

UNIVERSIDADE DE FEDERAL DA PARANÁ - UFPR

A MULHER E O MERCADO DE TRABALHO: Considerações acerca do ingresso da mulher no mundo do trabalho, em especial do direito à licença-maternidade e a situação da mãe adotiva.

Curitiba

2009

ISABELLA FONTES OLIVIÉRI

A MULHER E O MERCADO DE TRABALHO: Considerações acerca do ingresso da mulher no mundo do trabalho, em especial do direito à licença-maternidade e a situação da mãe adotiva.

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Orientadora: Aldacy Rachid Coutinho

Coorientadora: Ana Carla Harmatiuk Matos

Curitiba

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

ISABELLA FONTES OLIVIÉRI

A MULHER E O MERCADO DE TRABALHO: Considerações acerca do ingresso da mulher no mundo do trabalho, em especial do direito à licença-maternidade e a situação da mãe adotiva.

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora.

Orientadora: _____
Aldacy Rachid Coutinho

Coorientadora: _____
Ana Carla Harmatiuk Matos

Examinador: _____
Fábio de Almeida Rego Campinho

Curitiba, 20 de novembro de 2009.

Este trabalho é dedicado:

à memória de minha avó Lourdinha, à minha mãe Regina e minha irmã Giovanna, pelos exemplos de força, garra e superação;

ao meu avô Hélio e ao meu pai Henrique, pelo constante carinho e incentivo;

e à Fábio Kersten, pela paciência e compreensão durante estes cinco anos de estudo.

Agradeço às minhas orientadoras, Professoras Aldacy Rachid Coutinho e Ana Carla Harmatiuk Matos, pela confiança ao aceitarem a tarefa de me orientar no presente estudo, ajudando o seu desenvolvimento sempre com muita atenção, paciência e sabedoria.

Mulher (ErasmO Carlos)

“Dizem que a mulher é o sexo frágil
Mas que mentira absurda!
Eu que faço parte da rotina de uma delas
Sei que a força está com elas...

Vejam como é forte a que eu conheço
Sua sapiência não tem preço
Satisfaz meu ego se fingindo submissa
Mas no fundo me enfeitiça...

Quando eu chego em casa à noitinha
Quero uma mulher só minha
Mas prá quem deu luz
Não tem mais jeito
Porque um filho quer seu peito...
O outro já reclama a sua mão
E o outro quer o amor que ela tiver
Quatro homens dependentes e carentes
Da força da mulher...

Mulher! Mulher!
Do barro de que você foi gerada
Me veio inspiração prá decantar você
Nessa canção...

Mulher! Mulher!
Na escola em que você foi ensinada
Jamais tirei um 10
Sou forte mas não chego
Aos seus pés...”

RESUMO

O presente trabalho destina-se a analisar o ingresso da mulher no mercado de trabalho, pontuando alguns efeitos daí decorrentes – como a necessidade de criação de institutos jurídicos para a proteção da maternidade. Entre eles, será dedicada maior atenção à licença-maternidade, destacando-se a necessidade de uma maior participação do pai neste momento tão especial e delicado, motivo pelo qual se fala atualmente na chamada licença-parental. Prosseguindo, defendendo a igualdade entre mães biológicas e adotivas, será feita uma breve análise acerca do instituto da adoção, passando-se, em seguida, a analisar o direito à licença-maternidade da mãe adotiva.

SUMÁRIO

1.	Introdução.....	1
2.	Gênero e o Direito do Trabalho.....	3
2.1.	A inserção da mulher no mundo do trabalho: em busca da igualdade entre homens e mulheres.	6
2.2.	Da mulher contemporânea e a dupla jornada de trabalho: uma nova divisão sexual de tarefas?.....	12
2.3.	Da “licença parental”: a opacidade das diferenças.	14
3.	A proteção à maternidade no trânsito das discriminações no mundo do trabalho 19	
3.1.	Licença-Maternidade: o direito social e a racionalidade econômica.	21
3.2.	Custos da Licença-Maternidade	24
4.	Adoção.....	30
4.1.	Um olhar sobre a adoção.....	31
4.1.1.	Aspectos sociais da adoção	37
4.2.	A Lei 10.421/2002: avanço ou retrocesso?.....	40
4.2.1.	Da igualdade entre as mães biológicas e as mães adotivas	42
4.2.2.	Objetivos da extensão da licença-maternidade às mães adotivas	45
4.3.	Licença-Maternidade e Adoção: filtragem constitucional.....	47
4.3.1.	O problema da interpretação literal do termo “licença-gestante” (art. 7º, XVIII, CF)	47
4.3.2.	O critério etário como determinante do período da licença- maternidade	50
4.3.3.	A alteração da legislação e seu reflexo no cenário de adoções	53
5.	Conclusão.....	56
6.	Referências Bibliográficas	59

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho consiste na análise da condição da mulher no mercado de trabalho, analisando, em especial, o direito à licença-maternidade. Visa ainda averiguar a relevância da referência masculina durante os primeiros momentos de vida da criança, motivo pelo qual serão feitas algumas considerações sobre a licença-parental. Tem-se ainda como escopo, analisando a situação da mãe adotiva, estudar a concessão da licença-maternidade em caso de adoção.

Neste ponto, vale destacar que, quando da escolha do tema a ser abordado no presente estudo, a concessão da licença-maternidade à mãe adotiva encontrava-se disciplinada no art. 392-A da CLT, o qual fixava um critério etário para a determinação do período de afastamento da mulher de seu posto de trabalho. O presente estudo, portanto, visava analisar criticamente tal dispositivo legal, pugnando pela plena igualdade entre as mães biológicas e as adotivas.

No entanto, durante a elaboração desta monografia, mais especificamente em agosto do presente ano, foi editada a lei 12.010/2009, a qual, por determinar a revogação dos §§1º a 3º do art. 392-A da CLT, veio ao encontro deste trabalho, tornando ainda mais atual a presente discussão.

Passando a analisar a estrutura deste estudo, inicialmente, será feita uma breve análise sobre as questões de gênero e seus reflexos no mundo do trabalho. Posteriormente, imprescindível será a realização de um retrospecto acerca da inserção da mulher no mercado de trabalho e as conseqüências daí decorrentes, como a dupla jornada de trabalho praticada pelas mulheres e a elaboração de normas protetivas de questões afetas ao sexo feminino, como a maternidade.

Após, será dedicado espaço para o estudo da proteção da maternidade dentro do mundo jurídico, bem como os efeitos, muitas vezes nefastos, de tal amparo legal. Entre eles, antecipa-se, por exemplo, a preferência pela contratação de trabalhadores do sexo masculino.

Entre os direitos assegurados às trabalhadoras do sexo feminino, será dedicada maior atenção à licença-maternidade, verificando-se as implicações e custos daí decorrentes.

Avançando na análise do tema, serão feitas algumas considerações acerca da adoção, enfrentando o desenvolvimento do instituto, seus requisitos, procedimentos e efeitos.

Em seguida, após ser analisada a igualdade entre mães biológicas e mães adotivas, bem como o equívoco de se utilizar, no texto constitucional, a expressão “licença-gestante”, será apreciada a Lei nº 10.421/2002, a qual, ao estender o benefício da licença-maternidade às mães adotivas, determinou que o período de tal afastamento seria fixado de acordo com a idade do adotado.

Por fim, serão feitas algumas ponderações acerca da Lei nº 12.010/2009, a qual, publicada durante a elaboração da presente monografia, acabou com o critério etário como determinante do período de licença-maternidade da mãe adotiva, e entrará em vigor em novembro do corrente ano.

2. Gênero e o Direito do Trabalho

Para introduzir o presente estudo, cumpre, em primeiro lugar, fazer uma breve retrospectiva acerca do papel das mulheres nos últimos anos. Para tanto, vale destacar as palavras de Rose Marie Muraro, a qual afirma que

*nas últimas décadas do século XX as mulheres emergem como sujeitos sociais, históricos e econômicos. Em menos de trinta anos se tornam a metade da população economicamente ativa mundial, na medida em que a sociedade de consumo criou mais máquina do que 'machos'. Como os oprimidos, depois de oito mil anos de invisibilidade, as mulheres começam também a exercer um papel cada vez mais determinante nas estruturas políticas, sociais e econômicas.*¹

Neste ponto, imprescindível trazer à tona o pensamento de Cristina Bruschini e Sandra G. Unbehaum, segundo as quais “os estudos de gênero no Brasil surgiram do interesse de pesquisadores e professoras universitárias pelo tema da mulher na força de trabalho.”² Ademais, destaca-se que este assunto foi desenvolvido por mulheres intelectuais já no início dos anos 80, a fim de dar conta da entrada das mulheres no domínio público.³

Acerca do estudo do gênero, ressalta-se ainda o posicionamento de Miriam Adelman, a qual alega que,

*para os processos sociais vinculados à construção do sujeito individual, esta dimensão parece clara: a construção do sujeito é uma prática de gênero (gendered practice) que se manifesta na centralidade que nossa cultura dá à definição de cada um de nós, a partir dos primeiros momento da vida, como homem ou mulher.*⁴

E, neste sentido, alega Nancy Fraser que

¹MURARO, Rose Marie. *Acerca do conceito de gênero*. In.: Mulher, gênero e sociedade. Rose Marie Muraro e Andrea Brandão Puppin (organizadoras). Rio de Janeiro: Relume Dumará FAPERJ, 2001, p. 7.

²BRUSCHINI, Cristina e UNBEHAUM, Sandra G. *Os programas de pesquisa da fundação Carlos chagas e sua contribuição para os estudos de gênero no Brasil*. In.: *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. Cristina Bruschini e Sandra G. Unbehaum (organizadoras). São Paulo: FCC, 2002, p. 20.

³MURARO, Rose Marie. *Op. cit.*, p. 7.

⁴ADELMAN, Miriam. *O gênero na construção da subjetividade: entendendo a “diferença” em tempos*. In.: *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. Cristina Bruschini e Sandra G. Unbehaum (organizadoras). Curitiba: Editora UFPR, 2002, p. 49.

uma das principais características da injustiça de gênero é o androcentrismo: um padrão institucionalizado de valor cultural que privilegia traços associados com a masculinidade, assim como desvaloriza tudo que seja codificado como 'feminino', paradigmaticamente – mas não somente – mulheres.⁵

Sobre o assunto vale ainda ressaltar o pensamento de Thereza Cristina Gosdal, a qual afirma que, quando da consagração do princípio da igualdade, bastava ser homem para que todos fossem tratados como iguais. No entanto, esta mesma autora reitera que essa afirmação não foi suficiente para se estabelecer a igualdade entre os gêneros, eis que, quando da construção do sujeito, tomou-se como referência o homem branco e proprietário, universalizando-se a figura do sujeito construída com base no arquétipo masculino.⁶

Ainda acerca desta drástica consequência que marcou a análise de gêneros, cumpre destacar o pensamento de Mariana Coelho, para quem

a (...) lei sociológica que fez a divisão do trabalho estabeleceu a diferença de deveres entre os dois sexos, dando à mulher os serviços caseiros e, naturalmente, os encargos da maternidade, colocando na arbitrária mão do homem o cetro do domínio – e sentenciaram à sua companheira uma existência de submissão.⁷

Assim, sendo a nossa sociedade fortemente dividida por questões de gênero, o simples fato de se pertencer ao sexo feminino ou masculino já implicava uma série de vantagens ou prejuízos decorrentes pura e simplesmente de tal condição, deixando seqüelas na vida de todo e qualquer ser humano.⁸

Prosseguindo neste raciocínio, Léa Resende Archanjo afirma que, pela representação de gênero, de acordo com a cultura e o valor simbólico que ela atribui a cada um dos sexos, ser homem ou ser mulher acabava tendo um significado diferente em cada sociedade, fazendo com que, a depender da cultura em que se

⁵FRASER, Nancy. *Políticas feministas na era do reconhecimento*. São Paulo: FCC, 2002, p. 64-65.

⁶GOSDAL, Thereza Cristina. *Direito do Trabalho e Relações de Gênero: avanços e permanências*. In: *Trabalho de Mulher: mitos, riscos e transformações*. São Paulo: LTr, 2007, p. 74.

⁷COELHO, Mariana. *A evolução do feminino*. 2. ed. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2002, p.37.

⁸SILVESTREIN, Celsi Brönstrup. *Política e condição feminina: representações na mídia impressa brasileira (período 1994 – 1999)*. In.: *Coletânea Gênero plural*. Miriam Adelman e Celsi Brönstrup Silvestrin (organizadoras). Curitiba: Editora UFPR, 2002, p. 156.

estava inserido, homens e mulheres buscassem adotar comportamentos que estivessem socialmente adaptados ao gênero a que pertenciam.⁹

E, nesse sentido, esta mesma autora alega que “*homens e mulheres tinham formas de pensar, sentir e agir diferenciadas e determinadas pela diferença biológica do sexo*”¹⁰, ou seja, cada gênero era responsável pela realização de tarefas previamente determinadas, desempenhando, portanto, papéis distintos.

No entanto, nos dias atuais, esse determinismo biológico não é mais visto com bons olhos pela sociedade. Destaca-se, neste ponto, que a luta das mulheres por uma maior e mais efetiva participação na esfera pública não é um fenômeno recente, muito pelo contrário, é uma tendência que, há vários anos, vem se apresentando em todo o mundo.

Ademais, com o progressivo ingresso das mulheres no mercado de trabalho, as divisões de gênero, até então estanques, foram sendo progressivamente alteradas, transformando significativamente o papel que elas ocupavam tanto no âmbito familiar (privado) quanto no âmbito social (público).¹¹

Note-se ainda que a visibilidade que o sexo feminino passou a apresentar foi de extrema importância para a existência de regulamentações específicas para as mulheres, de acordo com as necessidades do gênero feminino, como, por exemplo, direito à creche, direito à escola para os filhos, aumento da licença gestante e alterações no diploma civil acerca do modo de gestão do lar.¹²

Assim, tendo em vista as inúmeras transformações que a inserção da mulher no mercado de trabalho trouxe à divisão sexual das tarefas, ou seja, à sua divisão pura e simplesmente em razão do gênero, cumpre iniciarmos o presente estudo justamente pela análise do ingresso do sexo feminino no mundo do trabalho.

⁹ARCHANJO, Léa Resende. *Relações de gênero no Colégio Estadual do Paraná (1950/1960)*. In.: Coletânea Gênero plural. Miriam Adelman e Celsi Brönstrup Silvestrin (organizadores). Curitiba: Editora UFPR, 2002, p. 194-195.

¹⁰ARCHANJO, Léa Resende. *Idem*, p. 195.

¹¹BORGES, Dulcina Tereza B. e RODRIGUES, Jane de Fátima S. *O gênero na universidade e os currículos universitários: resistências e possibilidades*. In.: Coletânea Gênero plural. Miriam Adelman e Celsi Brönstrup Silvestrin (organizadoras). Curitiba: Editora UFPR, 2002, p. 235.

¹²BORGES, Dulcina Tereza B. e RODRIGUES, Jane de Fátima S. *Idem*, *ibidem*.

2.1. A inserção da mulher no mundo do trabalho: em busca da igualdade entre homens e mulheres.

Um dos fenômenos mais marcantes nos dias de hoje compreende a inserção da mulher no mercado de trabalho. Sabe-se que, no passado, as mulheres não exerciam atividades profissionais semelhantes àquelas praticadas pelo homem. Suas funções, ao contrário, especialmente nas classes sociais mais altas, limitavam-se às tarefas domésticas, as quais eram consideradas secundárias em relação àquelas desenvolvidas pelo sexo masculino.¹³

Neste sentido, cumpre destacar o pensamento de Gilles Lipovetsky, segundo o qual,

*a divisão sexual das tarefas se organiza de tal sorte que se afirma por toda parte a supremacia do homem. As atividades nobres e valorizadas são as exercidas pelos homens; as funções subalternas e desprezadas, ao contrário, cabem às mulheres. Em tudo, o homem é considerado e se considera superior às mulheres.*¹⁴

Acerca da estruturação destas zonas diversas para atuação de homens e mulheres, este mesmo autor afirma que, naquela época,

*preparar um 'ninho macio', educar os filhos, distribuir aos membros da família calor e ternura, velar pelo conforto e pelo reconforto de todos, tais são as missões que doravante cabem às mulheres. Com a doutrina das 'esferas separadas', trabalho e família se encontram radicalmente desunidos: o homem é destinado à esfera profissional, a mulher, ao 'home, sweet home.'*¹⁵

Note-se ainda que, tão severa era tal distribuição sexual de tarefas que, nas famílias em que pessoas do sexo feminino desenvolviam atividades até então atribuídas exclusivamente ao mundo masculino, os seus integrantes eram severamente discriminados pela sociedade. Ademais, o fato de a mulher praticar atividades normalmente desempenhadas pelos homens, representava a inclusão

¹³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.28.

¹⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *A terceira mulher – Permanência e revolução do feminino*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 106.

¹⁵ LIPOVETSKY, Gilles. *Idem*, p. 208.

daquela família nas classes sociais mais baixas, eis que apenas nas camadas sociais mais altas as mulheres poderiam restar confinadas ao âmbito doméstico.¹⁶

No entanto, as mulheres foram progressivamente ingressando neste campo até então exclusivamente masculino, independentemente da classe social em que se encontravam. E, neste ponto, faz-se necessário destacar a imensa contribuição da Revolução Industrial do século XVIII, eis que, nesta ocasião, *“o trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão-de-obra masculina.”*¹⁷

Neste mesmo sentido o entendimento defendido por Tania Mara Galli Fonseca, segundo a qual a introdução de maquinarias no mundo do trabalho – em especial na indústria têxtil – contribuiu enormemente para a inserção do sexo feminino no setor fabril, eis que desnecessária a força física para o desenvolvimento das tarefas diárias.¹⁸

No entanto, apesar da contribuição da Revolução Industrial ao permitir o ingresso da mulher no mercado de trabalho, não se pode esquecer os efeitos nefastos decorrentes deste fenômeno, eis que *“a indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas.”*¹⁹ Ademais, a preferência pelo sexo feminino se dava igualmente em razão dos menores salários que eram pagos às mulheres.²⁰

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, ratificando este entendimento, expressamente afirmou que *“as mulheres estavam expostas a trabalhos prejudiciais à saúde, com longas jornadas, colocando em risco a sua segurança e a sua vida, com salários inferiores aos pagos aos homens.”*²¹

¹⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Nascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 931.

¹⁸ FONSECA, Tania Mara Galli. *Gênero, Subjetividade e Trabalho*. Petrópolis: Vozes, 2000, p.87.

¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Nascaro. *Op. cit.*, p. 932.

²⁰ NASCIMENTO, Amauri Nascaro. *Idem*, p. 931.

²¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 2007, p. 653.

Porém, foi a Segunda Guerra Mundial que contribuiu definitivamente na alteração do cenário até então vigente. Isto porque, como os homens estavam atuando na guerra, tal fato *“ensejou, na Europa, o aumento na oferta de trabalho, levando as mulheres a um ingresso forçado no mercado, nas mais diversas atividades, inclusive em profissões consideradas, até então, masculinas.”*²²

Neste mesmo sentido o posicionamento defendido por Mozart Victor Russomano, segundo o qual o fenômeno da inserção da mulher no mercado de trabalho *“acentuou-se no momento em que – pela guerra – os homens adultos e válidos foram convocados para as fileiras das Forças Armadas.”*²³ E, prosseguindo, afirmou que, em razão disso, as *“mulheres (...) que não se encontravam em idade de prestação de serviço militar foram recrutadas para os trabalhos da indústria e do comércio, indispensáveis, inclusive, ao próprio esforço da guerra.”*²⁴

Posteriormente, finda a Segunda Guerra Mundial, verificou-se uma alteração na economia de muitos países, dentre os quais o Brasil, que tiveram uma grande expansão do setor terciário, o que, conseqüentemente, significou uma nova oportunidade de trabalho para as mulheres.²⁵

Desta forma, segundo Mozart Victor Russomano,

*quando os soldados voltaram das trincheiras, desaparecendo ou diminuindo as causas sociais que estimularam o trabalho das mulheres (...), estas, em nome de suas necessidades individuais, se recusaram a abandonar os empregos de que obtinham sustento, mantendo, assim, em razão de causas pessoais, aberta concorrência ao homem adulto, nas várias frentes de trabalho que o desenvolvimento industrial ia, pouco a pouco, multiplicando e diversificando.*²⁶

Neste aspecto, não se pode ainda ignorar o importante papel que as inovações tecnológicas tiveram neste fenômeno de inclusão da mulher no mercado de trabalho. Isto ocorreu porque, com a criação de aparelhos domésticos cada vez mais sofisticados, o esforço da mulher para realizar as atividades domésticas

²²BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 203.

²³RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2004, p. 430.

²⁴RUSSOMANO, Mozart Victor. *Idem*, ibidem.

²⁵BARROS, Alice Monteiro de. *Op.cit.*, p. 203.

²⁶RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.*, p. 430.

diminuiu significativamente e, conseqüentemente, passaram elas a ter disposição para a realização de tarefas fora do ambiente domiciliar.²⁷

Assim, sobre o ingresso da mulher no mercado de trabalho, Tânia Fontene-Mourão e Ana Lúcia Galinkin, afirmam que

*a entrada maciça da mulher no mercado de trabalho remunerado, segundo Castellis, foi, em parte, possibilitada pelas transformações na estrutura da economia e do trabalho, ou seja, a informatização, a integração em rede e a globalização da economia, como também pela segmentação da estrutura do mercado de trabalho por gênero.*²⁸

Ainda sobre o assunto, afirma Gilles Lipovetsky que o que caracteriza a época contemporânea é justamente “a ascensão da atividade profissional das mulheres. Há 3 décadas, as mulheres se apresentam cada vez mais massivamente, cada vez mais continuamente no mercado de trabalho.”²⁹

Ademais, conforme afirmado por Thereza Cristina Gosdal, foi principalmente a inserção da mulher no mercado de trabalho que projetou significativas mudanças nos papéis até então atribuídos às mulheres.³⁰

Neste aspecto, tem-se que, até então, “as mulheres eram ‘escravas’ da procriação”, no entanto, “libertaram-se desta servidão imemorial.” E, como conseqüência deste processo de profissionalização do sexo feminino, aquelas que “sonhavam ser mães no lar, agora querem exercer uma atividade profissional.”³¹

E, de acordo com Gilles Lipovetsky,

*por meio da nova cultura do trabalho, as mulheres exprimem a vontade de conquistar uma identidade profissional plena e, mais amplamente, o desejo de ser reconhecidas a partir do que fazem e não mais do que são ‘por natureza’, como mulheres: o ciclo da pós-mulher no Lar fez o feminino entrar no universo concorrencial e meritocrático, tradicionalmente masculino.*³²

²⁷BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 204.

²⁸FONTENELE-MOURÃO, Tânia; GALINKIN, Ana Lúcia. *O que pensam as mulheres no topo da carreira?* In: Trabalho de Mulher: mitos, riscos e transformações. São Paulo: LTr, 2007, p.144.

²⁹LIPOVETSKY, Gilles. *Op. cit.*, p. 203.

³⁰GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.*, p. 74.

³¹LIPOVETSKY, Gilles. *Op. cit.*, p. 11.

³²LIPOVETSKY, Gilles. *Idem*, p. 224.

Assim, com a possibilidade de acesso ao mercado de trabalho, as mulheres passaram a se preocupar cada vez mais com o nível e a qualidade de sua instrução, bem como com a sua preparação para o mundo do trabalho.

Portanto,

*o que domina a nossa época é o investimento feminino na vida profissional e a rejeição correlativa de uma identidade apoiada exclusivamente nos papéis domésticos. A conclusão se impõe: o trabalho, em nossos dias, constrói mais a identidade social das mulheres do que antigamente, quando apenas os papéis de mãe e esposa eram socialmente legítimos.*³³

Acerca dos efeitos de tal mudança no cenário social, vale ainda destacar que, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, verificou-se um aumento do debate acerca da necessária igualdade entre homens e mulheres, eis que as mulheres, cada vez mais presentes no mercado de trabalho, não poderiam ser discriminadas pura e simplesmente em razão do seu sexo, vez que agora entravam num mundo até então masculino e passavam a desenvolver as atividades que por eles eram, até o momento, exercidas com exclusividade.

Neste ponto, cumpre ressaltar que *“só após a Primeira Guerra Mundial é que se inicia, e de forma tímida, um processo de modificação no ordenamento jurídico internacional, visando a promover a isonomia jurídica entre os sexos”*.³⁴ No entanto, do ponto de vista dos ordenamentos jurídicos internos de cada país, tal processo apenas ganhou força após a Segunda Guerra Mundial.³⁵

Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil é expressa ao determinar, em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, sendo vedada qualquer forma de discriminação. Ademais, o art. 7º, inciso XXX, deste mesmo diploma legal, *“proíbe diferença de exercício de funções, de critérios de admissão e de salários, por motivo de sexo.”*³⁶

³³ LIPOVETSKY, Gilles. Idem, p. 225.

³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 133.

³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Idem, *ibidem*.

³⁶ OLIVEIRA, Aristeu de. *Manual de Prática Trabalhista*. 42. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 297.

Assim, tem-se que, frente ao aumento da intensidade com que as mulheres passaram a ingressar no mercado de trabalho, bem como em razão do desejo que possuem de se realizarem tanto na vida profissional quanto na vida pessoal – pela escolha, por exemplo, de terem ou não filhos ou de quantos filhos terão –, cabe à sociedade criar mecanismos que possibilitem a essa mulher conciliar a vida pessoal com a atividade profissional, não criando entraves discriminatórios para tal inserção.³⁷

Faz-se necessário, portanto, que se lute pela realização da igualdade real, não sendo possível que nos contentemos com a igualdade meramente formal, eis que a simples previsão da isonomia como um princípio constitucional não é suficiente para que se atinja, na prática, a igualdade de gênero.³⁸

Por fim, cumpre mencionar que a luta por uma maior igualdade entre os gêneros pode ser constatada a partir da Constituição de 1988, com os seus reflexos sobre o Código Civil de 2002, o qual trouxe inovações que visam estabelecer um ambiente de equidade entre homens e mulheres. E, como exemplo desta busca de isonomia, pode-se destacar a substituição da expressão “pátrio poder” pelo vocábulo “poder familiar”, o qual passou a ser exercido conjuntamente pelos pais.³⁹

Sobre o atual poder familiar, afirma Roberto João Elias que este “*é um instituto bem diferente daqueles existentes em Roma, quando se concedia ao pai até o direito de vida ou morte em relação ao filho.*”⁴⁰ E, prosseguindo, destaca que o poder parental é hoje exercido igualmente por ambos os genitores, tendo sempre em vista a proteção dos filhos.⁴¹

Assim, com o progressivo ingresso da mulher no mercado de trabalho, bem como a igualdade cada vez maior entre os gêneros, a divisão sexual de tarefas começa a ser repensada.

³⁷BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 62.

³⁸GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.*, p. 76.

³⁹GOSDAL, Thereza Cristina. *Idem*, p. 85-86.

⁴⁰ELIAS, Roberto João. *Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24-25.

⁴¹ELIAS, Roberto João. *Idem*, p. 25.

2.2. Da mulher contemporânea e a dupla jornada de trabalho: uma nova divisão sexual de tarefas?

Com a entrada das mulheres no mercado de trabalho, estas se viram compelidas a redimensionar as tarefas domésticas até então única e exclusivamente por elas desenvolvidas. Ora, até tal momento, conforme visto acima, a única ocupação das mulheres compreendia cuidar da casa, do marido e dos filhos.

Porém, a partir do momento em que a mulher passou a exercer uma atividade profissional, fez-se necessário um remanejamento do tempo a ser dedicado a cada uma de suas atribuições diárias, eis que, apesar de ingressar no mundo do trabalho, a mulher não abandonou os serviços domésticos até então desenvolvidos.

E, como conseqüência desta dupla jornada de trabalho que passou a ser desenvolvida pelas mulheres, tem-se o sentimento de culpa constantemente sofrido ao terem que se dividir entre a família e o trabalho, queixando-se e lamentando-se por não poderem despender o tempo que gostariam tanto com o trabalho quanto – e principalmente – com a família. Assim, culpam-se pelo fato de, por trabalharem, terem menos tempo para cuidar da família. E, igualmente, pelo fato de, tendo de cuidar da família, dedicarem menos tempo ao trabalho.

Tal foi a conclusão a que chegaram Tânia Fontenele-Mourão e Ana Lúcia Galinkin após pesquisarem acerca dos comportamentos e sentimentos de mulheres bem-sucedidas em suas carreiras profissionais, ocasião em que afirmaram que

*as gerentes entrevistadas, mesmo tendo chegado ao topo de carreira no serviço público, estariam, ainda, vivendo o conflito entre as responsabilidades com a família e com o trabalho, angustiando-se para desempenhar bem os vários papéis – mãe/esposa e profissional/gerente, nas duas esferas de atuação.*⁴²

Este também o entendimento defendido por Sylvia Mello Silva Baptista, a qual, analisando a mulher contemporânea, afirmou que esta

se sente mal por estar trabalhando e não ao lado do(s) filho(s), e, quando em casa, sente-se incompleta e necessitando dar vazão ao lado profissional e ser menos absorvida pelas tarefas

⁴²FONTENELE-MOURÃO, Tânia; GALINKIN, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p.153.

*domésticas. Assim, vive e convive com a ambigüidade em si mesma.*⁴³

Ademais, tal sentimento de culpa sofrido pelas mulheres deve-se, principalmente, ao fato de ainda ser considerado o trabalho doméstico como “*tarefas para as quais as mulheres estão primariamente vocacionadas.*”⁴⁴

Desta forma, em razão de os papéis domésticos terem sempre sido atribuídos às mulheres, estas, após cumprirem a jornada de trabalho no âmbito profissional, dirigem-se às suas residências para lá iniciarem uma nova jornada, esta agora voltada ao âmbito familiar, destinada a cuidar da casa, do marido e dos filhos.

Desta maneira, tem-se que, para as mulheres,

*o sucesso na carreira implicaria, assim, em sacrifícios, desdobrando-se para terem tempo para os membros de sua família, em particular os filhos, e persistência no trabalho, comprovando, continuamente, sua competência para obter reconhecimento e alcançar os objetivos planejados.*⁴⁵

Ainda analisando esta dupla jornada de trabalho desenvolvida pelas mulheres, Sylvia Mello Silva Baptista afirma que, em razão do seu ingresso no mercado de trabalho, a mulher atual passou a ter o ônus de suportar o fardo da sobrecarga de tarefas, eis que muitas trabalhadoras, após cumprirem a jornada de trabalho, dirigem-se ao seu lar para lá iniciarem o que a autora chama de segundo turno, este destinado à prática do trabalho doméstico.⁴⁶

Assim, em razão da sobrecarga de funções atribuídas às mulheres, passou-se a questionar a suficiência do papel desenvolvido pelos homens no seio familiar.

⁴³BAPTISTA, Sylvia Mello Silva. *Maternidade e Profissão: oportunidades de desenvolvimento*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1995, p. 38.

⁴⁴GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.*, p. 74.

⁴⁵FONTENELE-MOURÃO, Tânia; GALINKIN, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p.144.

⁴⁶BAPTISTA, Sylvia Mello Silva. *Op. cit.*, p. 114-115.

2.3. Da “licença parental”: a opacidade das diferenças.

Conforme acima demonstrado, com o passar do tempo, as mulheres foram gradativamente se inserindo no mercado de trabalho, porém, apesar de assumirem novas responsabilidades profissionais, o peso das tarefas domésticas continuou a ser por elas suportado.

E, entre as tarefas domésticas ainda desenvolvidas pelas mulheres, encontra-se a responsabilidade pela educação e criação dos filhos, preocupação esta presente desde o nascimento destes. Assim, tendo em vista que historicamente, ao menos do Brasil, foram as mulheres quem assumiram a responsabilidade pela criação dos filhos, elas, após o nascimento destes, gozando da chamada licença-maternidade – que será a seguir analisada com maior profundidade – desfrutam de um período de afastamento do desenvolvimento das atividades profissionais, dedicando-se exclusivamente ao nascituro.

No entanto, neste ponto, uma questão se coloca: com a inserção da mulher no mercado de trabalho, por que não se falar da licença parental, aí incluída a licença-paternidade, ou seja, por que não atribuir igualmente ao homem responsabilidades referentes aos cuidados com o filho recém-nascido?

Neste ponto, sobre a licença-paternidade, cumpre inicialmente destacar que a Constituição Federal, em seu art. 7º, inc. XIX, trouxe a previsão da chamada “licença-paternidade”, expressamente consignando que a regulamentação de tal licença ficaria a cargo do legislador ordinário.

No entanto,

o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias transforma aquele preceito (não auto-aplicável) em norma self executing (ao menos em parte), quando estabelece que – até que sobrevenha a regulamentação do mencionado inc. XIX – o prazo da licença-paternidade será de cinco dias (ar. 10, §1º).⁴⁷

Traçadas estas considerações preliminares, podemos agora afirmar que o nosso ordenamento jurídico moderno, pela chamada “licença-paternidade”, prevê

⁴⁷RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.*, p. 444.

apenas 5 (cinco) dias de afastamento do homem de seu local de trabalho, contra os 120 (cento e vinte) dias a que tem direito a mulher.

Assim, o empregado do sexo masculino, quando do nascimento de seu filho, tem assegurado o “direito a faltar um dia, sem prejuízo do salário (...), e mais cinco dias, pela licença-paternidade (...).”⁴⁸ Tais dias são destinados ao registro do filho recém-nascido, bem como visa possibilitar ao pai que auxilie nos cuidados com o nascituro e, se houver, com os demais filhos.⁴⁹

Uma possível explicação para essa disparidade, no ordenamento jurídico brasileiro, entre o número de dias que os dois sexos possuem para cuidar do filho recém-nascido – cento e vinte para as mulheres e cinco para os homens –, pode ser encontrada no fato de que

*não está muito distante o tempo em que os papéis atribuídos a cada um dos sexos no seio do casal quase não constituíam problema. (...) A distribuição dos papéis é nítida e exclusiva: apenas a mulher se dedica às tarefas domésticas, a tal ponto é desonroso para o marido cuidar de bebê ou ocupar-se da casa. Reconhecido pela lei, ‘chefe de família’, o homem, dotado de prerrogativas e de responsabilidades extensas, exerce a autoridade tanto sobre os filhos quanto sobre sua mulher.*⁵⁰

No entanto, a fim de afastar este pensamento já superado, cumpre ressaltar que, conforme assevera Sônia Bossa, não apenas a mãe possui um papel relevante na formação dos filhos, sendo igualmente importante a presença do pai nos primeiros momentos de vida da criança.⁵¹ Neste sentido, acerca da licença-paternidade, afirma a autora que a sua finalidade é “*permitir o acompanhamento da mulher e do recém-nascido pelo pai, sendo a sua presença no lar muito importante nestes 5 (cinco) dias.*”⁵²

⁴⁸BOSSA, Sônia. *Direito do Trabalho da Mulher - no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 42.

⁴⁹BOSSA, Sônia. *Idem*, *ibidem*.

⁵⁰LIPOVETSKY, Gilles. *Op. cit.*, p. 245-246.

⁵¹BOSSA, Sônia. *Op. cit.*, p. 42.

⁵²BOSSA, Sônia. *Idem*, *ibidem*.

Ainda sobre os benefícios da licença-paternidade, Mozart Victor Russomano afirma que, nos primeiros momentos após o nascimento do filho, *“a presença do pai junto à mulher tem significação moral e psicológica relevante.”*⁵³

Já Pedro Paulo Teixeira Manus destaca que tal período de licença visa *“cercar a criança que acaba de nascer da melhor proteção que possa vir a ter, possibilitando ao pai, que anteriormente só gozava de um dia para registro do filho, um pequeno convívio mais prolongado logo após o parto.”*⁵⁴

Porém, muitos são os questionamentos acerca da suficiência deste período de licença paternal, vez que, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, apesar de as tarefas domésticas ainda serem majoritariamente desenvolvidas pelas mulheres, o papel do homem no seio familiar começou a tomar novos contornos, passando este a assumir tarefas até então atribuídas exclusivamente ao sexo feminino, como, por exemplo, os cuidados com os filhos.

Sobre esse novo papel que passa a ser exercido pelo homem no âmbito doméstico, bem como sua importância, tem-se que, conforme ressalta Sônia Bossa,

*a participação do pai no cuidado e educação do filho leva a um contato afetivo que traz como consequência um equilíbrio emocional que não seria atingido em caso contrário. A presença do pai da criança cria uma atmosfera de calma e dignidade, numa ocasião de tensão extraordinária.*⁵⁵

Stephan B. Poulter, corroborando a importância da presença do pai no desenvolvimento das crianças, destaca que *“todo filho ou filha busca e necessita uma relação com o pai. A sede de um laço emocional paterno precisa ser emocionalmente reconhecida.”*⁵⁶

Ademais, é preciso cada vez mais entender que não apenas a mulher é responsável pela criação dos filhos, mas também ao pai cabe auxiliar no desenvolvimento desta tarefa. Isso porque *“ao lado da função biológica do parto e*

⁵³RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.*, p. 445.

⁵⁴MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 214.

⁵⁵BOSSA, Sônia. *Op. cit.*, p. 42.

⁵⁶POULTER, Stephan B. *O Fator Pai: como o legado paterno afeta sua vida profissional*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Editora Academia de Inteligência, 2008, p. 35.

*do cuidado imediato da prole, ser pai e ser mãe se equiparam, a não ser que se reduza a paternidade ao seu valor biológico.*⁵⁷

Sobre o assunto, afirma Stephan B. Poulter que *“as mães e os pais são cruciais no processo de estabelecimento de vínculos. É vital que um bebê seja carregado, abraçado e alimentado para poder se sentir seguro e à vontade no mundo.”*⁵⁸

E, neste ponto, faz-se imprescindível pensar na chamada ‘licença parental’ a qual constitui *“um reflexo da necessidade de proteger a criança, de reduzir as desigualdades advindas dos encargos familiares e de tornar o pai co-responsável pelos cuidados e educação dos filhos.”*⁵⁹

Assim, a licença parental, segundo Sônia Bossa, *“objetiva tornar o pai mais participante das responsabilidades familiares, impedindo que recaiam exclusivamente sobre a mãe os cuidados e a educação dos filhos.”*⁶⁰

Sobre este tema, Alice Monteiro de Barros afirma que

*a ‘licença parental’ é um reflexo da transição entre o conceito de ‘pátrio poder’ e o de ‘autoridade parental’; objetiva tornar o pai cada vez mais participante das responsabilidades familiares e, em conseqüência, impedir recaiam exclusivamente sobre a mãe os cuidados e a educação dos filhos.*⁶¹

Ademais, com base nessa nova perspectiva, muitos foram os países que adotaram mecanismos que possibilitam aos pais escolher qual dos dois irá se dedicar a cuidar do filho recém-nascido, abdicando de seu trabalho por um período determinado – como, por exemplo, Suécia, França, Itália e Alemanha. Tal possibilidade é, inclusive, estendida não só aos filhos biológicos como, também, aos filhos adotivos.⁶²

⁵⁷BOSSA, Sônia. *Op. cit.*, p. 42.

⁵⁸POULTER, Stephan B. *op. cit.*, p. 45.

⁵⁹BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 92.

⁶⁰BOSSA, Sônia. *Op. cit.*, p. 42.

⁶¹BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 91.

⁶²BARROS, Alice Monteiro de. *Idem*, p. 91-92.

Apenas a título de exemplificação, vale destacar que *“na França, tanto o pai como a mãe podem ter uma licença para cuidar do filho (...). O pai pode escolher gozar a licença se a mãe não quiser gozá-la ou não tiver direito a ela.”*⁶³

⁶³MARTINS, Sergio Pinto. *Práticas Discriminatórias contra a mulher e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1996, p.33.

3. A proteção à maternidade no trânsito das discriminações no mundo do trabalho

Conforme se depreende da análise daquilo que foi dito até aqui, a presença da mulher no mercado de trabalho, nos dias contemporâneos, é cada vez mais marcante. Tal inserção, seja no ramo industrial, seja no comércio, na exploração agrícola, entre outros, é fato que não causa mais estranheza nos dias atuais, sendo um fenômeno cotidiano, permanente e em pura ascensão.⁶⁴

Assim, com o ingresso das mulheres no âmbito do trabalho, foram surgindo normas voltadas para a proteção destas trabalhadoras quando do desenvolvimento de suas atividades. E, nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento afirma que uma das regulamentações mais marcantes sobre este assunto foi o Tratado de Versailles, o qual *“estabelece o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, inserido em algumas constituições, dentre as quais a do Brasil, e destinado a impedir a exploração salarial da mulher.”*⁶⁵

E, este mesmo autor, analisando as normas atualmente existentes sobre a proteção do trabalho feminino, afirmou que houve uma mudança de paradigma em relação a tais regulamentações. Isto porque, ao contrário do que ocorria no passado, onde havia um direito do trabalho fortemente marcado por normas protetivas da mulher, proibindo a prestação de serviços por trabalhadoras do sexo feminino em determinadas condições, atualmente, neste ramo, temos um aspecto promocional, que visa atingir a igualdade entre os homens e as mulheres.⁶⁶

Assim, contemporaneamente, persiste uma tendência de se proteger as mulheres quando do desenvolvimento de suas atividades profissionais, tendo em vista questões afetas ao sexo feminino, como, por exemplo, a maternidade.

Sobre o assunto, Sergio Pinto Martins ressalta que

os fundamentos da proteção ao trabalho da mulher (...) só se justificam em relação ao período de gravidez e após o parto, de amamentação e a certas situações peculiares à mulher, como

⁶⁴RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.*, p. 430.

⁶⁵NASCIMENTO, Amauri Nascaro. *Op. cit.*, p. 932.

⁶⁶NASCIMENTO, Amauri Nascaro. *Idem*, *ibidem*.

*de sua impossibilidade física de levantar pesos excessivos, que são condições inerentes à mulher.*⁶⁷

E, especificamente acerca da maternidade, Sônia Bossa destaca que “as normas de proteção à maternidade que versam a respeito do trabalho da mulher estando ela grávida, tornam-se necessárias por que dizem respeito tanto à sua função biológica, como a perpetuação e conservação da espécie.”⁶⁸

Neste sentido, investigando a razão de ser das normas jurídicas que visam proteger a maternidade, Alice Monteiro de Barros afirma que “a maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações.”⁶⁹ E prossegue afirmado que “as medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência da gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações.”⁷⁰

Ademais, esta mesma autora afirma a necessidade de existirem normas que impeçam que a gestação e a maternidade sejam um empecilho à realização profissional das mulheres, inviabilizando que estas prossigam na carreira.⁷¹

Este também o entendimento de Mozart Victor Russomano, para quem, com a tutela específica da trabalhadora do sexo feminino, deve-se procurar “estimular a contratação da mulher, abrindo-lhe oportunidades mais amplas no mercado de trabalho.”⁷²

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, resumindo o que até aqui foi dito, destaca que, inicialmente, as mulheres suportavam péssimas condições de trabalho em razão da ausência de legislação que disciplinasse a prestação de serviços pelo sexo feminino. No entanto, com o passar do tempo, foram progressivamente surgindo legislações protetivas do trabalho da mulher, as quais, como conseqüência,

⁶⁷MARTINS, Sergio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 215.

⁶⁸BOSSA, Sônia. *Op. cit.*, p. 21.

⁶⁹BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 39.

⁷⁰BARROS, Alice Monteiro de. *Idem*, *ibidem*.

⁷¹BARROS, Alice Monteiro de. *Idem*, p. 63.

⁷²RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.*, p. 431.

trouxeram a discriminação do trabalho feminino, razão pela qual os empregadores passaram a preferir contratar empregados do sexo masculino.⁷³

E, prosseguindo, este autor conclui que, *“de certo modo contraditório, a legislação que tinha o objetivo de proteger as mulheres passou a ser fonte de discriminação, prejudicando seu trabalho.”*⁷⁴ E, em seguida, ressalta que, para combater tais conseqüências, *“a legislação de proteção da mulher ficou mais centrada nos aspectos que realmente merecem atenção na sociedade, em especial o estado de gestante e maternidade.”*⁷⁵

Por fim, cumpre ressaltar que, entre as normas que tratam da proteção à maternidade, encontram-se aquelas referentes à licença-maternidade as quais, pela sua importância, serão analisadas de forma mais aprofundada adiante.

3.1. Licença-Maternidade: o direito social e a racionalidade econômica.

Primeiramente, em relação à licença-maternidade, cumpre destacar que esta se encontra dimensionada em razão das necessidades do recém-nascido, o qual, nos primeiros momentos de sua vida, precisa de constante atenção por parte de seus genitores, a fim de que possa desenvolver-se de forma saudável. É necessário, portanto, que os pais auxiliem seus filhos a se adaptarem ao novo mundo que lhes é aberto.

Assim, tem-se que, conforme observa Sônia Bossa,

*a maternidade possui uma função social, cujas medidas protetivas visam garantir à mulher a sua função biológica de ser mãe, evitando determinados riscos que poderiam ameaçar a sua saúde e o desenvolvimento da gravidez e da criança.*⁷⁶

Alice Monteiro de Barros, reiterando e ampliando a função social da maternidade, eis que é esta imprescindível à renovação das gerações, afirma que “a

⁷³GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 653.

⁷⁴GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Idem*, p. 654.

⁷⁵GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Idem*, *ibidem*.

⁷⁶BOSSA, Sônia. *Op. cit.*, p. 21.

*tutela justifica-se não só em face da especificidade biológica que envolve a questão, mas também dos cuidados que o filho exige.*⁷⁷

Ainda acerca das normas protetivas da maternidade, cumpre destacar que, quando da sua elaboração, “o que norteia o legislador é sobretudo a proteção à criança, daí advindo alguns benefícios constitucionais à mãe e ao pai dessa mesma criança.”⁷⁸

Passando a tratar da licença-maternidade, cumpre destacar que, num primeiro momento, o ordenamento jurídico brasileiro proibia a prestação de trabalho pela mulher que se encontrasse grávida pelo período de 4 (quatro) semanas antes e 8 (oito) semanas depois do parto, sendo remunerado tal período de afastamento. Tal regramento tinha como base os artigos 392 e 393 da CLT.⁷⁹ No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, este período de afastamento foi alargado para 120 (cento e vinte) dias, sendo 28 dias antes e 92 dias depois do parto. Ressalta-se ainda que, apesar de tal determinação, assegura-se tal período de afastamento inclusive para os casos de parto antecipado.⁸⁰

Neste sentido a afirmação de Aristeu de Oliveira, o qual ressalta que “a licença remunerada à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com duração de 120 dias, alterou o artigo 392 da CLT, que proibia o trabalho da mulher grávida no período de (...) 84 dias.”⁸¹

Ademais, ainda quanto à duração da licença-maternidade, destaca-se que “os períodos antes e depois do parto podem ser aumentados de mais duas semanas cada um, no caso de complicações no estado da mãe e mediante atestado médico do Sistema Único de Saúde.”⁸²

Ainda sobre a licença-maternidade, vale lembrar que

a empregada não presta serviço no período de licença-maternidade, mas recebe a respectiva remuneração, ainda que

⁷⁷BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 63.

⁷⁸MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Op. cit.*, p. 214.

⁷⁹BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 429.

⁸⁰MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 218.

⁸¹OLIVEIRA, Aristeu de. *Op. cit.*, p. 300.

⁸²ALMEIDA, Ísis de. *Manual de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 228.

*sob a forma do mencionado benefício previdenciário, tratando-se de hipótese de interrupção do contrato de trabalho.*⁸³

Assim, o período de afastamento da empregada em razão da licença-maternidade não é desconsiderado para o cálculo do tempo de serviço efetivo, sendo igualmente computado na contagem do período aquisitivo das férias.⁸⁴

Neste mesmo sentido a afirmação de Ísis de Almeida, o qual afirma que a licença-maternidade *“constitui interrupção do contrato de trabalho e não exclui direito trabalhista, inclusive férias, cujo período de aquisição flui dentro do prazo de duração.”*⁸⁵

Tal entendimento é ainda corroborado por Sergio Pinto Martins, o qual afirma que, quando da licença-maternidade, *“o tempo de serviço é contado normalmente durante o afastamento, tratando-se, assim, de hipótese de interrupção do contrato de trabalho.”*⁸⁶

Por fim, cumpre ressaltar que, durante o período de licença-maternidade, assegura-se à empregada o chamado salário-maternidade.⁸⁷ Sobre este, cumpre novamente destacar o pensamento de Ísis de Almeida, o qual determina que, durante o período de tal licença, a empregada deverá continuar angariando os valores recebidos quando do desenvolvimento de suas funções, tendo em vista *“a necessidade de se conceder à maternidade todo apoio, especialmente o econômico, inclusive para a maior tranqüilidade da gestante, nesse momento biológico de tão importante consequência.”*⁸⁸

Este mesmo raciocínio é corroborado por Pedro Paulo Teixeira Manus, o qual, analisando a licença-maternidade, afirma que, neste caso, *“a lei atenta para a situação peculiar da trabalhadora, em que é necessário seu afastamento para dar à luz, e é exatamente um momento em que mais precisa do salário para o seu filho.”*⁸⁹

⁸³GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 669.

⁸⁴VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual Prático das Relações Trabalhistas*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 469.

⁸⁵ALMEIDA, Ísis de. *Op. cit.*, p. 473.

⁸⁶MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 356.

⁸⁷GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 669.

⁸⁸ALMEIDA, Ísis de. *Op. cit.*, p. 477.

⁸⁹MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Op. cit.*, p. 214.

Assim, ante a relevância do recebimento de tais valores durante o período de licença-maternidade, tal tema será, a seguir, analisado com maior profundidade.

3.2. Custos da Licença-Maternidade

Como já acima explicitado, houve um longo processo para que as mulheres tivessem alguns direitos reconhecidos. No entanto, algumas medidas protetivas adotadas em relação às mulheres acabaram gerando a tão temida discriminação, eis que não era do interesse do empregador arcar com os custos decorrentes da contratação de trabalhadoras do sexo feminino.

Sobre o assunto, Alice Monteiro de Barros destaca que

*os elementos mais destacados como responsáveis pela elevação desses custos são: o pagamento da licença maternidade pelo empregador; a redução da produtividade da mulher grávida; a substituição da trabalhadora nessas condições; a interrupção do trabalho durante a licença-maternidade; o absenteísmo que as responsabilidades familiares podem acarretar e a necessidade de se dotar uma empresa de berçários.*⁹⁰

No entanto, ante a brevidade deste estudo, a presente análise ficará restrita aos custos decorrentes dos pagamentos efetuados pelo empregador durante o período de licença-maternidade.

Assim, como analisado no tópico anterior, em razão da licença-maternidade, as mulheres têm garantido constitucionalmente o direito de poderem se ausentar por 120 (cento e vinte) dias de seus postos de trabalho, dedicando-se exclusivamente ao seu filho recém chegado.

No entanto, durante tal período de afastamento, a mulher deve continuar recebendo os valores mensalmente percebidos, não se podendo determinar o afastamento da trabalhadora com prejuízo do seu salário. Ademais, cumpre ainda

⁹⁰BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 62.

destacar que *“a retribuição correspondente à licença compulsória da gestante (...) é denominada salário-maternidade.”*⁹¹

A importância de a mulher continuar recebendo valores durante o período de afastamento resta ainda mais evidenciada quando se leva em consideração o aspecto social presente na licença-maternidade, conforme já analisado anteriormente. Assim, ainda por este motivo, deve a empregada receber, durante o período de afastamento, o montante percebido quando da realização de suas tarefas, até mesmo porque, em razão do nascimento de seu filho, terá de arcar com os custos daí decorrentes, assegurando ao seu descendente condições dignas de vida e proporcionando o seu desenvolvimento saudável.

Ademais, quanto às destinatárias do salário-maternidade, cumpre lembrar que este é devido à segurada empregada, à trabalhadora avulsa e à empregada doméstica. Neste ponto, destaca-se ainda que o salário-maternidade a ser pago à segurada empregada ou trabalhadora avulsa corresponde a uma *“renda mensal igual à sua remuneração integral e será pago pela Empresa ou Previdência Social. À empregada doméstica o salário-maternidade será pago diretamente pela previdência em valor correspondente ao seu último salário-de-contribuição.”*⁹²

E, a fim de impedir que as trabalhadoras femininas sejam discriminadas em razão de tal salário-maternidade, tais pagamentos devem ser arcados pela coletividade como um todo, e não diretamente pelo empregador. Isto porque *“caso contrário, o empregador iria, certamente, evitar a contratação de empregadas do sexo feminino, gerando a indesejada discriminação de gênero.”*⁹³

Porém, nem sempre se pensou assim.

Num primeiro momento, os custos decorrentes da licença-maternidade eram arcados diretamente pelo empregador, o qual era quem realizava os pagamentos durante todo o período de afastamento de sua empregada. Tal fato, no entanto, acabou por fazer com que as mulheres sofressem um efeito negativo em decorrência de um direito que lhes havia sido assegurado, sendo que, no momento da contratação, as empresas preferiam contratar homens a terem que arcar com

⁹¹BARROS, Alice Monteiro de. *Idem*, p. 438.

⁹²OLIVEIRA, Aristeu de. *Op. cit.*, p. 300.

⁹³GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 658.

uma oneração em suas folhas de pagamento caso a empregada, durante a vigência do Contrato Individual de Trabalho, se encontrasse em estado gravídico.

Tal fato, portanto, fazia com que a contratação de trabalhadoras do sexo feminino fosse escassa, eis que não era do interesse do empregador arcar com este encargo.⁹⁴

Por estas razões, tendo em vista os efeitos nefastos que a necessidade de pagamento pelo empregador do período de licença-maternidade estavam causando sobre as mulheres, constatou-se a necessidade de alteração do sistema até então vigente.

Resumindo o que se afirmou até aqui, Sergio Pinto Martins ressalta que

*inicialmente era o empregador quem pagava o período de tempo em que a gestante ficava afastada para dar à luz. Em conseqüência, a contratação de mulheres era mais escassa, pois o empregador não se interessava em ter esse encargo. Havia a necessidade da legislação determinar que o pagamento da licença-maternidade ficasse a cargo da Previdência Social, principalmente como uma forma de incentivar a contratação de mulheres como empregadas.*⁹⁵

Neste mesmo sentido, ressalta Gustavo Filipe Barbosa Garcia que, apesar da obrigatoriedade de se conceder o período de licença-maternidade à mulher, isto deve ser feito “sem que o empregador tenha de responder pela remuneração do período, encargo que deve recair, na realidade, sobre toda a sociedade, representada pelo Estado.”⁹⁶

E, por estas razões, foi editada a Lei nº 6.136/1974, a qual transferiu à Previdência Social a responsabilidade pelo pagamento da licença-gestante, de forma a impedir o fortalecimento da discriminação que vinha sendo praticada em relação às mulheres, fato este que significou grande avanço no caminho da

⁹⁴MARTINS, Sergio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 217.

⁹⁵MARTINS, Sergio Pinto. *Práticas Discriminatórias contra a mulher e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1996, p.115.

⁹⁶GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 659.

elaboração de normas efetivamente protetivas – neste caso específico, em relação à maternidade.⁹⁷

Assim, Alice Monteiro de Barros afirma que, no Brasil, “o ônus decorrente da licença da gestante (...) sempre esteve a cargo do empregador, até que foi transferido pela Lei n. 6.136, de 7 de novembro de 1974, (...) para a Previdência Social.”⁹⁸

Neste sentido, cumpre ainda destacar o ensinamento de Sônia Bossa, a qual, analisando a Lei nº 6.136/1974 – que transferiu os custos da licença-maternidade à Previdência Social –, destacou que seu objetivo foi justamente “a eliminação de toda e qualquer forma de discriminação contra o trabalho da mulher, principalmente no que se refere a onerosidade da mão-de-obra feminina.”⁹⁹ E, finalizando, concluiu que, caso assim não fosse, os empregadores evitariam contratar mão-de-obra feminina, gerando a tão temida discriminação – que é justamente o que se não quer.

Tecidas as argumentações acima, cumpre agora passarmos à análise, conforme a legislação atualmente em vigor, da forma pela qual tal pagamento é realizado.

Neste ponto, ressalta-se que, hoje em dia, o pagamento do salário-maternidade não é efetuado de maneira direta pela Previdência Social à gestante, mas diretamente pelo empregador à empregada. No entanto, para que as mulheres não viessem a ser rejeitadas em razão de tal pagamento – conforme os argumentos acima expostos –, convencionou-se que, após efetuar tal pagamento à empregada gestante, o empregador ressarcir-se-á junto ao sistema previdenciário. Desta forma, tal desembolso em nada afetará o patrimônio do empregador.

Sobre o assunto, destaca-se o posicionamento de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, os quais afirmam que cabe “ao empregador o ônus de pagar diretamente à empregada o salário-maternidade, sendo, no entanto, reembolsado pelo INSS, no momento de efetuar o pagamento das contribuições devidas.”¹⁰⁰

⁹⁷BOSSA, Sônia. *Op. cit.*, p. 22.

⁹⁸BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 424.

⁹⁹BOSSA, Sônia. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁰GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 409-410.

Neste sentido, afirma Sônia Bossa que

*a Constituição Federal de 1988 trouxe vantagens para a empresa contratante e, principalmente, para a mulher no campo de trabalho, ao dispor que a licença deverá ser paga pelo empregador, que efetivará sua compensação junto a Previdência Social, quando do recolhimento das contribuições sobre as folhas de salário.*¹⁰¹

Ademais, não se pode deixar de indicar que tal mecanismo vai ao encontro do que dispõe a Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho, a qual determina que *“em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher gestante que emprega.”*¹⁰²

Neste ponto, cumpre destacar que a Convenção nº 103 da OIT *“entrou em vigor no âmbito internacional a 07 de setembro de 1955 e o Brasil o ratificou em 18 de junho de 1965, após ter sido aprovado pelo Congresso Nacional.”*¹⁰³

E, prosseguindo neste raciocínio, afirma Gustavo Filipe Barbosa Garcia que tal regramento visa impedir a realização de práticas discriminatórias contra a mulher quando do seu ingresso no mercado de trabalho.¹⁰⁴ Neste mesmo sentido o entendimento de Arnaldo Süssekind, para quem este tratado multilateral surgiu justamente para evitar a discriminação do trabalho feminino, eis que determina que os valores pagos à empregada durante o período de licença-maternidade *“devem ficar a cargo de um sistema de seguros sociais ou de fundos públicos, (...) não podendo a legislação impor ao empregado o ônus direto da manutenção dos salários da gestante.”*¹⁰⁵

Assim, conforme ressaltado por Alice Monteiro de Barros,

para se conquistar a igualdade de tratamento, impõe-se, antes de mais nada, a transferência do encargo correspondente à licença compulsória (...) para um sistema de seguro financiado pela coletividade, o que contribui, de forma significativa, para

¹⁰¹BOSSA, Sônia. *Op. cit.*, p. 34.

¹⁰²GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 210.

¹⁰³SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 250.

¹⁰⁴GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 210.

¹⁰⁵SÜSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 250.

*aliviar os custos e evitar a segregação da mulher no mercado de trabalho.*¹⁰⁶

E, completando tal raciocínio, Amauri Mascaro Nascimento afirma que “o sistema é assim, sob a forma de reembolso, numa tentativa de evitar discriminação contra a mulher.”¹⁰⁷

Por fim, concluindo o que foi até aqui exposto, tem-se que “o salário-maternidade deve ser previsto como cobertura previdenciária, a ser custeada pelos cofres públicos da previdência social, sem pesar na folha de pagamento do empregador que diretamente contratou a empregada.”¹⁰⁸

Feita essa análise geral sobre a licença-maternidade, cumpre agora avançar na análise do tema.

¹⁰⁶BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 939.

¹⁰⁸GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 659.

4. Adoção

Conforme assevera Roberto João Elias, na sua obra *Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente*, as crianças e os adolescentes apenas conseguem desenvolver-se de forma plena e saudável dentro do seio familiar.¹⁰⁹ Ademais, conforme afirmado por Tânia da Silva Pereira, “ a família é o primeiro agente socializados do ser humano.”¹¹⁰

Isto ocorre porque, como observado por J. Franklin Alves Felipe,

*o homem, ser eminentemente social, convive em grupos, dentre os quais se destacam a Família, a Igreja e a Escola. Desponta-se a família, a nosso ver, como a mais importante das instituições sociais. Berço natural da pessoa, a família é o lugar ideal para a formação e educação dos filhos.*¹¹¹

No entanto, em que pese a importância da presença da família para o desenvolvimento dos filhos, muitas crianças acabam sendo abandonadas por seus genitores. E, conforme assevera Tatiana Wagner Lauand de Paula, isso se dá por diversos motivos, dentre os quais se encontram a morte de um dos genitores ou o abandono de um deles pelo outro, o nascimento de gêmeos, a constatação de ser o recém-nascido portador de enfermidade, bem como a falta de recursos para arcar com os gastos decorrentes da manutenção de uma criança, sejam em razão de pobreza, desemprego, entre outros.¹¹²

Assim, conforme ressaltado por Roberto João Elias, “*toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado no seio da família; se isso não for possível no de uma família substituta, que possa assumi-los, sob três formas: guarda, tutela ou adoção (...).*”¹¹³

¹⁰⁹ELIAS, Roberto João. *Op. cit.*, p. 21.

¹¹⁰PEREIRA, Tânia da Silva. *Da adoção*. In.: *Direito de Família e o novo Código Civil*. Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 135.

¹¹¹FELIPE, J. Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 01.

¹¹²PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. *Adoção à Brasileira: Registro de Filho Alheio em Nome Próprio*. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica, 2007, p. 35.

¹¹³ELIAS, Roberto João. *Op. cit.*, p. 21-22.

4.1. Um olhar sobre a adoção

Cumpra agora, analisando a disciplina legal que rege a matéria, traçar algumas breves considerações acerca do instituto da adoção,

Eduardo de Oliveira Leite, ao conceituar a adoção, expressamente afirma que esta “é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece um vínculo de filiação trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que lhe é estranha.”¹¹⁴

Já segundo Orlando Gomes,

*adoção é o ato jurídico pelo qual se estabelece, independente do fato natural da procriação, o vínculo de filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta.*¹¹⁵

Analisando o histórico da adoção no Brasil, cumpre destacar que, conforme ressaltado por Paulo Nader, apenas com o advento do Código Civil de 1916 é que o instituto da adoção foi devidamente sistematizado, sendo que, até então, apenas se tinha regulamentações esparsas sobre a matéria.¹¹⁶

E, conforme destacado por Eduardo de Oliveira Leite, “o Código Civil de 1916 regulou a matéria da adoção de acordo com os princípios dominantes no Direito Romano, isto é, com o específico escopo de atribuir artificialmente filhos a quem a natureza os negou.”¹¹⁷

Neste mesmo sentido, preceitua Silvio Rodrigues que, no Código Civil de 1916, “a adoção só era possível aos maiores de 50 anos (...). Então, e só então, abria-se-lhe a porta da adoção, a fim de suprir, dessa maneira, uma falta que a natureza criara.”¹¹⁸

¹¹⁴LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. Vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.257.

¹¹⁵GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 369.

¹¹⁶NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito de família*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.374.

¹¹⁷LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p.253.

¹¹⁸RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. Vol. 6. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 336.

Nos dias atuais, a disciplina da adoção encontra-se presente tanto no Código Civil de 2002, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, com a diferença de que apenas aquele diploma legal trata tanto da adoção de menores quanto de maiores.¹¹⁹ Ademais, tal matéria é ainda tratada na Lei nº 12.010/2009, a qual, publicada em agosto de 2009, entrará em vigor em novembro deste mesmo ano.

Assim, “no caso da adoção de menores de 18 anos de idade, aplicam-se também, e prioritariamente, as normas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser ele lei especial e principiológica.”¹²⁰

Ademais, Eduardo de Oliveira Leite afirma que hoje, com as alterações que ocorreram no âmbito jurídico e social – em especial com o advento do novo Código Civil –, o instituto da adoção colocou de lado seu viés egoístico, eis que, ao contrário do que ocorria no passado, quando se buscava, através da adoção, a satisfação dos interesses dos pais adotantes, atualmente a adoção baseia-se na afetividade, observando, em primeiro plano, o interesse do adotado.¹²¹

Necessário ainda mencionar a importância da Constituição da República de 1988 na alteração da regulamentação até então existente em relação à adoção, eis que, conforme ressaltado por Paulo Lôbo, “no Brasil, após a Constituição de 1988, não há mais filho adotivo, mas adoção, entendida como meio para filiação, que é única.”¹²²

Resumindo o que foi dito até aqui, Rolf Madaleno destaca que

*historicamente, a legislação brasileira dispensou tratamento diverso aos filhos adotivos, tendo desaparecido com a edição da Carta Federal de 1988, por determinação expressa do seu artigo 227, §6º, toda e qualquer forma de designação discriminatória em relação à filiação. Com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), nova regulamentação tratou de cuidar da adoção no âmbito do sistema jurídico brasileiro e essa legislação foi complementada com a promulgação do Código Civil de 2002.*¹²³

¹¹⁹NADER, Paulo. *Op. cit.*, p.375.

¹²⁰GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, Tutela e Guarda*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 33.

¹²¹LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p.254.

¹²²LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 247.

¹²³MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 472.

Passando a analisar o modo pelo qual a adoção encontra-se atualmente disciplinada em nosso ordenamento jurídico, cumpre, primeiramente, destacar que se exige, entre o adotante e o adotado, diferença etária de 16 anos, numa nítida tentativa de se reproduzir a filiação biológica, inclusive no que se refere à autoridade e respeito.¹²⁴

Sobre o assunto, Silvio Rodrigues defende que

*como a adoção cria um parentesco, em linha reta, de primeiro grau, (...) a regra se inspira na idéia de que a adoção procura imitar a natureza e, assim, mister se faz estabelecer entre as partes, que vão assumir posições de pai e filho, uma diferença que as situe em gerações diversas.*¹²⁵

Ademais, ordena-se ainda que a adoção apenas poderá ser realizada por sujeitos maiores de dezoito anos, eis que *“o adotante, dadas as responsabilidades inerentes à paternidade, deve ser pessoa plenamente capaz.”*¹²⁶

Silvio Rodrigues, elencando as pessoas que possuem capacidade para adotar, preceitua que *“todas as pessoas maiores de 18 anos (...), independentemente do estado civil, têm capacidade e legitimação para adotar.”*¹²⁷ E, neste ponto, ressalta ainda que o nosso ordenamento jurídico proíbe a adoção por procuração, razão pela qual esta é, em qualquer hipótese, um ato pessoal.¹²⁸

Em relação ao local em que deverá ser ajuizada a demanda de adoção, destaca-se que, em relação aos maiores de dezoito anos, esta deverá ser processada nas Varas de Família, ao passo em que, em se tratando de adoção de menores, o feito deverá ser processado junto ao Juizado da Infância e Juventude.¹²⁹ No entanto, em qualquer caso, a adoção dependerá de um processo judicial.¹³⁰

Cumpre ainda destacar que, conforme ressalta Antônio Elias Queiroga, *“ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou*

¹²⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. Vol. 5. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 401.

¹²⁵RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 344.

¹²⁶NADER, Paulo. *Op. cit.*, p.385.

¹²⁷RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 341.

¹²⁸RODRIGUES, Silvio. *Idem*, *ibidem*.

¹²⁹FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *O Código Civil e o Novo Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria da Advogado Editora, 2004, p. 99.

¹³⁰QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 249.

*se viverem em união estável. Não é possível, portanto, duas pessoas estranhas, sem vínculo civil nenhum, adotarem.*¹³¹

No entanto, em que pese a existência de tal determinação, observa Sílvio de Salvo Venosa que

*os divorciados e os separados judicialmente poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal. (...) Essa situação (...) é excepcional e busca estabilizar o menor que já estivesse convivendo com o casal antes do desenlace.*¹³²

Conforme destacado por Rolf Madaleno, imprescindível ainda, para que se dê o processo de adoção, o “*consentimento dos pais ou representantes legais de quem se deseja adotar, e da concordância do adotando, se ele contar com mais de doze anos.*”¹³³

Sobre a importância de tal anuência, afirma Paulo Nader que

*o consentimento do adolescente é relevante, pois já possui algum discernimento e se apresenta como principal destinatário da adoção. Quanto aos pais, a sua autorização se reveste de importância, pois a adoção implicará, também, a ruptura em seu parentesco com o filho biológico.*¹³⁴

Sobre a necessidade de se levar em consideração os interesses da criança, afirma Eduardo de Oliveira Leite que apenas no século XX é que a criança passou a ser objeto de proteção jurídica e, posteriormente, encarada como autêntico sujeito de direito, sendo, atualmente, observada como um sujeito que merece atenção e cuidados privilegiados.¹³⁵

Por fim, conforme ressaltado por Caio Mário da Silva Pereira, a aquiescência dos genitores apenas será desnecessária nos casos em que for desconhecido o

¹³¹QUEIROGA, Antônio Elias de. Idem, ibidem.

¹³²VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 348/349.

¹³³MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 484.

¹³⁴NADER, Paulo. *Op. cit.*, p.394.

¹³⁵LEITE, Eduardo de Oliveira. *A oitiva de Crianças nos Processos de Família*. In.: Direitos de Família: uma abordagem interdisciplinar. Coord. Reinaldo Pereira e Silva, Jackson Chaves de Azevedo. São Paulo: LTr, 1999, p. 30.

paradeiro dos pais biológicos do adotado, ou tiverem sido estes destituídos do poder familiar.¹³⁶

Destaca-se ainda que o nosso ordenamento jurídico prevê que a adoção será precedida de um estágio de convivência, o qual *“tem por finalidade adaptar a convivência do adotando ao novo lar. O estágio é um período em que se consolida a vontade de adotar e de ser adotado.”*¹³⁷ Portanto, tal estágio tem por finalidade averiguar a probabilidade de sucesso da adoção, tendo em vista a afinidade entre as partes, adotante e adotado.¹³⁸

Ademais, conforme já restou acima afirmado, a adoção, tanto de menores quanto de maiores, sujeita-se à processo judicial, do qual se terá, ao final, uma sentença, a qual será devidamente registrada no Registro Civil.

Sobre o assunto, explica Silvio Rodrigues que

*a adoção constituída por sentença judicial será inscrita no registro civil. Do mandado que a ordenar não se dará certidão, porque o intuito é o de que todos o esqueçam. Cancelar-se-á o registro original e nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar na certidão de registro. Neste figurarão os nomes dos pais do adotante como avós do adotado. Há, como se vê, uma integração total deste na família daquele.*¹³⁹

Portanto, com a adoção, o adotado passa a possuir vínculos apenas com a família adotante, não mais possuindo qualquer relação com os seus genitores.¹⁴⁰

Este também o entendimento de Carlos Alberto Bittar Filho, o qual afirma que *“a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.”*¹⁴¹

Ademais, este mesmo autor destaca que a adoção apenas produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, tendo esta, portanto, eficácia ex

¹³⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 402.

¹³⁷VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 352.

¹³⁸RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 345.

¹³⁹RODRIGUES, Silvio. *Idem*, p. 348.

¹⁴⁰DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 427.

¹⁴¹BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 64.

nunc. No entanto, caso o adotante venha à óbito durante o processo de adoção, esta considerar-se-á perfeita à data do óbito – caso em que a sentença produzirá, portanto, efeitos *ex tunc*, retroagindo à data do falecimento.¹⁴²

Importante ainda ressaltar que, em que pese o rompimento dos vínculos com os pais consangüíneos, “*defende-se, outrossim, o direito personalíssimo de uma pessoa de conhecer sua ascendência biológica, (...) independentemente do instituto da coisa julgada.*”¹⁴³

Prosseguindo, ainda acerca da adoção, destaca Silvio Rodrigues que “*a adoção cria um vínculo absoluto entre o adotado, o adotante e a família deste; portanto, decorrência lógica desta solução legal é sua perenidade.*”¹⁴⁴

Desta forma, atualmente,

*o adotado adquire os mesmos direitos e obrigações de qualquer filho: nome, parentesco, alimentos e sucessão. Na contramão, também correspondem ao adotado os deveres de respeito e obediência. Os pais, por sua vez, têm os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização.*¹⁴⁵

Assim, conforme afirmado por Antônio Elias de Queiroga, “*o instituto da adoção apresenta dupla finalidade: dar filhos àqueles que não puderam tê-los naturalmente; dar pais àqueles que estão desamparados.*”¹⁴⁶

E, como destaca Tatiana Wagner Lauand de Paula, “*o objetivo maior da adoção é constituir efetivo benefício e reais vantagens à criança e adolescente*”¹⁴⁷, razão pela qual, a seguir, será dedicada maior atenção aos aspectos sociais deste instituto.

¹⁴²BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Idem, ibidem.

¹⁴³MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 28.

¹⁴⁴RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 348.

¹⁴⁵DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 427.

¹⁴⁶QUEIROGA, Antônio Elias de. *Op. cit.*, p. 248.

¹⁴⁷PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. *Op. cit.*, p. 61.

4.1.1. Aspectos sociais da adoção

Primeiramente, cumpre destacar que, conforme alegado por Paulo Nader, *“nenhum instituto jurídico supera o conteúdo social e humanitário da adoção.”*¹⁴⁸ Neste sentido, afirma este mesmo autor que *“a adoção deve ser um ato de amor, propósito de envolver o novo ente familiar com igual carinho e atenção dispensados ao filho consangüíneo.”*¹⁴⁹

Sobre o assunto, afirma Daniele Lucy Lopes de Sehli que *“a adoção figura primordialmente como um instrumento de proteção dos direitos das crianças e adolescentes.”*¹⁵⁰

Neste mesmo sentido a alegação de Arnaldo Marmitt, segundo o qual

*a adoção é instituto essencialmente assistencial. Visa dar proteção ao adotado, familiarizando-o no lar de uma nova família, adaptando-o a uma novel ambiência familiar e igualizando-o em tudo a um filho legítimo do adotante, com todas as implicações humanas, legais e sociais pertinentes.”*¹⁵¹

Paulo Lôbo, analisando a dimensão social existente no processo de adoção, expressamente afirma que

*a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, conjuntamente, mudaram o foco preferencial da tutela jurídica da família para a pessoa que a integra (art. 226, §8º, da Constituição). A pessoa não se dissolve na família, no grupo familiar, mas é protagonista indispensável de sua contínua construção. A criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento, cujos interesses a todos obrigam, não podendo ficar subordinados aos dos adotantes, por mais relevantes que sejam. O desejo de ter um filho, especialmente para os que não o podem ter biologicamente, é acolhido pelo direito, e até estimulado; porém, fica subordinado ao da pessoa que se quer adotar.*¹⁵²

Neste mesmo sentido o pensamento de Tânia da Silva Pereira, segundo a qual

¹⁴⁸NADER, Paulo. *Op. cit.*, p.373.

¹⁴⁹NADER, Paulo. *Idem*, *ibidem*.

¹⁵⁰SEHLI, Daniele Lucy Lopes de. *Licença-Gestante à mãe adotante*. In.:Direito do Trabalho: estudo. José Affonso Dallegrave Neto (coordenador). São Paulo: LTr, 1997, p. 446.

¹⁵¹MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 10.

¹⁵²LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 261.

*a adoção destaca-se entre as medidas de colocação familiar. Dentro de uma nova perspectiva, o instituto se constitui na busca de uma família para uma criança, abandonando a concepção tradicional, civil, em que prevalecia sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família.*¹⁵³

Sobre a importância dada ao sujeito que está sendo adotado, Paulo Nader destaca que

*a adoção não visa apenas a proporcionar uma família ao ser carente, mas a inseri-lo em um ambiente em que possa desenvolver toda a sua potencialidade para o bem. Quando o juiz defere a adoção, a opção deve ser feita respeitando o princípio 'the best interest of the child'.*¹⁵⁴

Ademais, sendo possível a adoção de maiores de dezoito anos, conforme visto no item anterior, reitera Paulo Nader que *“este valor-guia da adoção, plenamente sintonizado na filosofia do ‘melhor interesse para a criança’ (...), se aplica inclusive aos maiores, sob a fórmula ‘benefício para o adotando.’*¹⁵⁵

Tânia da Silva Pereira, por sua vez, destaca que, ao contrário do que ocorre com a expressão norte-americana que, ao realçar a necessidade de se observar *“the best interest of child”*, enfatiza o caráter qualitativo do melhor interesse da criança, a tradução para o português realça a necessidade de se levar em consideração *“o maior interesse”* da criança, dando ênfase à face quantitativa de tal interesse. E, neste ponto, afirma a autora filiar-se à doutrina estrangeira.¹⁵⁶

Prosseguindo neste raciocínio, reitera José de Farias Tavares que apenas será deferido o pedido de adoção caso esta venha a trazer benefícios ao adotado.¹⁵⁷ E, prosseguindo, ressalta que *“são legítimos os motivos do pedido que levam em consideração primordialmente os interesses do adotando e não o suprimento de carências do adotante, tais como a necessidade de companhia ou de afeto.”*¹⁵⁸

¹⁵³PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p. 136.

¹⁵⁴NADER, Paulo. *Op. cit.*, p.375-376.

¹⁵⁵NADER, Paulo. *Idem*, p.384.

¹⁵⁶PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p. 140.

¹⁵⁷TAVARES, José Farias de. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 55.

¹⁵⁸TAVARES, José Farias de. *Idem*, *ibidem*.

Assim, conforme afirmado por Tânia da Silva Pereira, a adoção representa o esgotamento das possibilidades de manutenção da criança no seio da família biológica. E, portanto, indica o mais digno empreendimento das pessoas que se colocam à disposição para assumirem, como se seus filhos fossem, crianças e adolescentes fortemente marcados pelos estigmas da renúncia, do desamparo e dos maus-tratos.¹⁵⁹

Neste mesmo sentido a afirmação de Gustavo Ferraz de Campos Monaco, o qual afirma que a alocação da criança em família substituta se dará nas hipóteses em que se declarar findo o pálio-poder da família de origem, o que ocorrerá nos casos em que *“a manutenção da criança junto a sua família estejam a demonstrar nocividade a sua integridade física, mental ou intelectual, decorrente de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração.”*¹⁶⁰

Portanto, a adoção apenas poderá ser deferida nos casos em que permita à criança estabelecer verdadeiros laços afetivos com a sua nova família, enlances estes tanto de filiação quanto de paternidade.¹⁶¹

A adoção, portanto, visa possibilitar que se torne efetivo um direito fundamental assegurado às crianças e adolescentes, a saber, o direito a ter uma família.¹⁶²

Neste ponto, não se pode ainda desconsiderar o fato de que a ausência de uma estrutura familiar no seio da qual a criança possa se desenvolver acaba gerando marcas inapagáveis e efeitos nefastos na vida de tais seres humanos.¹⁶³

Neste sentido, destaca Tânia da Silva Pereira que

a falta de identificação com alguma pessoa de forma continuada e afetuosa conduz ao desenvolvimento de um quadro conhecido como hospitalismo, (...) sem afastar a

¹⁵⁹PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p. 136.

¹⁶⁰MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da Criança e Adoção Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

¹⁶¹MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Idem*, p. 55.

¹⁶²PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. *Op. cit.*, p. 60.

¹⁶³PEREIRA, Tânia da Silva. *Famílias Possíveis: Novos Paradigmas na Convivência Familiar*. In.: Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.651.

*possibilidade de se desenvolver um quadro psicótico pela falta de uma segura referência materna e familiar.*¹⁶⁴

E, assim, conforme defendido por esta mesma autora,

*o grande norteador para os intérpretes do novo sistema jurídico é que a convivência familiar, dentro ou fora do casamento, na família biológica ou substituta, e a vida em comunidade devem ser prioridade nas políticas públicas e governamentais. Se a criança e adolescente são, por determinação da Constituição de 88, 'prioridade absoluta', caberá à sociedade e à família implantar esta primazia através de medidas sócio-políticas imediatas e concretas, sobrepondo-a a interesses supérfluos e secundários em nosso atual contexto nacional.*¹⁶⁵

Neste mesmo sentido, afirma Tatiana Wagner Lauand de Paula que

*a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Tudo isso pode ser oferecido por quem não é biologicamente o pai.*¹⁶⁶

Por fim, conforme ressaltado por Elenita Batista Borges, a adoção, “*por seu inestimável valor social, é um valioso instrumento de efetivação do bem comum. Porque uma adoção só pode trazer benefícios, não só à família adotante, como ao filho adotado e também à comunidade.*”¹⁶⁷

4.2. A Lei 10.421/2002: avanço ou retrocesso?

Até o advento da Lei 10.421, de 15 de abril de 2002, a qual acrescentou o art. 392-A à CLT e o art. 71-A à Lei nº 8.213/92, não havia qualquer previsão no

¹⁶⁴PEREIRA, Tânia da Silva. Idem, ibidem.

¹⁶⁵PEREIRA, Tânia da Silva. *Da adoção*. In.: Direito de Família e o novo Código Civil. Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 136-137.

¹⁶⁶PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁶⁷BORGES, Elenita Batista. *A extensão da licença-maternidade à mãe adotiva*. In.: Direito do Trabalho & Direito Processual do Trabalho: temas atuais. Coord. Célio Horst Waldraff e Aldacy R. Coutinho. Curitiba: Juruá, 1999, p. 245.

ordenamento jurídico então vigente acerca da necessidade de se conceder o benefício da licença-maternidade à mãe adotiva.

Portanto, apenas com a promulgação de tal regramento é que se determinou que o benefício da licença-maternidade seria igualmente devido à mãe adotiva ou à empregada que obtivesse a guarda judicial visando a adoção de determinada criança.¹⁶⁸ Ademais, cumpre ainda destacar que esta lei também estendeu à mãe adotiva o direito ao salário-maternidade.¹⁶⁹

Ainda sobre a Lei nº 10.421/2002, cumpre destacar que, nesta ocasião, foi estabelecido pelo legislador diferentes prazos referentes à licença-maternidade da mãe adotiva, tendo como parâmetro a idade da criança.¹⁷⁰

Sobre o assunto, Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que, conforme restou determinado por tal regramento, *“a licença é devida desde que a criança tenha até oito anos de idade quando da adoção ou da guarda judicial (se a criança já tiver nove anos, a empregada não fará jus à licença-maternidade).”*¹⁷¹

Já Amauri Mascaro Nascimento, analisando esta mesma legislação, explica que, segundo determinava tal legislação, *“o período da licença (...) é proporcional à idade do menor: 120 dias para os casos de mães de crianças de até 1 ano de idade; 60 dias para crianças a partir de 1 ano e até 4 anos de idade; 30 dias, para as idades de 4 até 8 anos.”*¹⁷²

Restava em aberto, no entanto, uma pergunta: seria razoável a fixação de períodos diversos de licença-maternidade de acordo com a idade do adotado?

¹⁶⁸GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 330.

¹⁶⁹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 939.

¹⁷⁰GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 331.

¹⁷¹GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Idem*, p. 333.

¹⁷²NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 939.

4.2.1. Da igualdade entre as mães biológicas e as mães adotivas

Primeiramente, cumpre ressaltar que, conforme alegado por Rosana Fachin, *“na família contemporânea, a igualdade entre os cônjuges e a proibição de designação discriminatória dos filhos alcançam o interior das relações familiares, assumindo pais e filhos novos papéis.”*¹⁷³

Assim, conforme ressaltado por Tatiana Wagner Lauand de Paula, a família contemporânea deixou de lado sua feição patrimonialista, tendo assumido o sentido de uma vida comunitária baseada no afeto e no amor.¹⁷⁴

Prosseguindo neste raciocínio, esta mesma autora destaca que *“a família atual (...) valoriza (...) o vínculo afetivo – e dispensa menor importância aos vínculos tradicionais na formação da família – patrimônio e sangue.”*¹⁷⁵

Ademais, ressalta ainda a autora que *“o Direito ampliou o conceito de paternidade, que passou a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.”*¹⁷⁶

Sobre o assunto, cumpre igualmente trazer à tona o pensamento de Tânia da Silva Pereira, a qual destaca que a família atual, ao contrário dos modelos familiares do passado, constrói-se em cima de dois grandes pilares, a saber, o amor e o afeto.¹⁷⁷

Conforme afirma Rosana Fachin,

*o filho é mais que um descendente genético, e se revela numa relação construída no afeto cotidiano. Em determinados casos, a verdade biológica cede espaço à ‘verdade do coração’. Na construção da nova família deve se procurar equilibrar essas duas vertentes, a relação biológica e a relação sócio-afetiva.*¹⁷⁸

¹⁷³FACHIN, Rosana. *Do parentesco e da filiação*. In.: Direito de Família e o novo Código Civil. Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 131.

¹⁷⁴PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. *Op. cit.*, p. 46-47.

¹⁷⁵PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. *Idem*, p. 49.

¹⁷⁶PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. *Idem*, p. 52.

¹⁷⁷PEREIRA, Tânia da Silva. *Famílias Possíveis: Novos Paradigmas na Convivência Familiar*. In.: Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.647 e 648.

¹⁷⁸FACHIN, Rosana. *Op. cit.*, p. 130.

Neste sentido, ressalta Tânia da Silva Pereira que o modelo da nova entidade familiar exige o agrupamento de vários valores jurídicos, dentre os quais se inclui a “posse de estado”.¹⁷⁹ E, especificamente acerca das crianças e adolescentes, destaca que

*a posse de estado de filho representa um conjunto de comportamentos e atitudes que refletem uma relação de afeto com uma pessoa, seja ela criança, jovem ou adulta. Para que se caracterize a posse de estado de filho, é necessário que dirijam a ele os mesmos cuidados, carinho e a mesma formação que dariam se pais biológicos fossem.*¹⁸⁰

Sobre o assunto, Luiz Edson Fachin afirma que

*se o vínculo genético é um dado, a posse de estado é um construído. (...) A posse de estado de filho, mais que belas palavras. Ausente no texto codificado, (...) a posse de estado de filho tem nos seus elementos constitutivos um espelho: nomem, tractatus e fama. A visibilidade de relação ascendente-descendente, e vice-versa. Um tema parco na jurisprudência brasileira.*¹⁸¹

Assim, o reconhecimento da família socioafetiva propiciou que se reconhecesse a igualdade de filiação, motivo pelo qual não haveria mais razões para se diferenciar a mãe adotiva da biológica.

Sobre os efeitos decorrentes do reconhecimento da socioafetividade, afirma Paulo Lôbo que

*a total igualdade de direitos entre os filhos biológicos e os que foram adotados demonstra a opção da ordem jurídica brasileira, principalmente constitucional, pela família socioafetiva. A filiação não é um dado da natureza, e sim uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais, no cotidiano de suas vidas.*¹⁸²

Neste sentido, afirma Tatiana Wagner Lauand de Paula que

¹⁷⁹PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p.650-651.

¹⁸⁰PEREIRA, Tânia da Silva. *Idem*, p.650.

¹⁸¹FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 320-321.

¹⁸²LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 247.

*por mais que se queira atribuir a paternidade pela via do laço biológico, jamais se conseguirá impor que o genitor se torne o pai. Um pai, mesmo biológico, se não assumir a paternidade, jamais será o pai. A verdadeira paternidade é afetiva e está ligada à função, à escolha, ao desejo.*¹⁸³

Prosseguindo, destaca José Sebastião de Oliveira que *“mais valem filhos felizes com pessoas (pais socioafetivos) que lhes dêem a real dimensão do que é ser filho e do que é ser tratado como tal, do que estar ligado jurídica e biologicamente a um verdadeiro vácuo de sentimentos.*”¹⁸⁴

Ademais, este mesmo autor, questionando a (in)suficiência da relação biológica, ressalta que *“de nada vale um pai reconhecido jurídica e biologicamente como tal, se lhe é estranho demonstração de sentimentos para com seus filhos. Que pai é este? Um pai dividido entre o biológico e o socioafetivo?”*¹⁸⁵

Assim, conforme afirmado por Roberto João Elias, o resultado de tais modificações foi o reconhecimento de que os direitos dos filhos tidos fora do casamento ou adotados são os mesmos daqueles concebidos na constância da sociedade conjugal.¹⁸⁶

Ademais, este mesmo autor destaca que

*com a adoção inicia-se uma relação entre pais (adotantes) e filhos (adotados), que é semelhante à existente entre genitores biológicos e seus filhos. Os direitos e obrigações são os mesmos e, conforme o preceito constitucional do §6º do art. 227 da Constituição Federal, repetido no art. 20 do ECA, não pode haver quaisquer discriminações relativas à filiação.*¹⁸⁷

Segundo Eunice Ferreira Rodrigues Granato, *“o espírito do legislador (...) é promover a integração da criança ou adolescente na família do adotante, em tudo igualando o filho adotivo ao filho natural.*”¹⁸⁸

Assim, conclui Elenita Batista Borges que,

¹⁸³PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. *Op. cit.*, p. 41.

¹⁸⁴OLIVEIRA, José Sebastião de. *Op. cit.*, p. 257-258.

¹⁸⁵OLIVEIRA, José Sebastião de. *Idem*, p. 257.

¹⁸⁶ELIAS, Roberto João. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁷ELIAS, Roberto João. *Idem*, p. 65.

¹⁸⁸GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*. 1. ed. 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, p. 71.

*se a lei atribuiu a condição de filho ao adotado, pelo mesmo instrumento atribui a condição de mãe à mulher que adota. A partir do momento em que se consolidou a filiação por adoção, há que se esquecer que ela existiu. A mãe adotiva não é diferente da mãe natural.*¹⁸⁹

Corroborando a igualdade entre mães biológicas e mães adotivas, Daniele Lucy Lopes de Sehli destaca que “o amor de uma família adotiva é construído da mesma forma que o de uma família biológica, ou talvez seja até mais sucessor que aqueles do mesmo sangue, porque o amor, neste caso, foi conquistado.”¹⁹⁰ E prossegue esta mesma autora afirmando que

*mãe é mãe, seja ela biológica ou legal, não devendo prevalecer o privilégio daqueles que geram fisicamente os filhos. A criança que não veio do ventre, (...) mas foi aceita e assumida por outrem, à quem nasceu de seu coração, que talvez por força do destino ou de um ser superior a todos nós, lhe foi concedido, não deve sofrer qualquer tipo de discriminação.*¹⁹¹

4.2.2. Objetivos da extensão da licença-maternidade às mães adotivas

Conforme ressalta Sergio Pinto Martins, a extensão da licença-maternidade às mães adotivas é de extrema importância, eis que tal período tem como objetivo integrar o adotado à nova família, cercando-o de carinho, afeto e atenção.¹⁹²

Elenita Batista Borges, por sua vez, destaca que “a licença-maternidade (...) deve ser estendida à mãe adotiva, porque esta, depois de confirmada a adoção, para o mundo jurídico, passa a ser apenas mãe, pois a lei criou a ficção jurídica da maternidade e a atribuiu.”¹⁹³

Ademais, esta mesma autora afirma que, tendo o adotado direito à convivência familiar, deve-se criar condições para que esta seja a mais harmoniosa

¹⁸⁹BORGES, Elenita Batista. *Op. cit.*, p. 248.

¹⁹⁰SEHLI, Daniele Lucy Lopes de. *Op. cit.*, p. 456.

¹⁹¹SEHLI, Daniele Lucy Lopes de. *Idem*, p. 456-457.

¹⁹²MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 117.

¹⁹³BORGES, Elenita Batista. *Op. cit.*, p. 248.

possível, o que dependerá do tempo de contato que tenham, inicialmente, mãe e filho – o qual, portanto, deverá ser o maior possível.¹⁹⁴

Sergio Pinto Martins, por sua vez, ressalta que “a mãe adotiva tem os mesmos encargos que a mãe natural, devendo, assim, ser protegida, pois a proteção é destinada não só a mulher, mas ao recém-nascido, com cuidados com alimentação, afeto, etc.”¹⁹⁵

Neste sentido, afirma Elenita Batista Borges que

*a lei não poderia estabelecer a igualdade com relação aos deveres se não a concedesse também relativa aos direitos. E um desses direitos é a concessão da licença-maternidade para a mãe que adota, para que esse filho também tenha aquele período inicial de contato mais íntimo com a mãe, para que se estreitem os laços de amor e de carinho entre eles. Ambos precisam desse tempo, sem que a mãe tenha outras preocupações ou afazeres que não sejam os cuidados com o filho recém-chegado ao seu lar.*¹⁹⁶

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, analisando o presente tema, destaca que, em razão da extensão da licença-maternidade à mãe adotiva, a criança adotada “é diretamente beneficiada pela possibilidade de gozar da presença constante da mãe durante o período do afastamento, favorecendo a adaptação no seio familiar e possibilitando os diversos cuidados necessários.”¹⁹⁷

Portanto, extremamente necessário que a mãe adotiva goze da licença-maternidade, eis que imprescindível o contato da família adotante com o adotado nos primeiros momentos da adoção, a fim de que se possa construir verdadeiros laços de afeto e respeito dentro da nova família.¹⁹⁸

No entanto, nem sempre se entendeu assim, o que ocorria, em grande parte, em decorrência da opção do legislador constituinte de valer-se, no texto constitucional, da expressão “licença-gestante”.

¹⁹⁴BORGES, Elenita Batista. *Idem*, p. 251.

¹⁹⁵MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 117.

¹⁹⁶BORGES, Elenita Batista. *Op. cit.*, p. 251.

¹⁹⁷GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 670.

¹⁹⁸SEHLI, Daniele Lucy Lopes de. *Op. cit.*, p. 457.

4.3. Licença-Maternidade e Adoção: filtragem constitucional.

Um dos grandes entraves à extensão do benefício da licença-maternidade às mães adotivas se deu em razão da utilização do termo “licença-gestante” na Constituição da República de 1988, eis que muitos autores defendiam que tal expressão deveria ser interpretada de maneira estritamente literal.

No entanto, não demorou muito para que se percebesse que tal interpretação gramatical acabava gerando inúmeros conflitos com outros direitos e garantias constitucionalmente assegurados, motivo pelo qual se compreendeu a necessidade de se alterar o eixo pelo qual tal benefício era interpretado – conforme será visto a seguir.

4.3.1. O problema da interpretação literal do termo “licença-gestante” (art. 7º, XVIII, CF)

A Constituição da República do Brasil, em seu art. 7º, inc. XVIII, ao tratar da licença-maternidade, dispõe que:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...)

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.”

No entanto, não foram poucas as controvérsias geradas em razão da utilização do termo “licença-gestante” no texto constitucional. Muitos intérpretes e doutrinadores do Direito reconheceram, numa visão estritamente literal de tal inciso, que apenas teria direito a tal período de afastamento a mãe biológica, ou seja, a que tivesse dado à luz ao recém-nascido. Isto porque, pelo teor do “*inciso XVII – sic –*,

*artigo 7º, da Constituição Federal, a licença maternidade só se destina à gestante*¹⁹⁹, restando, portanto, excluída de tal benefício, a mãe adotiva.

Sônia Bossa, tentando entender o objetivo visado pela Constituição ao utilizar a expressão “licença-gestante”, afirmou que “a Constituição Federal de 1988 beneficiou apenas a gestante, levando em conta os desajustes orgânicos da mulher após o parto e a dependência da criança na fase de amamentação.”²⁰⁰

Sergio Pinto Martins, por sua vez, destacou que o texto constitucional não previu a extensão da licença-maternidade à mãe adotante, eis que “o uso da expressão *gestante*, substantivo feminino, refere-se à mulher em período de gravidez. A Lei Maior objetiva, assim, tutelar a gestante e não a maternidade, implicando proteger apenas a mãe biológica.”²⁰¹

E, afastando a licença-maternidade em casos de adoção, este mesmo autor destaca que

*a mãe adotiva não precisa de um tempo para que seu organismo retorne ao status quo anterior à gravidez, justamente porque não a teve. (...) Não se está, portanto, discriminando nem o infante, nem a adotante, pois as circunstâncias não são as mesmas em relação à gestante, já que esta necessita de tempo para que seu corpo retorne ao estado anterior, a adotante não.*²⁰²

No entanto, como observado por Elenita Batista Borges, o entendimento de que a licença-maternidade se destina apenas à gestante não se sustenta, eis que, uma vez realizado o parto, a mulher não mais se encontra em estado gestacional, sendo, em última análise, mãe e, portanto, pela interpretação literal do texto constitucional, a mulher, após o parto, não mais teria direito a tal benefício, eis que já encerrado o período de gestação.²⁰³

Ainda acerca deste dispositivo, Alice Monteiro de Barros dispõe que

se o texto constitucional tivesse se limitado a mencionar no art. 7º, XVIII, licença-maternidade ao invés de licença-gestante, teria sido possível ao legislador ordinário estender o

¹⁹⁹BOSSA, Sônia. *Op. cit.*, p. 26.

²⁰⁰BOSSA, Sônia. *Idem*, p. 27

²⁰¹MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 118.

²⁰²MARTINS, Sergio Pinto. *Idem*, p. 119.

²⁰³BORGES, Elenita Batista. *Op. cit.*, p. 247.

*afastamento à mãe adotiva, mesmo porque a Carta Magna não previu licença antes ou depois do parto, como procederam as Constituições anteriores.*²⁰⁴

Portanto, em que pese as diversas argumentações em sentido contrário, não há como se afastar a possibilidade de que a licença-maternidade seja também destinada à mãe adotiva, eis que, apesar de o art. 7º, inc. XVIII, da Constituição da República, atribuir à gestante o direito à gozar de tal período de licença, em nenhum momento traz o texto constitucional qualquer limitação para que o legislador ordinário o estenda igualmente para os casos de adoção – que foi o que ocorreu com o advento da Lei nº 10.421/2002.²⁰⁵

Neste sentido, afirma ainda Gustavo Filipe Barbosa Garcia que “o art. 7 da Constituição Federal prevê direitos que representam um patamar mínimo, que pode e deve ser suplantado pelas diversas fontes de direito, em conformidade com os princípios de proteção e da norma mais favorável.”²⁰⁶ E prossegue afirmando que “assegurar à trabalhadora adotante os direitos à licença-maternidade e ao salário-maternidade sem dúvida melhora a sua condição social, merecendo elogios a iniciativa do legislador ordinário.”²⁰⁷

Portanto, em que pese ter sido defendido por muitos autores a impossibilidade de se estender a licença-maternidade à mãe adotiva, em decorrência de uma interpretação restritiva do art. 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal, plenamente possível tal extensão, nos termos acima expostos.

E foi justamente este o acerto da Lei nº 10.421/2002, a qual, ao acrescentar o art. 392-A à Consolidação das Leis Trabalhistas, expressamente previu a extensão da licença-maternidade às mães adotivas.

No entanto, se por um lado este instrumento legal acertou ao prever tal benefício àquelas mães que adotassem seus filhos, foi este falho ao determinar que o período da licença seria fixado de acordo com a idade do adotado.

E é justamente este tema que será analisado a seguir.

²⁰⁴BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p.

²⁰⁵GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 332.

²⁰⁶GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Idem*, *ibidem*.

²⁰⁷GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Idem*, *ibidem*.

4.3.2. O critério etário como determinante do período da licença-maternidade

Conforme já analisado no presente estudo, a Lei nº 10.421/2002, ao estender o benefício da licença-maternidade à mãe adotiva, determinou que tal período de afastamento seria fixado em razão da idade da criança.

No entanto, não foram poucos os questionamentos gerados em decorrência da fixação de tal critério etário como determinante para o cálculo do período da licença-maternidade a ser concedido à mãe adotiva.

Neste ponto, vale destacar o pensamento defendido por Gustavo Filipe Barbosa Garcia, o qual, destacando o acerto de tal critério, afirmou que a

diversidade de períodos de licença, conforme a idade da criança, (...) é um forma de concretizar o princípio da igualdade material, previsto no art. 5º, caput, da Constituição da República, tratando os desiguais de forma desigual, na medida em que se desigualem. Sendo a criança adotada de até um ano são necessários, em princípio, os mesmo cuidados daqueles relativos ao filho de mãe biológica: daí o prazo idêntico de 120 dias de licença. Conforme a criança adotada tenha mais idade, é até mesmo senso comum que, em tese, não precise de todos os cuidados de um recém-nascido.²⁰⁸

No entanto, não se pode compartilhar de tal entendimento, na medida em que

a proporcionalidade cria uma duração desigual entre o direito da mãe natural e da mãe adotante ou guardiã. A desigualdade tem levado alguns doutrinadores a concluir pela inconstitucionalidade da lei nos casos de desproporção, que consideram atritar-se com o art. 5º, caput, da Constituição, ao declarar que todos são iguais perante à lei.²⁰⁹

Assim, não há como se reconhecer que tenha o legislador ordinário acertado ao estabelecer a idade da criança adotada como determinante para a fixação do período de licença-maternidade. Isto porque, tratando-se da adoção, não se pode desconsiderar o fato de que esta implica, para a família adotante, a entrada de um novo membro em sua casa e, para o adotado, o ingresso em um núcleo familiar o qual, até então, era desconhecido.

²⁰⁸GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Idem, p. 332-333.

²⁰⁹NASCIMENTO, Amauri Nascaro. *Op. cit.*, p. 939.

Por estes motivos, Elenita Batista Borges destaca que *“irrelevante é a idade do filho. A necessidade de um tempo exclusivo para o conhecimento e a adaptação da mãe com o novo filho e deste para com ela é a mesma.”*²¹⁰

E prossegue esta mesma autora afirmando que *“em crianças maiores, esta adaptação se mostra ainda mais complexa, pelo discernimento que a criança já possui do ambiente que a rodeia. Da mudança que se opera em sua vida.”*²¹¹

Neste ponto, destaca Paulo Lôbo que

*segundo os especialistas, quanto mais cedo é feita a adoção, menor o risco de a criança ter passado por experiências de abandono e sofrimento; consideram que a adoção a partir de 3 anos já é tardia, devendo os candidatos a pais ter acompanhamento especializado.*²¹²

Pode-se concluir, portanto, que não há razões para que o período de licença-maternidade da mãe adotiva seja diminuído em razão da idade mais avançada da criança, eis que, quanto maior for a criança a ser adotada, mais trabalhosa e delicada será a sua adaptação ao novo lar.

Ademais, vale destacar ainda que

*há quem defenda que esse critério de idade acaba prejudicando justamente o grupo mais carente, ou seja, as crianças mais velhas, que já são mais difíceis de serem adotadas, invertendo a correta incidência do princípio da igualdade no seu aspecto material.*²¹³

Desta forma, ilógica a racionalidade da Lei nº 10.421/2002, eis que, ao estabelecer um menor período de licença-maternidade de acordo com o avanço da idade da criança a ser adotada, não observa que, quanto maior a idade do adotado, mais difícil será sua adaptação ao novo lar. Ademais, igualmente desconsidera o legislador que, ante o menor período de licença e maior dificuldade de adaptação, está com esta medida desestimulando a adoção de criança e adolescentes, aumentando a preferência pela adoção de recém nascidos.

²¹⁰BORGES, Elenita Batista. *Op. cit.*, p. 252.

²¹¹BORGES, Elenita Batista. *Idem*, *ibidem*.

²¹²LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 249.

²¹³GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 333.

Assim, é necessário ter em mente o fato de que a adoção consiste na “colocação da criança em família substituta não consangüínea, com quem não guarda nenhum grau de parentesco ou outro laço de afinidade.”²¹⁴

Ademais, conforme observado por Viviane Girardi,

*o filho, ao ser acolhido pelo(s) seu(s) pai(s) – o(s) qual(is) naturalmente lhe assegurará(ão) uma convivência familiar e um espaço seguro de desenvolvimento pessoal – poderá cicatrizar a ferida do inicial abandono emocional e material vividos.*²¹⁵

Natural, portanto, que, quanto maior a idade do adotado, mais consciente estará do abandono sofrido, razão pela qual o critério etário não se sustenta, eis que, diante de tal fato, mais difícil será à nova família cicatrizar as feridas que a criança tenha sofrido no passado.

Resumindo o que foi dito até aqui vale destacar o pensamento de Líria dos Santos Paula e Déborah Lídia Lobo Muniz, as quais ressaltam que

*toda convivência entre pai e filho está coberta por sentimentos, inclusive confusos em relação a eles próprios e aos filhos que estão gerando ou recebendo em adoção. Nesse caso existe uma intensificação das emoções. Em nenhum momento a adoção é considerada como um processo fácil para o adotando e o adotante. Em todas as idades existem fases difíceis a serem transpostas por todos, mas estas dificuldades agravam-se com o aumento da idade do adotado, que já tem uma bagagem, uma vivência maior e por vezes traumática, seja com seus pais genéticos, seja em instituição de acolhimento de menores.*²¹⁶

Felizmente, no entanto, tal cenário está, atualmente, sofrendo significativas mudanças, conforme será visto a seguir.

²¹⁴MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003, p. 169.

²¹⁵GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 124.

²¹⁶PAULA, Líria dos Santos e MUNIZ, Déborah Lídia Lobo. *Licença-maternidade: o aumento do período de afastamento para a mãe trabalhadora*. Disponível em: http://web.unifil.br/docs/juridica/05/ARTIGO_10.pdf. Acesso em: 18 set. 2009.

4.3.3. A alteração da legislação e seu reflexo no cenário de adoções

Recentemente, em 04.08.2009, foi publicada, pelo atual Presidente da República, *Luis Inácio Lula da Silva*, a Lei nº 12.010/2009, a qual entrará em vigor 90 dias após a sua publicação, ou seja, em novembro de 2009.

Assim, tendo em vista o objeto do presente estudo, cumpre ressaltar que, dentre as inúmeras alterações preceituadas por esta Lei, encontra-se a revogação dos parágrafos 1ª a 3ª do art. 392-A da CLT, o qual, conforme já analisado no presente estudo, previa o critério etário como determinante do período de licença-maternidade das mães adotivas.

Entre os acertos de tal revogação, pode-se destacar o fato de que, agora, independente da idade da criança ou adolescente a ser adotado, o período de licença-maternidade será de 120 (cento e vinte) dias, propiciando um maior contato entre os pais adotivos e o adotado, na tentativa de uma maior adaptação entre eles.

Sobre o assunto, observa Wilson Donizeti Liberati que a convivência entre os pais adotivos e a criança adotada é de extrema importância para que sejam formados os laços afetivos que unem as entidades familiares, criando relações de afeto entre os entes da família.²¹⁷

Paulo Lôbo, por sua vez, destaca que *“a convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum.”*²¹⁸

Assim, permitindo a nova lei um maior período de convivência entre pais adotivos e adotados, está o legislador ordinário a propiciar a formação de sólidos vínculos afetivos na nova família que está sendo formada, eis que terão mais tempo para conviverem e se conhecerem.

Ainda sobre o acerto da revogação dos §§1º a 3º do art. 392-A da CLT, vale destacar que

²¹⁷LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47.

²¹⁸LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 53.

*a lei 12.010 não representa uma diminuição de direitos sociais, até porque se assim fosse, seria inconstitucional, pois, no âmbito dos direitos humanos, vigora o princípio da vedação de retrocesso social. Antes, pelo contrário, há um avanço: em qualquer caso de adoção de menor, a licença-maternidade é de 120 dias. O que se aboliu, portanto, foi a diferença de período em razão da idade do adotado. Aliás, apenas essa interpretação é possível e conforme ao escopo da lei, de incentivo à adoção, já que permite o período de adaptação do adotado no novo lar, o que é facilitado com a presença da adotante.*²¹⁹

No entanto, em que pese o avanço operado pela Lei nº 12.010/2009, não se pode desconsiderar o fato de que a Lei nº 10.421/2002, a qual havia acrescentado o art. 392-A na CLT, igualmente determinou o ingresso do art. 71-A na Lei nº 8.213/1991, o qual regulamenta o salário-maternidade pago à mãe adotiva – não tendo sido tal dispositivo revogado, ou ao menos alterado, pela Lei nº 12.010/2009.

Note-se, portanto, que a Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/1991) ainda prevê que o pagamento do salário-maternidade à mãe adotiva será realizado pelo período de trinta a cento e vinte dias, a depender da idade do adotado.

No entanto, inobstante permaneça em vigência o art. 71-A da Lei nº 8.213/1991, “*não se apresenta possível qualquer interpretação que diminua os direitos envolvidos, direitos estes sociais fundamentais.*”²²⁰

Assim , a licença-maternidade

deve ser concedida igualmente, independente da idade da criança adotada (...). Segundo a própria Constituição Federal, todos são iguais, não devendo, portanto, crianças serem discriminadas, por serem adotadas. E é em busca de manter esta igualdade que a licença-maternidade deve ser igualada a

²¹⁹CORREIA, Érica Barcha, ORIONE, Marcus e ROTHENBURG, Walter Claudius. *Incentivo à adoção*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=91420>. Acesso em 18 set. 2009.

²²⁰CORREIA, Érica Barcha; ORIONE, Marcus; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Incentivo à adoção*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=91420>. Acesso em 18 set. 2009.

*todas as mães, independente se ela é a genitora ou a adotante, e independente da idade de seus filhos.*²²¹

Note-se, portanto, que da forma como agora se apresenta disciplinada a matéria, é possível um maior contato entre adotante e adotado, possibilitando a construção de sólidos laços de amizade, confiança e respeito recíprocos entre os membros da nova família que se forma.²²²

Assim, apenas elogios podem ser dirigidos à iniciativa do legislador ordinário de acabar com a fixação do tempo de licença-maternidade da mãe adotiva de acordo com a faixa etária do adotado, propiciando a efetivação da igualdade entre mães biológicas e adotivas, bem como da igualdade de filiação. Desta forma, independentemente da mulher dar à luz a um filho biológico, ou adotá-lo como filho do coração, fará jus ao mesmo período de licença-maternidade.

²²¹PAULA, Líria dos Santos; MUNIZ, Déborah Lídia Lobo. *Licença-maternidade: o aumento do período de afastamento para a mãe trabalhadora*. Disponível em: http://web.unifil.br/docs/juridica/05/ARTIGO_10.pdf. Acesso em: 18 set. 2009.

²²²PAULA, Líria dos Santos; MUNIZ, Déborah Lídia Lobo. *Licença-maternidade: o aumento do período de afastamento para a mãe trabalhadora*. Disponível em: http://web.unifil.br/docs/juridica/05/ARTIGO_10.pdf. Acesso em: 18 set. 2009.

5. Conclusão

Com base no que foi exposto no presente estudo, pode-se afirmar que, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, fez-se necessária a criação de aparatos jurídicos capazes de atender as especificidades do sexo feminino, visando a igualdade de gênero na família, com especial atenção às questões afetas à maternidade.

No entanto, não se pode permitir que tais direitos assegurados às trabalhadoras do sexo feminino sejam utilizados como forma de impedir sua entrada no mercado de trabalho, servindo como justificativa para a não contratação de mulheres.

E, entre os direitos assegurados às trabalhadoras, foi dada maior atenção à licença-maternidade, tendo em vista a relevância de tal instituto. Neste ponto, imprescindível destacar que, com a entrada das mulheres no mercado de trabalho, a fim de se evitar uma sobrecarga de funções, passou-se a discutir acerca da licença parental, através da qual os encargos com os cuidados do filho recém-nascido recairiam sobre ambos os genitores, e não exclusivamente sobre as mulheres.

Ademais, ante o caráter social da licença-maternidade, esta deve ser destinada não apenas aos filhos biológicos, como também aos adotivos, na medida em que qualquer entendimento diverso implicaria numa prática discriminatória que não se sustenta atualmente.

Ora, a licença-maternidade visa justamente permitir que a mãe tenha um maior contato com o seu filho recém-nascido, propiciando um período de constante adaptação entre eles. E, especificamente na adoção, tal convivência será ainda mais importante, eis que se está tratando de uma vida que passará a integrar um núcleo familiar diferente do qual até então estava inserido, sendo inerente à espécie humana a necessidade de tal período de adaptação.

Justamente por esses motivos é que não há que se diferenciar a mãe biológica da mãe adotiva, eis que ambas são, em última análise, mães, e os cuidados e responsabilidade decorrentes de tal função são idênticos em ambos os casos. Assim, a qualidade de mãe não decorre do parto, não é, portanto, uma

decorrência biológica, mas, sim, uma consequência do amor e carinho destinado àquele que, com toda sinceridade e paixão, chama de filho.

Desta forma, ante a igualdade entre mães biológicas e mães adotivas, bem como a isonomia entre filhos adotivos e biológicos, não há como se filiar ao posicionamento de que a licença-maternidade apenas seria devida à mãe biológica. Ora, possuindo a mãe adotiva os mesmos deveres em relação aos seus filhos, logicamente também devem lhe ser assegurados os mesmos direitos, entre os quais, o da licença-maternidade.

E, neste ponto, vale ressaltar que foi a Lei nº 10.421/2002 a qual, ao acrescentar o art. 392-A à CLT e o art. 71-A à Lei nº 8.213/92, previu a extensão da licença-maternidade e o pagamento do salário-maternidade às mães adotivas.

No entanto, em que pese o avanço de tal regulamentação, foi esta infeliz ao determinar que o período de licença-maternidade seria fixado de forma diferenciada de acordo com a faixa etária do adotado, diminuindo tal período na medida em que fosse aumentando a idade da criança a ser adotada.

Ilógica, portanto, tal racionalidade, eis que, embora se saiba dos inúmeros cuidados que um recém-nascido exige, não se pode desconsiderar o fato de que, quanto maior a idade da criança a ser adotada, mais dificultosa será a sua adaptação ao novo lar. Isto porque, quanto mais crescido for o adotando, mais consciência terá do que está ocorrendo à sua volta e maiores serão as cicatrizes geradas pelo tempo de afastamento do convívio familiar.

Felizmente, no entanto, durante a redação do presente trabalho, foi publicada a Lei nº 12.010/2009, a qual entrará em vigor em novembro do corrente ano, e que revogou os §§1º a 3º do art. 392-A da CLT, acabando com a diferenciação do período de licença-maternidade em razão da idade do adotado.

Assim, em que pese não tenha tal legislação previsto a revogação do art. 71-A da Lei nº 8.213/92, o qual utiliza o critério etário para fixar o tempo de recebimento do salário-maternidade pela mãe adotiva, foi a Lei nº 12.010/2009 expressa ao revogar o dispositivo da CLT que utiliza este parâmetro para a fixação do período de licença-maternidade.

Portanto, digna de aplausos a iniciativa do legislador ordinário, ao promover a igualdade entre mães biológicas e adotivas. Ademais, ao estabelecer que o período de licença-maternidade será de 120 dias independente da idade do adotando, está se estimulando a adoção de crianças maiores de um ano de idade. Assim, tenha o adotando um, três, cinco, oito ou dez anos de idade, a mãe adotiva terá o mesmo período para se dedicar ao novo ser que chega em seu lar, permitindo uma maior adaptação entre ambos e a construção de sólidos laços afetivos na nova família que se forma.

Por fim, mas não menos importante, não se pode desconsiderar que, quanto maior o tempo de licença-maternidade a ser gozado pela mãe adotiva, maior será o período que esta terá para dedicar-se exclusivamente ao novo ser recém-chegado em seu lar, dirigindo-lhe atenção, afeto e amor. E são justamente estes elementos que caracterizam a relação de filiação, eis que o estado de filho, mais do que um dado biológico, decorre do amor que é dedicado a tal ser humano. E, tendo a mãe adotiva maior tempo para destinar carinho ao adotado, mais fortes serão os vínculos afetivos construídos entre estes dois sujeitos, os quais estarão aptos a constituírem autênticos laços de filiação. Serão, em última análise, mãe e filho, com os mesmos direitos e obrigações, independentemente da origem de tal relação – se biológica ou afetiva.

6. Referências Bibliográficas

ADELMAN, Miriam. *O gênero na construção da subjetividade: entendendo a "diferença" em tempos pós modernos*. In.: Coletânea Gênero plural. Miriam Adelman e Celsi Brönstrup Silvestrin (organizadoras). Curitiba: Editora UFPR, 2002.

ALMEIDA, Ísis de. *Manual de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

ARCHANJO, Léa Resende *Relações de gênero no Colégio Estadual do Paraná (1950/1960)*. In.: Coletânea Gênero plural. Miriam Adelman e Celsi Brönstrup Silvestrin (organizadores). Curitiba: Editora UFPR, 2002.

BAPTISTA, Sylvia Mello Silva. *Maternidade e Profissão: oportunidades de desenvolvimento*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BORGES, Dulcina Tereza B. e RODRIGUES, Jane de Fátima S. *O gênero na universidade e os currículos universitários: resistências e possibilidades*. In.: Coletânea Gênero plural. Miriam Adelman e Celsi Brönstrup Silvestrin (organizadoras). Curitiba: Editora UFPR, 2002.

BORGES, Elenita Batista. *A extensão da licença-maternidade à mãe adotiva*. In.: *Direito do Trabalho & Direito Processual do Trabalho: temas atuais*. Célio Horst Waldraff e Aldacy R. Coutinho (organizadores). Curitiba: Juruá, 1999.

BOSSA, Sônia. *Direito do Trabalho da Mulher - no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

BRUSCHINI, Cristina e UNBEHAUM, Sandra G. *Os programas de pesquisa da fundação Carlos chagas e sua contribuição para os estudos de gênero no Brasil*. In.: *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. Cristina Bruschini e Sandra G. Unbehaum (organizadoras). São Paulo: FCC, 2002.

COELHO, Mariana. *A evolução do feminino*. 2. ed. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2002.

CORREIA, Érica Barcha, ORIONE, Marcus e ROTHENBURG, Walter Claudius. *Incentivo à adoção*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=91420>. Acesso em 18 set. 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ELIAS, Roberto João. *Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana. *Do parentesco e da filiação*. In.: *Direito de Família e o novo Código Civil*. Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 119-134.

FELIPE, J. Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

FONSECA, Tania Mara Galli. *Gênero, Subjetividade e Trabalho*. Petrópolis: Vozes, 2000.

FONTENELE-MOURÃO, Tânia; GALINKIN, Ana Lúcia. *O que pensam as mulheres no topo da carreira?* In: *Trabalho de Mulher: mitos, riscos e transformações*. São Paulo: LTr, 2007, p. 144-155.

FRASER, Nancy. *Políticas feministas na era do reconhecimento*. . In.: *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. Cristina Bruschini e Sandra G. Unbehaum (organizadoras). São Paulo: FCC, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 2007.

GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOSDAL, Thereza Cristina. *Direito do Trabalho e Relações de Gênero: avanços e permanências*. In: Trabalho de Mulher: mitos, riscos e transformações. São Paulo: LTr, 2007, p. 74 - 91.
- GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*. 1. ed. 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.
- GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, Tutela e Guarda*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. Vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *A oitiva de Crianças nos Processos de Família*. In.: Direitos de Família: uma abordagem interdisciplinar. Coord. Reinaldo Pereira e Silva; Jackson Chaves de Azevedo. São Paulo: LTr, 1999, p. 29 - 51
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A terceira mulher – Permanência e revolução do feminino*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. *Práticas Discriminatórias contra a mulher e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 28.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da Criança e Adoção Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MURARO, Rose Marie. *Acerca do conceito de gênero*. In.: Mulher, gênero e sociedade. Rose Marie Muraro e Andrea Brandão Puppim (organizadoras). Rio de Janeiro: Relume Dumará FAPERJ, 2001.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito de família*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Nascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Aristeu de. *Manual de Prática Trabalhista*. 42. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PAULA, Líria dos Santos e MUNIZ, Déborah Lídia Lobo. *Licença-maternidade: o aumento do período de afastamento para a mãe trabalhadora*. Disponível em: http://web.unifil.br/docs/juridica/05/ARTIGO_10.pdf. Acesso em: 18 set. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. Vol. 5. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Da adoção*. In.: Direito de Família e o novo Código Civil. Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 135-151.

_____. *Famílias Possíveis: Novos Paradigmas na Convivência Familiar*. In.: Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.633–655.

POULTER, Stephan B. *O Fator Pai: como o legado paterno afeta sua vida profissional*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Editora Academia de Inteligência, 2008.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. Vol. 6. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2004.

SEHLI, Daniele Lucy Lopes de. *Licença-Gestante à mãe adotante*. In.: Direito do Trabalho: estudo. José Affonso Dallegre Neto (coordenador). São Paulo: LTr, 1997.

SILVESTRIN, Celsi Brönstrup. *Política e condição feminina: representações na mídia impressa brasileira (período 1994 – 1999)*. In.: Coletânea Gênero plural. Miriam Adelman e Celsi Brönstrup Silvestrin (organizadoras). Curitiba: Editora UFPR, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TAVARES, José Farias de. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 6ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual Prático das Relações Trabalhistas*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2004.