (oito) de idade.

O Brasil é o segundo país, onde o benefício de licença-maternidade é o mais longo, perdemos apenas para a Austrália, onde o benefício é de 01 (um) ano, ou seja, 52

(cinquenta e duas) semanas, porém não remunerado. Embora esteja o Brasil, em 2º (segundo) lugar, as mulheres podem se considerar vitoriosas, pois a licença-maternidade, fruto de lutas constante nas diversas escalas de tempo, está expresso na Legislação Brasileira garantindo a sua remuneração integral.

3. Licença-maternidade em Relação aos Segurados

Neste capítulo, iremos abordar a licença-maternidade em questão, em face da nova lei que a amplia de 120 (cento e vinte) dias para 180 (cento e oitenta) dias. Iremos em seguida discorrer a licença-maternidade em relação aos segurados, juntamente com o salário-maternidade e com o período de carência. Posteriormente, falaremos sobre a manutenção e a perda da qualidade de segurado, e por fim, sobre os dependentes.

Segurado é aquele trabalhador que está inscrito e que contribui por um período de tempo com a Previdência Social. Os beneficiários obrigatórios do Regime Geral da Previdência Social classificam-se como segurados e dependentes (caput, do art. 10, da Lei nº 8.213/91).

A Nova Lei nº 11.770/2008, que prorroga a Licença-maternidade de 120 (cento e vinte) para 180 (cento e oitenta) dias, veio para beneficiar a empregada da pessoa jurídica que adotar o Programa Empresa Cidadã, garantindo o mesmo direito à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

3.1 - Segurado Empregado

Segundo a Lei nº 8213/91, em seu artigo 11, inciso I e alínea *a*, conceitua o empregado como a pessoa física, que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob subordinação e mediante remuneração. Já a CLT em seu artigo 3º, acrescenta que, empregado é a pessoa física, que presta pessoalmente a outrem serviços não eventuais, subordinados e assalariados. Com isso, existem alguns requisitos legais para ser classificado como empregado: a) pessoa física – empregado é pessoa física e natural; b) continuidade – empregado é trabalhador não eventual; c) subordinação – empregado é um trabalhador cuja atividade é exercida sob dependência; d) salário – empregado é assalariado, ou seja, alguém que pelo serviço que presta recebe

uma retribuição; e) personalidade – empregado é um trabalhador que presta pessoalmente os serviços.

Os classificados como empregado segundo o artigo 11, inciso I, do RGPS são, *in verbis*:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas;

c) o brasileiro ou o estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior;

d) aquele que presta serviço no Brasil a missão diplomática ou a repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a elas subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não-brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular;

e) o brasileiro civil que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segurado na forma da legislação vigente do país do domicílio;

f) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional;

g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais.

h) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social;

i) o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social;

j) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

A empregada segurada e a empregada que adotar, ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias

sem prejuízo do salário e emprego (art. 7º, XVIII, da CRFB e Caput, do art.392-A, da CLT), podendo ser prorrogados por mais 60 (sessenta) dias à empregada da pessoa jurídica que adotar o Programa Empresa Cidadã, desde que requeira o benefício até o final do primeiro mês após o parto (caput, do art. 1º e do art. 2º, da Lei nº 11.770/2008).

De acordo com o inciso II e alínea *b*, do artigo 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não é permitida a dispensa arbitrária nem a dispensa sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, nem cinco meses após o parto. Assim, diante do descumprimento deste preceito, fica o empregado obrigado a pagar indenização do respectivo período.

O valor do salário-maternidade para a segurada empregada, não está sujeito ao limite máximo do salário de benefício, segundo o caput, do artigo 28, da Lei nº 8213/91, mas deve ser observado o artigo 248, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que limita o valor do benefício ao valor do subsídio mensal, em espécie, segundo o seu artigo 37, inciso XI.

O salário-maternidade da segurada empregada, consistirá numa renda igual a sua remuneração, e cabe a empresa o devido pagamento, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título à pessoa física que lhe preste serviço. Contudo, a empresa deve manter em seus arquivos durante 10 (dez) anos, os comprovantes dos pagamentos e os atestados, para fins de fiscalização da Previdência Social (art. 72, caput, §1º e §2º, da Lei nº 8213/91).

A Presidência da República através do Decreto nº 6.122, de 14 de junho de 2007, preserva o salário-maternidade enquanto existir relação de emprego, sendo observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa. Vem assegurar também que, durante o período de graça a desempregada fará jus ao salário-maternidade, nos casos de demissão durante a gestação, independentemente de ser a pedido da segurada ou por demissão com justa causa. E por fim, dá a garantia de que o salário-maternidade da desempregada seja pago diretamente pela previdência social.

O período de graça, legalmente denominado de período de manutenção da qualidade de segurado, é o período que mesmo a segurada não tendo vertido contribuições à Seguridade Social, por não estar exercendo atividade remunerada, mantém todos os seus direitos perante a Previdência Social.

Outra condição a ser observada, é o chamado período de carência, o qual é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis, para que o beneficiário faça jus ao benefício. Embora, o artigo 26, caput e inciso VI, da Lei nº 8.213, de 1991, expressamente diz que em se tratando de salário-maternidade, a concessão do benefício independe de carência; o artigo 27, caput e inciso I, da referida lei, serão consideradas para cômputo do período de carência, no caso dos segurados empregados, as contribuições a partir da data da filiação ao Regime Geral de Previdência Social.

3.2 – Empregado Doméstico

A Lei nº 8.213/91, em seu artigo 11, inciso II, classifica como empregado doméstico, aquele que presta serviço, no âmbito residencial, a pessoa ou família, de natureza contínua, mediante remuneração, em atividade sem fins lucrativos.

A Lei nº 5.859, de 1972, que regulamentou a profissão de empregado doméstico, dispõe que empregado doméstico é aquele que presta serviço de natureza contínua na residência da família. Exige para que haja a caracterização do vínculo empregatício, a não eventualidade ou a continuidade dos serviços, ou seja, o trabalho em todos os dias da semana, com descanso semanal remunerado, de preferência aos domingos.

A empregada doméstica faz jus à licença-maternidade, a partir de 28 (vinte oito) dias antes e 92 (noventa e dois) dias depois do parto, num total de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do salário e emprego (art. 7º, XVIII, CRFB/88). A legislação não prevê estabilidade para o empregado doméstico, mesmo no caso de gestantes. Portanto, o empregador pode a seu critério, demitir a empregada durante o período de gravidez, ou durante a licença-maternidade. Nesse caso, deve o empregador pagar uma

O período de graça, legalmente denominado de período de manutenção da qualidade de segurado, é o período que mesmo a segurada não tendo vertido contribuições à Seguridade Social, por não estar exercendo atividade remunerada, mantém todos os seus direitos perante a Previdência Social.

Outra condição a ser observada, é o chamado período de carência, o qual é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis, para que o beneficiário faça jus ao benefício. Embora, o artigo 26, caput e inciso VI, da Lei nº 8.213, de 1991, expressamente diz que em se tratando de salário-maternidade, a concessão do benefício independe de carência; o artigo 27, caput e inciso I, da referida lei, serão consideradas para cômputo do período de carência, no caso dos segurados empregados, as contribuições a partir da data da filiação ao Regime Geral de Previdência Social.

3.2 – Empregado Doméstico

A Lei nº 8.213/91, em seu artigo 11, inciso II, classifica como empregado doméstico, aquele que presta serviço, no âmbito residencial, a pessoa ou família, de natureza contínua, mediante remuneração, em atividade sem fins lucrativos.

A Lei nº 5.859, de 1972, que regulamentou a profissão de empregado doméstico, dispõe que empregado doméstico é aquele que presta serviço de natureza contínua na residência da família. Exige para que haja a caracterização do vínculo empregatício, a não eventualidade ou a continuidade dos serviços, ou seja, o trabalho em todos os dias da semana, com descanso semanal remunerado, de preferência aos domingos.

A empregada doméstica faz jus à licença-maternidade, a partir de 28 (vinte oito) dias antes e 92 (noventa e dois) dias depois do parto, num total de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do salário e emprego (art. 7º, XVIII, CRFB/88). A legislação não prevê estabilidade para o empregado doméstico, mesmo no caso de gestantes. Portanto, o empregador pode a seu critério, demitir a empregada durante o período de gravidez, ou durante a licença-maternidade. Nesse caso, deve o empregador pagar uma

indenização, no valor correspondente aos 120 (cento e vinte) dias da licença-maternidade, que seria pago pela Previdência Social, além das demais verbas rescisórias. Este tem sido o entendimento da justiça, uma vez que o benefício só será concedido às empregadas com situação regular de emprego, e no caso de sua demissão o empregador acaba assumindo o ônus.

O salário-maternidade é devido a qualquer tempo de serviço, independentemente de carência, conforme previsto o artigo 26, inciso VI, da Lei nº 8.213, de 1991. De acordo com o artigo 98, do Regulamento da Previdência Social, o salário-maternidade da segurada empregada doméstica será pago diretamente pela Previdência Social, sendo uma renda mensal igual ao seu último salário de contribuição (art. 73, caput e inciso I, da Lei nº 8.213/91).

O período de carência dependerá das contribuições realizadas a contar da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim, as contribuições com atraso referentes a competências anteriores, de acordo com o artigo 27, II, da Lei nº 8.213/91.

3.3 – Trabalhador Avulso



Trabalhador avulso é aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural, sem vínculo empregatício, a diversas empresas, definidos no regulamento (art. 11, VI, Lei nº 8.213/91).

Trabalhador avulso, é aquele que sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, que são contratados por órgão gestor de mão-de-obra, ou pelo sindicato da categoria. Assim, são considerados: o estivador, carregador, amarrador de embarcações, trabalhador na limpeza e conservação de embarcações e vigia. Existem também trabalhadores avulsos que atuam na indústria de extração de sal e no ensacamento de cacau e café.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 7º, inciso XXXIV, igualou os direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Portanto, o benefício é concedido durante 120 (cento e vinte) dias, podendo ser requerido 28 (vinte e oito) dias antes do parto e 92 (noventa e dois) dias após a sua ocorrência. A renda mensal do benefício, corresponde ao valor de sua última remuneração integral, equivalente a um mês de trabalho, não está sujeito ao limite máximo de contribuição, mas está sujeito ao limite imposto pelo artigo 248, da CRFB/1988, que limita o valor do subsídio mensal, em espécie. E o período de carência, é considerado as contribuições a partir da data da filiação ao Regime Geral da Previdência Social. Em caso de parto antecipado, o período de carência será reduzido em número igual aos meses em que o parto foi antecipado (art. 27, Parágrafo Único, Lei nº 8.213/91).

3.4 – Contribuinte Individual

Contribuinte individual, segundo o artigo 11, inciso V, da Lei nº 8.213/91 são, *in verbis*:

a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a 04 (quatro) módulos fiscais; ou, quando em área igual ou inferior a 04 (quatro) módulos fiscais ou atividade pesqueira, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda nas hipóteses dos §§ 9º e 10 deste artigo;

b) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade de extração mineral - garimpo, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos, com ou sem o auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua;

c) o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa;

d) Revogado pela Lei nº 9.876/99;

e) o brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social;

f) o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado e o membro de conselho de administração de sociedade

anônima, o sócio solidário, o sócio de indústria, o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana ou rural, e o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração;

g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;

h) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não.

Os contribuintes individuais são aqueles que, exercem atividades por conta própria ou prestam serviços à empresa, mas não são seus empregados. Em geral, estão ligados à agropecuária, à pesca, extração mineral e prestação de serviços.

O salário-maternidade da contribuinte individual corresponde, à média dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em período não superior a 15 (quinze) meses, ficando sujeito ao limite máximo do salário de contribuição.

Para a segurada contribuinte individual, o artigo 27, inciso III, da Lei nº 8.213/1991, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.876/1999, estabeleceu a carência de 10 (dez) contribuições mensais. Em caso de parto antecipado, esse período de carência será reduzido em número de contribuições, equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado (art. 27, Parágrafo Único). Assim, por exemplo, se o parto ocorreu no 8º (oitavo) mês de gestação, a carência será de 09 (nove) contribuições.

3.5 – Segurado Especial

O segurado especial é aquele que trabalha individualmente ou que produzem junto com suas famílias (cônjuges, companheiro(a) e filhos(as) maiores de 16 (dezesseis) anos), desde que residam na propriedade rural ou até mesmo em aglomerado urbano ou rural, ainda que com auxílio eventual de terceiros, segundo o artigo 11, inciso VII, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;

2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

Não descaracteriza a condição de segurado especial, artigo 11, §8º, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

I – a outorga, por meio de contrato escrito de parceria, meação ou comodato, de até 50% (cinquenta por cento) de imóvel rural cuja área total não seja superior a 04 (quatro) módulos fiscais, desde que outorgante e outorgado continuem a exercer a respectiva atividade, individualmente ou em regime de economia familiar;

II – a exploração da atividade turística da propriedade rural, inclusive com hospedagem, por não mais de 120 (cento e vinte) dias ao ano;

III – a participação em plano de previdência complementar instituído por entidade classista a que seja associado em razão da condição de trabalhador rural ou de produtor rural em regime de economia familiar;

IV – ser beneficiário ou fazer parte de grupo familiar que tem algum componente que seja beneficiário de programa assistencial oficial de governo;

V – a utilização pelo próprio grupo familiar, na exploração da atividade, de processo de beneficiamento ou industrialização artesanal, na forma do § 11 do art. 25 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; e

VI – a associação em cooperativa agropecuária.

Por força do artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não há mais qualquer dúvida de que a licença gestante e o salário-maternidade são direitos da segurada especial.

Para cômputo de carência do salário-maternidade para as seguradas especiais, serão consideradas as 10 (dez) contribuições mensais (art.27, III, da Lei nº 8.213/91). Com o disposto Parágrafo Único, do artigo 39, da Lei nº 8.213/91, fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 01 (um) salário mínimo, desde que a segurada especial comprove sua atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao início do benefício. Em caso de parto antecipado, esse período de carência será reduzido em número de contribuições, equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado (art. 27, Parágrafo Único).

3.6 – Segurado Facultativo

Os segurados facultativos são aqueles maiores de 14 (quatorze) anos, que não exercem atividade profissional, que queiram se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, desde que não se enquadrem em qualquer outra categoria de segurado obrigatório do RGPS.

A segurada facultativa, sua qualidade de segurada fica mantida e assegurada pela Lei nº 8.213, de 1991, em seu artigo 15, inciso VI, em até 06 (seis) meses após a cessação das contribuições. Contudo, o cálculo será feito em razão de 1/12 (um doze avos), da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em m período não superior a 15 (quinze) meses. “Visto que, a segurada facultativa possui maiores incidências de períodos sem contribuições” (SANTOS, 2010, p. 186).

3.7– Da Manutenção e Perda da Qualidade de Segurado

A qualidade de segurado é mantida, independentemente de contribuições, sem limite de prazo para quem já esteja em gozo de benefício. Pelo prazo de até 12 (doze) meses, após a cessação das contribuições, para o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração, sendo que esse prazo é prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pagado mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção. Ainda, esses prazos serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social (at. 15, I, II, §1º e §2º, da Lei nº 8.213/91).

Também é mantido, o segurado acometido de doença de segregação compulsória, até 12 (doze) meses após cessar a segregação, e pelo mesmo prazo após o livramento do segurado retido ou recluso. Até 03 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar, e até 06 (seis) meses após a cessação das contribuições do segurado facultativo (art. 15, caput, III, IV, V e VI, da Lei nº 8.213/91).

A perda da qualidade de segurado, segundo o artigo 15, §4º, da Lei nº 8.213/91 ocorrerá no dia seguinte, ao término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social, para recolhimento da contribuição, referente ao mês posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

Havendo perda da qualidade de segurado, nos termos do Parágrafo Único, do artigo 24, da Lei nº 8.213, de 1991, as contribuições só serão computadas para efeito de carência, depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com no mínimo 1/3 (um terço) do número de contribuições, exigidas para o cumprimento da carência, definida para o benefício a ser requerido.

Em se tratando do segurado especial, existe uma peculiaridade, onde este pode ser excluído da categoria em que se classifica, em 02 (duas) hipóteses.

Na primeira hipótese, o segurado especial é excluído, a partir do primeiro dia do mês em que deixar de satisfazer, a atividade artesanal desenvolvida com matéria-prima, produzida pelo respectivo grupo familiar, conforme o art. 11, inciso VII, da lei nº 8.213/91. Ou, se enquadrar em qualquer outra categoria de segurado. Ou ainda, tornar-se segurado obrigatório, de outro regime previdenciário (art. 11, §10, I, *a, b e c*, da Lei nº 8.213/91).

Já na segunda hipótese, o segurado especial é excluído por excesso, assim a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da ocorrência, quando o grupo familiar a que pertence, exceder o limite de 120 (cento e vinte) pessoas/dias no ano civil, de utilização de empregados, contratados por prazo determinado em épocas de safra. Ou exceder, os 120 (cento e vinte) dias corridos ou intercalados no ano civil, de atividade remunerada, em período de entressafra ou do defeso. Ou ainda exceder, os 120 (cento e vinte dias) ao ano de hospedagem, resultante de exploração da atividade turística da propriedade rural (art. 11, §10, II, *a, b e c*, da Lei nº 8.213/91).

Porventura, existem exceções à regra quanto à perda da qualidade de segurado. Uma delas está no que concerne à concessão de outros benefícios, como as aposentadorias por tempo de contribuição e especial, o que significa que, “se o segurado cumpriu a carência necessária para a obtenção desses benefícios, a perda da qualidade de segurados não pode impedi-lo de usufruir o benefício” (SANTOS, 2010, p. 105).

3.8 – Dos Dependentes

Ainda não existe hipótese legal de cobertura previdenciária, ao dependente e ao segurado simultaneamente, visto que a “relação jurídica entre dependentes e INSS, só se instaura quando a sua relação entre o segurado deixa de existir, como no caso de morte ou recolhimento à prisão” (SANTOS, 2010, p. 107).

Os dependentes beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, são: o cônjuge, a companheira, o companheiro, o filho não emancipado menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; os pais e o irmão não emancipado, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido desde que comprovada a dependência financeira (art. 16, caput, I, II, III e §4º, da Lei nº 8.213/91). A existência de um dos dependentes, de qualquer das classes, exclui do direito às prestações os das classes seguintes. Equipara-se ao filho, o enteado e o menor tutelado, mediante declaração do segurado, e comprovando a dependência econômica (art. 16, §1º e §2º, da Lei nº 8.213/91).

Podemos evidenciar que, o “companheiro homossexual passou a integrar no rol dos dependentes do segurado, desde que comprovada a vida em comum”, por força de uma decisão proferida nos autos, da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, que tramitou pela 3ª Vara Federal Previdenciária, de Porto Alegre-RS (SANTOS, 2010, p. 110 e 111).

O dependente designado deixou de existir, com a Lei nº 9032/95, a qual revogou o inciso IV, do artigo 16, do RGPS. Desse modo, a doutrina evidencia que, o dependente designado que recebe cobertura previdenciária, desde data inferior à Lei nº 9032/95, “existe direito adquirido, porque sua relação jurídica com o INSS, se formou antes da modificação da lei. Enquanto aquele em que, a relação jurídica se formou após a mudança legislativa, não tem possibilidade de direito adquirido” (SANTOS, 2010, p. 107 e 108).

4. Licença-maternidade por Adoção

Neste capítulo, discute-se a licença-maternidade por Adoção, bem como a licença paternidade dentro do ordenamento jurídico, buscando melhor entender esse processo, que cada vez mais tem sido alvo de incessantes discussões nos Tribunais de nosso País. Abordaremos também, a dificuldade da Adoção por pai solteiro, no mundo jurídico e social.

A licença-maternidade por adoção dá-se por ficção jurídica, instituto esse que, no Brasil, está vinculado, historicamente, ao abandono de crianças e à prática de dá-las a terceiros, sob alegação de falta de condições para criá-las.

Não obstante, nossa Lei Maior, fundamento de validade de todo ordenamento jurídico, no capítulo em que trata da Previdência Social, outorga, no inciso II, do art. 201, proteção à maternidade, especialmente à gestante, definindo assim que a maternidade, num sentido amplo, tem proteção do Estado, incluindo-se aí a gestante. Quer dizer, não só a gestante foi protegida pelo legislador constitucional, mas sim o advento da maternidade, como interesse social e familiar. O cuidado que uma mãe dispensa ao filho que ela gerou, é o mesmo cuidado da mãe adotiva para com a criança adotada. Não se pode medir o amor de uma mãe, apenas porque esta efetivamente gerou o filho.

A Adoção está denominada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 28, como sinônimo de Família Substituta, o que vem a ser um ato jurídico solene pelo qual, alguém estabelece um vínculo fictício de filiação, onde o menor adotado passa a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho legítimo dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (CRFB/1988, art. 227, §§ 5º e 6º; ECA, art. 41).

No ordenamento infraconstitucional, encontra-se regulado pelos artigos 39 a 52, do ECA, e artigos 1618 a 1629, do Código Civil.

4.1 – No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069/90).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, como normas mandamentais infraconstitucionais, gozando de Supremacia dentro da lógica da hierarquia legislativa, regula em seus artigos 39 a 52, o instituto da adoção. Com isso, acolheu em seu artigo 1º, o Princípio da Proteção Integral. Esse Princípio surge na órbita jurídica, como consequência da valoração e da defesa da criança e do adolescente. Sendo um ser humano especial, que possui direitos próprios, todas as políticas, legislações, decisões e quaisquer medidas que digam respeito à população infanto-juvenil, devem levar em consideração os seus interesses, na qualidade de pessoas em desenvolvimento.

Encontra-se, também em seu artigo 41, o pilar jurídico para admitir o direito à licença-maternidade à mãe adotiva: “A adoção atribui condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo impedimentos matrimoniais”. O dispositivo indica, portanto, que a igualdade entre filhos adotivos e biológicos está assegurada, sendo assim, se é necessário e indispensável para o filho biológico, gozar da companhia materna em período integral de licença-maternidade, também, é imprescindível, que o adotado possa desfrutar da atenção irrestrita da mãe, já que estão iniciando um relacionamento entre mãe e filho.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção obedece a processo judicial, veda a adoção por procuração (art. 39 e Parágrafo Único) e somente é admitida, se constituir efetivo benefício para o adotando, observando os motivos reais (art. 43). O adotante deverá ser maior de dezoito anos, e pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado, e este por sua vez deverá ter no máximo dezoito anos (art. 40; art. 41, §3º).

Ao adotado atribui-se a condição de filho, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. O adotado adquire todos os direitos inerentes à filiação, inclusive os sucessórios, pois as

relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre os descendentes, e todos os parentes do adotante (art. 41, caput).

Destaca-se que a adoção, depende do consentimento dos pais ou do representante legal (art. 45, caput) do adotando, salvo se: a) órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano; b) desconhecidos, desaparecidos, ou destituídos do poder familiar (art. 45, §1º), sem nomeação de tutor, até os doze anos. Se a criança for maior de doze anos, dependerá ainda de sua vontade (art. 45, §2º), podendo o consentimento ser revogado, até a publicação da sentença constitutiva da adoção.

Poderão pleitear adoção: a) os casados, independente do regime matrimonial; b) os conviventes, assim entendidos aqueles unidos pela união estável; c) os divorciados ou separados judicialmente, desde que acordados a guarda e o regime de visitas, e que o estágio de convivência tenha-se iniciado na constância da sociedade conjugal; e finalmente, d) por estrangeiro, obedecendo-se alguns requisitos específicos estabelecidos em lei. É vedada adoção pelos ascendentes e irmãos do adotando (art. 42, §§ 1º ao 4º). E, enquanto o tutor ou o curador não der conta de sua administração, e saldar o seu alcance, não poderá este, adotar o pupilo ou o curatelado (art. 44, caput).

O estágio de convivência é um período de conhecimento e adaptação do adotado, inserido em novo lar com sua nova família. A duração pode variar, conforme fixação da autoridade judiciária, observadas as peculiaridades de cada caso, podendo inclusive ser dispensado, se menor de 01 (um) ano de idade ou, independente de idade se o mesmo já se encontrar na companhia do adotante, em tempo suficientemente hábil para avaliação da constituição do vínculo. Em caso de adoção por estrangeiro, o estágio de convivência, deve ser cumprido no território nacional, o qual será de no mínimo 15 (quinze) dias para crianças de até 02 (dois) anos de idade, e de no mínimo 30 (trinta) dias quando se tratar de adotando com mais de 02 (dois) anos de idade (art. 46, §1º e §2º).

A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro

de crianças e adolescentes disponíveis à adoção, e outro das pessoas interessadas a adotar. O deferimento da inscrição será emitido após prévia consulta, aos órgãos técnicos do juizado, e depois de ouvido o Ministério Público. Caso o interessado não esteja de acordo com os requisitos legais, ou ainda, se verificada qualquer das hipóteses do art. 29, não será deferida a inscrição (art. 50, §1º e §2º).

Cuidando-se do pedido de adoção, formulado por estrangeiro, residente ou domiciliado fora do País, será observado o disposto no art. 31. O candidato deverá comprovar, se está devidamente habilitado à adoção, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, bem como apresentar estudo psicossocial, elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem. A autoridade judiciária poderá de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, determinar a apresentação de prova, acompanhado do texto pertinente à legislação estrangeira em vigência. Os documentos em língua estrangeira, também serão juntados aos autos, acompanhados da respectiva tradução por tradutor público juramentado, autenticados pela autoridade consular, e observando Tratados e Convenções Internacionais. Por fim, o adotando não poderá sair do território nacional antes de consumir a adoção (art. 51, §1º ao §4º).

A adoção internacional poderá ser condicionada, a estudo prévio e análise da comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação, para instruir o processo competente, visto que é responsável pelo registro dos interessados estrangeiros à adoção (art. 52 e Parágrafo Único).

Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento (art. 42, §5º), pois restando inequívoca a manifestação de vontade, os efeitos retroagirão à data do óbito (art. 47, §6º). Portanto, o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado judicial, o qual será arquivado e determinando assim o cancelamento do registro original do adotado. Na inscrição constará o nome dos adotantes, bem como o nome de seus ascendentes, não podendo constar nenhuma observação sobre a origem do ato, ficando ainda facultado à autoridade judiciária, emitir

a certidão (art. 47, §1º ao §4º).

Ao adotado confere-se, o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor (art. 47, §5º). A adoção possui caráter irrevogável, e falecendo o adotante após trânsito em julgado da sentença, o poder familiar dos pais naturais não se restabelece (art. 48 e 49).

4.2 - No Código Civil de 2002

O Novo Código Civil discute o instituto da Adoção, no Direito de Família, embora não mencione o direito à licença-maternidade. Porém, antes de uma norma que legalizasse esse direito, não se podia cobrar tal direito dos empregadores, além disso, Tribunais negaram provimento aos recursos ajuizados, por mães adotivas que se sentiam dignas de licença-maternidade.

Com base nessa premissa, no Processo nº 590090767, do Relator Desembargador Talai Djalma Selistre, a Segunda Câmara Cível da Bahia deu provimento ao apelo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), considerando não ser possível equiparar a mãe biológica com a mãe civil, por serem situações absolutamente distintas. Alegando ainda que o tratamento isonômico a todos os filhos, previsto na CRFB/1988, não se confunde com o direito das mães, o que significa que não pode ser projetado nos interesses destas (BAHIA. 2001. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/infancia/jurisprudencias/adocao/acordo_adocao.asp> Acesso em: 01/10/2010).

Do mesmo modo decidiu, a Terceira Câmara Cível da Bahia, no Processo nº 595075193, do Relator Desembargador Araken de Assis, afirmando que o benefício previdenciário do art. 7º, XVIII, da CRFB/1988 não se aplica à mãe adotiva, pois beneficia a gestante. Fundamentando-se no princípio da legalidade (art. 37, caput, da CR19FB/88), manteve a inadmissibilidade (BAHIA. 2001. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/infancia/jurisprudencias/adocao/acordo_adocao.asp> Acesso em: 01/10/2010).

Caminhou também no mesmo passo, o Relator Desembargador Tael João Selistre, da Terceira Câmara Cível, também da Bahia, no Processo nº 596227033, indeferindo a ação da servidora pública, ressaltando que o benefício previsto constitucionalmente não se aplica à mãe adotiva, pois a sua finalidade é de beneficiar, apenas, a gestante. E que a igualdade entre os filhos, não se presta para estender o benefício em questão para a mãe adotiva. Portanto, o direito da autora gozar licença-maternidade, para não ser prejudicada com relação ao período em que esteve afastada, não pôde ser acolhida, sob pena de ser violado o princípio da legalidade (BAHIA. 2001. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/infancia/jurisprudencias/adocao/acordo_adocao.asp> Acesso em: 01/10/2010).

Demorou para entender que, por mera interpretação da lei, o direito se estende à mãe adotiva. O que consta na decisão da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, com o voto do Relator Desembargador Federal Tadaaqui Hirose, na Apelação Cível nº 2001.04.01.045700-1/PR, do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em favor da apelada Sandra Maria Hermann Schiavini, no Juízo de Direito da Comarca de Coronel Vivida no Estado do Paraná, em 13 de novembro de 2001 (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16468/licenca-maternidade-a-mae-adoptante>> Acesso em: 01/10/2010).

O Relatório cuida de controversas, de remessa oficial e apelação interposta contra sentença que, julgando procedente o pedido, condenou o INSS a conceder o benefício de salário-maternidade à autora, mãe adotante, pagando o benefício mensal

durante o período previsto em Lei, desde o requerimento administrativo, corrigido monetariamente, desde os respectivos vencimentos, acrescidos de juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, a contar a citação, confirmando a tutela antecipada concedida no início do processo. Determinou ainda, o pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16468/licenca-maternidade-a-mae-adoptante>> Acesso em: 01/10/2010).

No voto, o Relator afirma que tal benefício consiste no pagamento de pecúnia à segurada, para que esta possa, por um período predeterminado, não necessariamente restabelecer-se do parto, mas cuidar e gozar da companhia da criança, num momento tão dependente da mãe. E pelo que se depreende da lei, num sentido amplo, considera que não só a gestante foi protegida pelo legislador, mas sim o advento da maternidade como interesse social e familiar. Salienta ainda que, o cuidado que uma mãe possui com o filho que gera é o mesmo da mãe adotiva para com a criança adotada, por isso não se pode medir o amor de uma mãe apenas porque esta efetivamente gerou o filho (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16468/licenca-maternidade-a-mae-adoptante>> Acesso em: 01/10/2010).

Por outro lado, o Relator entende que o Estado protege a criança, não havendo mais distinção quanto à filiação. Desse modo, toda a interpretação da legislação subordinada à Constituição Federal, deverá ser de forma a tratar com igualdade quem esta igualou, uma vez que é possível a interpretação analógica (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16468/licenca-maternidade-a-mae-adoptante>> Acesso em: 01/10/2010).

Alegou que a intenção da mãe, ao requerer o benefício, foi justamente poder fazer-se presente junto da criança, no momento em que esta mais precisa de cuidado, em virtude da ausência de período gestacional, é nele que irão se constituir e afinar os laços de sentimento entre a mãe adotiva e o adotado. Não se tratando apenas de proteger direitos dos filhos, como pretendia a Autarquia, mas sim a outorga de proteção a toda

família. E, protegendo-se a mãe, está-se resguardando a própria criança (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16468/licenca-maternidade-a-mae-adoptante>> Acesso em: 01/10/2010).

4.3 - No Estatuto do Servidor Público da União (Lei nº 8.112/90)

A Licença-maternidade no Estatuto do Servidor Público da União, vem expressamente garantida na Seção V, que trata Da Licença à Gestante, à Adotante e a Licença-Paternidade, no artigo 210 e Parágrafo Único, *in verbis*:

Art. 210. A servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 01 (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 01 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

Nestas situações, a licença é de 90 (noventa) dias, o que levou o advogado Fernando Capano, a interpor em setembro de 2006 a favor dos servidores públicos, um Agravo de Instrumento perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sustentando que o artigo em tese é inconstitucional, por criar distinção entre mães e filhos biológicos e adotivos. Alegando que segundo a CLT, a mãe biológica tem direito a 120 (cento e vinte) dias de licença-maternidade, e é amparado pela CRFB/1988. Diante da necessidade da mãe, de estar perto da filha mais tempo do que o previsto na lei, o Desembargador Federal Nelson dos Santos, entendeu que o pedido era justo e determinou que, a mãe adotante poderia gozar de um mês a mais de licença-maternidade remunerada, em razão de ter adotado uma criança com idade inferior a um ano, totalizando os 120 (cento e vinte) dias de licença (RIBEIRO, Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/32024.shtml>> Acesso em: 01/10/2010).

4.4 - No Estatuto do Servidor Público Estadual (Lei nº 10.460/88)

Está contida na Seção III, no disposto do artigo 230 e 231, do Estatuto do Servidor Público Estadual, no que tange da Licença à Gestante, *in verbis*:

Art. 230 - Em caso de adoção de recém-nascido, à funcionária serão concedidos 60 (sessenta) dias de licença remunerada.

Art. 231 - Em qualquer dos casos previstos neste capítulo, após o término da licença, a funcionária disporá de 01 (uma) hora por dia, para amamentação do filho, até os 06 (seis) meses de idade.

Apesar de a Lei nº 10.460/1988 (Estatuto dos Servidores do Estado de Goiás), e a Constituição do Estado de Goiás conceder apenas 60 dias de licença-maternidade, para adotante de recém-nascido, os dispositivos da referida Lei contidos em seu artigo 230, ferem outros preceitos constitucionais (arts. 6º, 7º, XVIII, 227, parágrafo 6º, CRFB/1988), além de confrontar-se com o art. 41 da Lei nº 8.069/90 (ECA), que asseguram ao adotante e adotado os mesmos direitos e deveres aos filhos naturais, vedando-se qualquer discriminação.

Com esse entendimento, a Terceira Câmara Cível de Goiás, acompanhando voto do Relator Desembargador Rogério Arédio Ferreira, manteve decisão em duplo grau de jurisdição, em um Mandado de Segurança, do Processo nº 2004023536-46, de Goiânia, favorável à funcionária pública Bartyra do Carmo Cunha, mãe adotiva de cinco crianças, e negou provimento ao recurso de apelação interposta pelo Estado de Goiás. Alegando que Bartyra faça jus ao período de 120 (cento e vinte) dias em cada uma de suas licenças e não apenas 60 (sessenta) dias, já que as crianças adotadas por ela tinham menos de um ano. Como se não bastasse, não se pode distinguir a licença-maternidade concedida a uma mãe biológica, e aquela entregue a uma mãe adotiva (DGJ nº 10408-9/195). (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. 2005. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-jun-23/mae_adotiva_direito_licenca_maternidade> Acesso em: 01/10/2010).

Em 2007, levando em consideração risco de lesão grave ou de difícil reparação, em postergar a concessão dos cuidados a um recém-nascido, o desembargador Alfredo Abinagem concedeu antecipação de tutela à Simone Cristina do Nascimento Sarmento, funcionária do TJ-GO, estabelecendo 120 (cento e vinte) dias de licença por adoção. No entanto, em razão do término do prazo do benefício, o mérito do recurso não chegou a ser apreciado pelo colegiado, que o julgou prejudicado (MOTTA. 2007. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=2700>> Acesso em: 01/10/2010.

Outra evolução social adveio com o Decreto nº 6.122, de 13 de junho de 2008, que estende a licença-maternidade às mulheres que forem demitidas por justa causa, ou decidirem se desligar do emprego por vontade própria. Pelas novas regras, além das trabalhadoras com carteira assinada, as contribuintes individuais também serão beneficiadas. Todas as desempregadas terão direito ao benefício, se o nascimento ou adoção do filho, ocorrer em um período que varia de 12 (doze) a 36 (trinta e seis) meses após a demissão, ou a partir da data da última contribuição individual.

4.5 - Decreto Lei nº 4.729/03

O Decreto Lei nº 4.729/03, altera dispositivos do Regulamento Geral da Previdência Social (Lei nº 8.213/91), e acrescenta o artigo 93-A, estabelecendo parâmetros para adoção ou guarda judicial, esclarecendo que a licença-maternidade será devida a adotante de acordo com a idade da criança. De acordo com essa tabela, se a criança possuir idade de até 01 (um) ano completo, a adotante terá direito a 120 (cento e vinte) dias de licença-maternidade; a partir de 01 (um) ano e até 04 (quatro) anos completos, 60 (sessenta) dias; ou a partir de 04 (quatro) anos até completar 08 (oito) anos, 30 (trinta) dias.

No mesmo artigo, dispõe quanto ao salário-maternidade decorrente de adoção ou

guarda judicial, é devido à segurada, independentemente da mãe biológica ter recebido o mesmo benefício quando do nascimento da criança, e que para a concessão do salário-maternidade, é indispensável que conste da nova certidão de nascimento da criança, ou do termo de guarda, o nome da segurada adotante ou guardiã, bem como, deste último, tratar-se de guarda para fins de adoção. Quando houver adoção ou guarda judicial, para adoção de mais de uma criança, é devido um único salário-maternidade relativo à criança de menor idade, mas no caso de empregos concomitantes, a segurada fará jus ao salário-maternidade relativo a cada emprego. Determina ainda, que o salário-maternidade decorrente de adoção ou guarda judicial, é pago diretamente pela previdência social.

4.6 - Licença Adotiva na Lei nº 10.421/02

Em 1997, com uma decisão do Ministro Relator Valdir Righetto, no Acórdão 2626, de 23 de abril de 1997, na Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, iniciou-se uma aproximação com as necessidades atuais concernentes à proteção do menor abandonado, uma vez que o Direito do Trabalho guarda certa amplitude de proteção social, razão pela qual reconheceu à mãe adotiva, algumas prerrogativas atribuídas à mãe biológica no dispositivo constitucional (CLIPPING SINDICAL. 2005 Disponível em: <<http://www.via6.com/topico.php?tid=3547>> Acesso em: 01/10/2010).

O Ministro Lourenço Prado, Relator do Acórdão 4611, julgado na Primeira Turma, em 04 de junho de 1997, afirmando que a legislação trabalhista fosse omissa acerca do direito à licença-maternidade da mãe adotante, alegou que negar a ela o direito, importaria discriminação ao próprio filho adotivo. Eis que a Carta Magna, ao instituir a licença-maternidade visou resguardar o interesse social, em que a criança, ao alcance de desenvolvimento pleno e satisfatório sob os aspectos físico e psicológico, sendo que para isso, é insubstituível o papel da mãe, especialmente nos primeiros meses, seja o filho natural, ou não (CLIPPING SINDICAL. 2005. Disponível em: <<http://www.via6.com/topico.php?tid=3547>> Acesso em: 01/10/2010).

Porém, antes da vigência da lei, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, rejeitou recurso de uma professora do Município de Americana, do Estado de São Paulo. A professora adotou um menino em 26 de janeiro de 2000, quando a criança tinha duas semanas de vida. A partir do dia 02 de fevereiro, deixou de comparecer ao trabalho, dias que foram descontados de seu salário. Na reclamação trabalhista que ajuizou contra o município, alegou que o recém-nascido necessitava de cuidados, carinho e atenção da mãe, especialmente nos primeiros meses de vida, sendo irrelevante tratar-se de mãe natural ou adotiva, já que é a criança a destinatária dos cuidados maternos (CLIPPING SINDICAL. 2005. Disponível em: <<http://www.via6.com/topico.php?tid=3547>> Acesso em: 01/10/2010).

Com a entrada da Lei nº 10.421, em vigor, a partir de 15 de abril de 2002, estendeu à mãe adotiva o direito à licença-maternidade, juntamente com o salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), acrescentando o artigo 392-A. Não deixou também de sofrer seus efeitos a Lei nº 8.213 (Regulamento Geral da Previdência Social), que acrescentou o artigo 71-A, com os mesmos fundamentos contidos no dispositivo do art. 392-A da CLT.

De acordo com o artigo 392-A, da CLT, a empregada que adotar ou obter guarda judicial, terá direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias sem prejuízo do emprego e do salário, estabelecendo uma proporção entre a idade da criança e o período da licença. A lei assegurou licença de 120 (cento e vinte) dias, à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança de até um ano de idade. No caso de criança de um a quatro anos de idade, a licença é de 60 (sessenta) dias. A adoção de criança a partir de quatro até oito anos de idade dá à empregada o direito a 30 (trinta) dias de licença. Quanto ao salário-maternidade, foi utilizada a mesma proporção para seu pagamento. Salienta ainda, que a licença-maternidade só será concedida, se apresentar o termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

4.7 – Licença Adotiva na Lei nº 12.010/2009

A Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, com apenas sete artigos, introduziu inúmeras alterações no ECA, e revogou dez artigos do Código Civil, no que se refere a adoção, sejam eles os artigos 1.620 a 1.629. E deu ainda, nova redação aos artigos 1.618 e 1.619.

A Lei Nacional da Adoção estabelece prazos para acelerar o processo da adoção, criou um cadastro para facilitar a procura de crianças e adolescentes, para serem adotados por pessoas habilitadas, e estipula um prazo máximo de 02 (dois) anos, para a permanência da criança e do adolescente no abrigo, podendo ser prorrogado em caso de necessidade. E, aquelas crianças ou adolescentes que já estiverem em processo de acolhimento familiar, o prazo de reavaliação foi fixado em 06 (seis) meses. Igualmente, a referida lei dispõe que, “tanto a criança quanto o adolescente, terá direito ao acesso irrestrito ao processo que resultou sua adoção, e garante o direito de conhecer sua origem biológica” (GONÇALVES, 2010).

Quanto às crianças indígenas, a lei também faz referências, quando rejeitada por sua família ficara a cargo da FUNAI, a promoção da colocação da criança em outra família. Para a adoção internacional, está condicionada a inexistência de brasileiros habilitados e interessados, e exige uma convivência mínima de 30 (trinta) dias cumprida no Brasil (GONÇALVES, 2010).

Os requisitos alterados pela Lei nº 12.010/2009, no ECA são: idade mínima de 18 (dezoito) anos para o adotante; diferença de 16 (dezesesseis) anos entre adotante e adotado; consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar, podendo ser dispensado se os pais forem desconhecidos ou destituídos do poder familiar; consentimento do adotado maior de 12 (doze) anos de idade colhido em audiência; processo judicial; e efetivo benefício para o adotado (GONÇALVES, 2010).

Para a adoção conjunta, a exigência é a de que sejam os adotantes, casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. Observa

que, os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência, comprovada a existência de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, e acordados sobre a guarda e o regime de visitas (GONÇALVES, 2010).

A Lei Nacional da Adoção não admite a adoção homoparental, nem autoriza que irmãos adotem conjuntamente. Condiciona a adoção por tutores e curadores à prestação de contas de sua administração, e ao pagamento de eventuais débitos. Ressalta também que, a morte do adotante não restabelece o poder familiar do pai natural, devendo o adotado ser colocado sob tutela (GONÇALVES, 2010).

A nova redação dada ao artigo 1.618, do Código Civil, dispõe que a adoção de crianças e adolescentes, será deferida na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto o artigo 1.619 passa a observar que, a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos, dependerá da efetiva assistência do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se no que couber as regras do ECA. Em suma, o procedimento para adoção será comum para todas as formas de colocação familiar, com atribuição aos juízes de varas de famílias, a concessão da medida aos adotandos que já atingiram a maioridade. E a sentença de adoção, não será averbada em registro público, uma vez que a Lei nº 12.010/2009 revogou o inciso III, do artigo 10, do Código Civil (GONÇALVES, 2010).

A lei nº 12.010/2009, revoga o artigo 392-A, da CLT, e assegura 120 dias de afastamento por licença-maternidade, para a mãe adotiva, independente da idade da criança. Ocorre que, a recente lei de Adoção nº 12.010/09, nada mencionou sobre a revogação ou alteração do artigo 71-A, da lei previdenciária, que regula o salário-maternidade para a mãe adotante, estipulando o prazo do benefício de acordo com a idade da criança adotada, *in verbis*:

Art. 71-A. À 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, se a criança tiver até 01(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 01 (um) e 04 (quatro) anos de idade, e de 30

(trinta) dias, se a criança tiver de 04 (quatro) a 08 (oito) anos de idade. (Incluído pela Lei nº 10.421, de 15/4/2002).

Com efeito, o auxílio-maternidade disposto no art. 392, da CLT, consiste no benefício de ordem laboral assegurado ao trabalhador, enquanto o salário-maternidade, prescrito no Art. 71, da Lei nº 8.213/91, compreende benefício de natureza previdenciária. Assim, a princípio, não há incompatibilidade entre ambos os institutos, se na esfera laboral ele é tratado de uma maneira, e no plano previdenciário de forma diversa.

Por outro lado, a Lei nº 11.770/2008, prevê a prorrogação da licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias, regida nos mesmos moldes vistos no item 2.9.

4.8 – Licença-paternidade

A concessão da licença-paternidade representou uma enorme inovação na Constituição de 1988, já que antes, nenhuma Constituição Brasileira tratava sobre o tema, sendo assim considerado um avanço na ordem jurídica, pois, apesar de guardar forte analogia com o que já havia sido legislado. A licença-paternidade possibilita o trabalhador ausentar-se do serviço, para auxiliar a mãe de seu filho, que não precisa ser necessariamente sua esposa, no período puerperal (período que se segue ao parto). Nesse período, não poderá haver desconto do seu salário, impedindo que sofra qualquer prejuízo econômico, pois se trata de um exercício regular de direito (SILVA. 2007 Disponível em: <<http://guiadobebe.uol.com.br/planej/licencapaternidade.htm>> Acesso em: 14/10/2010).

Nos termos do art. 7º, inciso XIX, da CRFB/88 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), c/c art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o prazo de licença-paternidade é de cinco dias. Haja vista que, para que o direito seja garantido, faz-se necessária a existência de relação de emprego e o fato do nascimento, embora haja de se entender que o empregador se torna devedor da

obrigação com a simples ciência do nascimento.

4.8.1 – Projeto de Lei n 666/2007

No dia 06 de agosto de 2008, foi aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado Federal, em decisão terminativa, o projeto de lei nº 666/07, de autoria da Deputada Patrícia Saboya, que ampliou de cinco para quinze dias consecutivos, o tempo de licença-paternidade, inclusive para pais adotivos, contando-se o primeiro dia, da data de nascimento da criança. Caso o empregado esteja em gozo de férias à licença-paternidade iniciará no primeiro dia após o término das férias (SENADO FEDERAL. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83280> Acesso em: 14/10/2010).

A proposição legislativa destina-se a regulamentar o disposto no inciso XIX, do art. 7º, da CRFB/1988, que dispõe sobre a licença-paternidade, e acrescenta os artigos 473-A, 473-B e 473-C na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Beneficiam-se também com o projeto de lei, os pais que adotarem crianças, caso em que será exigida a apresentação de documento oficial de adoção, independente da idade do adotado. Dispõe ainda que a licença ocorra de forma a não onerar o trabalhador, que não sofrerá nenhum prejuízo em relação ao seu salário ou emprego, além de equiparar ao tratamento de homens e mulheres, assegurando período de estabilidade provisória por 30 (trinta) dias (SENADO FEDERAL. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83280> Acesso em: 14/10/2010).

O referido projeto de Lei já foi aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do senado, o projeto segue para a Câmara dos Deputados. Se for aprovado, será encaminhado para o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que pode aprová-lo, rejeitá-lo ou modificá-lo (SENADO FEDERAL. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83280> Acesso em: 14/10/2010).

4.8.2 – Licença-paternidade do Pai Solteiro

Ao contrário do que se pensava, os homens solteiros sempre puderam adotar uma criança, e muitos homens solteiros ou mesmo separados usando seu instinto paternal, estão buscando realizar o sonho de ter um filho independente do casamento. E, não são apenas os homens homossexuais que procuram a adoção. A restrição é que o adotado deve ser 16 (dezesesseis) anos mais novo que o adotante (IG Cidadania. Disponível em: <http://poupaclique.ig.com.br/materias/155501-156000/155636/155636_1.html> Acesso em 14/10/2010).

A principal dificuldade enfrentada pelo homem na adoção, é que o homem não tem direito à licença-paternidade, o que constitui um grande impeditivo nos processos de adoção. Pois, este tempo é fundamental para a criança se vincular à nova família. Igualmente, é a demora do processo de adoção para um pai solteiro e para os casais, e pode até ser mais rápido se o adotante aceitar crianças com mais de 03 (três) anos, ou mesmo irmãos (IG CIDADANIA. 2003. Disponível em: <http://poupaclique.ig.com.br/materias/155501-156000/155636/155636_1.html> Acesso em 14/10/2010).

Não obstante, o pai solteiro Gilberto Semensato, de 42 (quarenta e dois) anos, assistente social do próprio tribunal, adotou uma menina de 04 (quatro) meses de idade, que teria sido abandonada pelos pais, recebeu no dia 30 (trinta) de junho, uma licença remunerada de 03 (três) meses, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que aprovaram a decisão por 15 (quinze) votos a favor e 04 (quatro) votos contra, em Campinas no Estado de São Paulo. Gilberto estava na lista de espera para adoção, havia 02 (dois) anos. A decisão abre as portas, para qualquer outro homem solteiro fazer uma adoção, e obter os mesmos direitos de uma mãe solteira que também adotou (REDAÇÃO TERRA. 2008. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,OI2981585-EI306,00.html>> Acesso em 15/10/2010).

4.8.3 – Adoção Nuncupativa

Uma novidade há de causar polêmica no mundo jurídico, que se desencadeia na Adoção Nuncupativa Segundo Daher, “adota nuncupativamente, aquele que, no exercício pleno de sua capacidade de decidir, mediante qualquer forma, declara ser pai de uma criança socialmente reconhecida como seu filho”. A palavra Nuncupativo vem do grego *Nuncupare*, que significa proclamar, pronunciar-se solenemente, portanto, declarar, *adotio nuncupata*, quer dizer: adoção solenemente proclamada. Todavia, já tem sido pacificado que na mencionada circunstância se dá um casamento nuncupativo o qual seja a união estável, nada falta para se dar ao caso enfocado uma adoção nuncupativa (DAHER. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2371>> Acesso em 15/10/2010).

Com a entrada em vigor da Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009), dá uma nova redação ao §6º, do artigo 42, do ECA, acabando por estabelecer que: “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de proclamada a sentença”. Esta é a base legal em que se fundamenta a adoção nuncupativa, sendo aquela que se opera após a morte do adotante. Seu pressuposto, é que haja a expressa e inequívoca manifestação de vontade do adotante, no processo de adoção para que, após a sua morte, ainda assim seja constituído o parentesco civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitavelmente a licença-maternidade, constitui um benefício de inegável importância para suas beneficiárias, pois lhes concede uma maior segurança financeira e emocional, em um momento de grande responsabilidade e reconhecido desgaste físico. Pudemos neste trabalho acompanhar a origem, como a evolução da licença-maternidade, até os dias atuais.

A licença-maternidade na legislação brasileira obteve significado avanço, quando da aprovação das leis da licença adotiva (Lei nº 10.421/2002) e da prorrogação (Lei nº 11.770/2008). Sem dúvidas, alvo de dedicação e longos esforços. Embora, ainda não seja o suficiente para chegar ao ideal, ao menos estamos caminhando para chegar a uma meta de justiça igualitária, que seja indiferente nas relações entre as seguradas pertencentes às várias categorias previstas no RGPS.

Destarte, vem a lume a Lei nº 11.770/2008 que prorroga a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) para 180 (cento e oitenta) dias. Na realidade, o alcance dessa lei é restrito, afinal, em matéria de direitos sociais, vivemos um período ainda evolutivo, no qual muito ainda há de ser conquistado pelos trabalhadores no plano legislativo. Portanto é possível surgirem questionamentos a respeito dessa lei que em si traz certo tratamento desigual.

Primeiro aspecto a ser ressaltado: a aludida lei não ampliou o prazo de 120 (cento e vinte) dias referente ao benefício previdenciário da licença maternidade, eis que os dispositivos que a positivam (art. 7º, inciso XVIII, da CRFB/1988 e art. 71, da lei nº 8.213/91) permaneceram intactos. Na realidade, o que a lei criou foi um programa denominado “empresa cidadã”, por meio do qual as empresas que a ele aderirem se tornam obrigadas a prorrogar por 60 (sessenta) dias o prazo da licença-maternidade (120+60). Durante o período prorrogado, quem pagará o benefício não será a previdência pública, mas a própria empresa, que, em contra-partida, terá o direito de deduzir o valor respectivo do imposto de renda (OPUS IURIS. 2008. Disponível em:

<http://franciscofalconi.wordpress.com/2008/09/18/licenca-maternidade-primeiras-impressoos-sobre-a-lei-n%C2%BA-117702008/>> Acesso em 20/09/2010).

Segundo aspecto a ser observado: a propósito, que o mesmo diploma legal acabou por dispor que tal benefício é meramente facultativo, e que o Empregador que prorrogar a licença maternidade para as suas empregadas, pode deduzir o total do valor efetivamente pago sob tal título do imposto de renda calculado com base no lucro real da empresa (OPUS IURIS. 2008. Disponível em: <http://franciscofalconi.wordpress.com/2008/09/18/licenca-maternidade-primeiras-impressoos-sobre-a-lei-n%C2%BA117702008/> > Acesso em 20/09/2010).

Terceiro aspecto relevante: é que a referida lei só beneficia a segurada empregada da pessoa jurídica tributada com base no lucro real, e também na mesma proporção a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. Na prática, a Lei nº 11.770/2008, destina-se às empregadas das grandes empresas, pois o programa parece ser restrito às empresas que seguem a tributação pelo lucro real. Assim sendo, o direito de prorrogação da licença-maternidade não foi previsto também para as empregadas de “pessoa física ou natural”, e mesmo a renúncia fiscal mencionada (art. 5º) não foi estendida às pessoas jurídicas tributadas com base em lucro presumido, e às optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional – Lei Complementar 123/2006, art. 12) (OPUS IURIS. 2008. Disponível em: <http://franciscofalconi.wordpress.com/2008/09/18/licenca-maternidade-primeiras-impressoos-sobre-a-lei-n%C2%BA-117702008/>> Acesso em 20/09/2010).

Por outro lado a Lei nº 10.421/2002, alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e também o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), para garantir o direito à licença-maternidade à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. Porém, a legislação ainda carece de perfeição, porque faz distinção entre as idades das crianças que são adotadas, quando diminui o direito da licença-maternidade à medida que a criança é mais velha. A Lei Nacional de Adoção tentou solucionar esse problema quando revogou o artigo 392-A, da CLT, passando a adotar um período de 120 (cento e vinte) dias independente da idade da criança. Porém ainda manteve o artigo 71-A da lei previdenciária que adota um prazo inferior.

O vínculo familiar que deve ser definido nos primeiros meses, entre a mãe, a nova família e a criança é o mais delicado, até pelo fato da criança ser mais velha. Especialmente nesses casos, a lei diminui a possibilidade da mãe de estar em contato com ela. Outro aspecto importante é que a lei entende que esse direito deve se estender até os 08 (oito) anos, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 2º, considera criança aqueles com idade até os 12 (doze) anos. Portanto, o ideal seria que a legislação estendesse o direito à licença-maternidade para as mães que adotassem, ou obtivessem a guarda de crianças até a idade de 12 (doze) anos (RIBEIRO. 2006. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/32024.shtml>> Acesso em 15/10/2010).

Com a Lei nº 10.421/2002, muitos assuntos vinham causando contradições entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil, em matéria de adoção. Onde no código Civil se permitia que todos os maiores de 18 (dezoito) anos pudessem adotar, enquanto no ECA estabelecia que a idade mínima é de 21 (vinte e um) anos independente do estado civil. Com a entrada em vigor da Lei Nacional da Adoção definiu os requisitos legais para a adoção estabelecendo a idade mínima de 18 (dezoito) anos e mencionando o ECA como norma a deferir o processo de adoção (DIREITO NET. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/x/99/07/9907/>> Acesso em: 15/10/2010).

Nossa legislação prevê a igualdade de direitos entre homens e mulheres. No caso da situação da adoção, o pai adotante deverá receber o mesmo tratamento. São medidas que poderão, no futuro, não só auxiliar a convivência entre pais e filhos, mas principalmente, incentivar as próprias adoções. Portanto, é tempo de refletir melhor sobre o papel do pai na formação da família brasileira, de forma especial no que concerne a sua participação e assistência ao filho recém-nascido ou ao adotado.

A licença-paternidade nos moldes vigentes é de apenas cinco dias, insuficiente para que o pai possa contribuir com uma assistência mais efetiva ao filho e à mãe. Porém, com a aprovação do projeto que aumenta para o período de quinze dias, se não é o ideal, é um passo para estabelecer um vínculo seguro, de afeto e responsabilidade,

com os filhos, principalmente em um momento em que a mãe pode se sentir fragilizada devido ao período de gravidez ou em consequência da recuperação pós-parto (SENADO FEDERAL. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83280> Acesso em: 14/10/2010).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: Dicionário da língua Portuguesa**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário**. 6. ed. reform. - São Paulo: Saraiva, 2010.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do Trabalho: duração do trabalho a direito de greve**. 6. ed. reform. - São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**, v. 2. 14. ed. reform. - São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Ministério da Previdência Social (MPS). **Previdência Social: guia do trabalhador: saiba mais como utilizar o seu seguro social**. - Brasília: MPS, GM, 2003.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. **Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n 1/92 a 48/2005 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n 1 a 6/94**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

Constituição do Estado de Goiás. Promulgada no dia 05 de outubro de 1989.

Emenda Constitucional n 20 – Acrescenta o artigo 248 da CRFB/88

Lei n 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente

Lei n 8.213/91 – Regime Geral da Previdência Social

Lei n 10.406/2002 – Código Civil

Lei n 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente

Lei n 8.112/90 – Estatuto do Servidor Público da União

Lei n 10.460/88 – **Estatuto do Servidor Publico Estadual**

Lei n 12.010/2009 – **Lei Nacional da Adoção**

Lei n 5.859/72 – **Lei do Empregado Doméstico**

Lei n 6.136/74 – **Regulamenta o Salário-maternidade**

Lei n 6.332/76 – **Regulamenta o Salário-maternidade**

Lei n 8.861/94 – **Estende o Salário-maternidade para a Segurada Especial**

Lei n 9.876/99 – **Estende o Salário-maternidade para a Segurada Contribuinte Individual e Facultativa**

Lei n 10.421/2002 – **Licença Adotiva**

Lei n 10.710/2003 – **Regulamenta o Salário-maternidade**

Lei n 11.770/2008 – **Programa Empresa Cidadã**

Decreto Lei n 5.452/1943 – **Consolidação das Leis do Trabalho**

Decreto Lei n 4.729/2003 – **Regulamenta Licença-maternidade Adotiva**

Projeto de Lei n 666/2007 – **Aumenta Licença Paternidade**

JOSUÊ, Nuno Guerreiro. **História de Coragem: a Origem da Licença de Maternidade**. Abr. 2008. Disponível em: <<http://josequintino66.wordpress.com/2008/04/07/historia-de-coragem-a-origem-da-licenca-por-maternidade/>> Acesso em: 16/10/2010.

GOOGLE TRADUTOR. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/>> Acesso em: 17/01/2011.

ANSILIERO, Graziela. **Histórico e Evolução Recente da Concessão de Salário-maternidade no Brasil**. Fev. 2007. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_090213-144507-483.pdf> Acesso em: 16/09/2010.

OPUS IURIS. **Licença maternidade: primeiras impressões sobre a Lei n. 11.770/2008**. Set. 2008. Disponível em: <<http://franciscofalconi.wordpress.com/2008/09/18/licenca-maternidade-primeiras-impressoes-sobre-a-lei-n%C2%BA-11770-2008/>> Acesso em: 20/09/2010.

BAHIA, Ministério Público do Estado da. **Infância e Juventude - Acórdãos Adoção**. Nov. 2001. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/infancia/jurisprudencias/adocao/acordo_adocao.asp> Acesso em: 01/10/2010.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Licença-maternidade à mãe adotante**. Nov. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16468/licenca-maternidade-a-mae-adotante>> Acesso em: 01/10/2010.

RIBEIRO, Roseli. **TRF amplia em um mês licença maternidade para mãe adotante e servidora**. Out. 2006. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/32024.shtml>> Acesso em: 01/10/2010.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Licença adotada**. Jun. 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jun-23/mae_adotiva_direito_licenca_maternidade> Acesso em: 01/10/2010.

MOTTA, Myrelle. **Tribunal de Justiça do Estado de Goiás: Justiça goiana segue corrente favorável à licença para adotante**. Jun. 2007. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=2700>> Acesso em: 01/10/2010.

CLIPPING SINDICAL. **TST nega licença-maternidade por adoção antes da vigência da lei**. Nov. 2005. Disponível em: <<http://www.via6.com/topico.php?tid=3547>> Acesso em: 01/10/2010

SILVA, Valéria de Albuquerque e. **Licença Paternidade**. Jun. 2007 Disponível em: <<http://guiadobebe.uol.com.br/planej/licencapaternidade.htm>> Acesso em: 14/10/2010.

SENADO FEDERAL. **Projetos e Matérias Legislativas. Projeto de Lei do Senado nº 666, de 2007.** 2004 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83280> Acesso em: 14/10/2010.

IG CIDADANIA. **Pai solteiro? É possível sim. Veja como adotar uma criança.** Jan. 2003. Disponível em: <http://poupaclique.ig.com.br/materias/155501-156000/155636/155636_1.html> Acesso em: 14/10/2010

REDAÇÃO TERRA. **Jornal: TRT-SP dá licença remunerada a pai solteiro.** Jul. 2008. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,0I2981585-EI306,00.html>> Acesso em: 15/10/2010.

DAHER, Marlusse Pestana. **Adoção Nuncupativa.** Ago. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2371>> Acesso em 15/10/2010.

RIBEIRO, Roseli. **A Licença-maternidade da Mãe Adotante.** Out. 2006. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/32024.shtml>> Acesso em 15/10/2010.

DIREITO NET. **Adoção: juristas criticam contradição entre o ECA e o Código Civil.** Dez. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/x/99/07/9907/>> Acesso em: 15/10/2010.