



PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Gabinete da Procuradora Geral

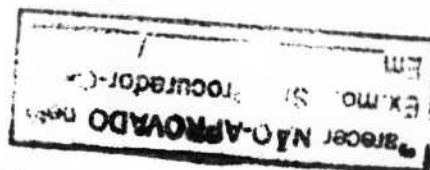
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva – PRCON

PARECER: 208/2017-PRCON/PGDF

PROCESSO: 0468.000791/2016

INTERESSADO: Alexandre Ricardo Campos Marques

ASSUNTO: Pedido de Licença Adotante de 180 dias



Parecer NÃO-APROVADO pelo
Ex.mo. Sr. Procurador-Geral
Em 30/03/2017

EMENTA. PESSOAL E ADMINISTRATIVO. SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE LICENÇA ADOTANTE DE 180 DIAS, COM BASE EM DECISÃO DO STF (RE 778889, COM REPERCUSSÃO GERAL). PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA. EXISTÊNCIA DO TERMO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE PROVISÓRIA, EXARADA PELO TJGO. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE/ADOTANTE À LICENÇA-PATERNIDADE/ADOTANTE. IMPOSSIBILIDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL TRATOU DIFERENTEMENTE ESSES DOIS BENEFÍCIOS. ALÉM DO MAIS, A DECISÃO DO STF É RELATIVA À LICENÇA MATERNIDADE E LICENÇA ADOTANTE, NO CASO DE SERVIDORAS PÚBLICAS, GESTANTES E/OU ADOTANTES, QUE NÃO É O CASO DO INTERESSADO.

SENHORA PROCURADORA-CHEFE DO CONSULTIVO,

Folha nº 71
Processo: 0468.000791/2016
Rubrica: [assinatura] Mat. 43/82-6

I – RELATÓRIO

A Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal encaminha os presentes autos administrativos, conforme sugerido por sua Assessoria Jurídico-Legislativa às fls.63/67 (Informação Jurídica 65/2017-AJL/SEDF), visando à manifestação desta Casa sobre o requerimento administrativo apresentado pelo servidor interessado, professor de Educação Básica, de **concessão da Licença Adotante de 180 (cento e oitenta) dias**, com fundamento no art. 26 da LC 769/08 (alterada pela LC 790/08) e **com base no entendimento do STF** que, em sede de Repercussão Geral, se manifestou no sentido de que a lei não pode instituir prazos diferenciados para a licença-maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes (fls. 02/09).

Referido pedido foi inicialmente indeferido pela Gerência de Lotação e Movimentação da SEDF, sob o fundamento de que a licença seria para a mãe adotante e não ao pai adotante (fls. 18).

Foram anexadas aos autos, cópias de um outro processo administrativo (P. 0271.00938/16), onde o servidor interessado requereu o mesmo pleito, tendo como referência outro cargo, uma vez que acumula o cargo público de **professor** da SEDF com o cargo de **Técnico de Laboratório/Hematologia e Hemoterapia** na Secretaria de Saúde do DF (fls. 22/60).

No cargo de Técnico, de acordo com as informações constantes, a Assessoria Jurídico-Legislativa- AJL emitiu a **Nota Técnica 1123/2016** (fls. 47/48), **concluindo pelo deferimento do pleito pelo período de 90 (noventa) dias (e não 180 dias como requerido)**, sob o fundamento de que esta Casa Jurídica havia emitido dois opinativos, **Pareceres 444/2016 e 433/2016-PRCON/PGDF**, no sentido de que a decisão do STF não

Folha nº 72
Processo: 468000791/2016
Rubrica: elmo Mat. 43182-6



vinculava a Administração distrital, estando a mesma impossibilitada de recusar aplicação do art. 26 da LC 769/2008.

Ato contínuo, a licença requerida no cargo de Técnico, foi concedida pela SES/DF, tendo sido publicado no DODF em 18/01/2017 (fls. 60), sendo agora requerida no cargo de professor, sob os mesmos fundamentos.

Vieram os autos para emissão de parecer.

É o Relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Constata-se dos autos que o requerente solicitou a presente licença (fls. 02/09), tendo em vista que ele e seu companheiro ingressaram com pedido judicial de adoção de Marcos Vinícius Pinheiro Costa, nascido em 19/11/2005 (12 anos) e seu irmão Luiz Felipe Pinheiro Costa, nascido em 19/10/2014 (3 anos), cujas guardas provisórias foram deferidas consoante o Termo de Guarda e Responsabilidade Provisória, datado de 07/04/2016, exarada pela Vara da Infância e Juventude da Comarca de Trindade/GO, no bojo do Processo de Adoção (fls. 16/17).

O pedido protocolado pelo requerente fundamenta-se no art. 26 da Lei Complementar 769/2008 (Regime Próprio da Previdência Social do DF), que equipara a situação da segurada adotante à licença-maternidade, fixando os períodos de concessão do benefício em função da idade da criança. Ressalta-se, assim, que o pedido vergastado centra-se na concessão do benefício da Licença Adotante por 180 (cento e oitenta) dias, com a extensão dada pela Lei Complementar 790/08. Confira-se o teor do art. 26 da LC 769/08, com a redação que lhe deu a LC 790/08:

Folha nº 73
Processo: 468.000791/2016
Rubrica: elme Mat. 43182-6



“Art. 26. A segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção fará jus à licença-maternidade pelos seguintes períodos:

I – 180 (cento e oitenta) dias, se a criança tiver menos de 1 (um) ano de idade;

II – 90 (noventa) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade;

III – 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

Parágrafo único. O benefício de que trata este artigo será deferido somente mediante apresentação de termo judicial de guarda à adotante ou guardião.” Grifos nossos

Nesse sentido, a própria Lei Complementar 840/2011, que instituiu o regime jurídico dos servidores públicos do DF, determinou a sujeição da licença-maternidade às normas do regime de previdência social a que a servidora estiver filiada:

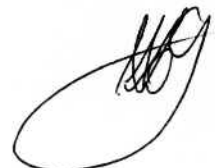
“Art. 130. Além do abono de ponto, o servidor faz jus a licença:

VIII – paternidade;

IX – maternidade;

Parágrafo único. A concessão da licença-maternidade sujeita-se às normas do regime de previdência social a que a servidora se encontra filiada.”

No entanto, o pedido em tela, s.m.j., não se amolda à situação legal retratada no dispositivo utilizado como seu fundamento jurídico, por não se tratar de concessão de Licença-Maternidade, inexistindo servidora gestante e/ou adotante (gênero feminino), mas sim servidor adotante (gênero masculino). E sob tal aspecto, em que pese as novas formas de constituição de família, que merecem e têm proteção constitucional, não cabe à Administração estender, por analogia, o acesso ao benefício, haja visto que a situação elencada diverge totalmente do caso previsto no dispositivo legal apontado.



De mais a mais, releva destacar que a Licença Paternidade tem assento constitucional e que se a própria Carta Magna tratou diferentemente as duas licenças não cabe à Administração equipará-las. Confirmam-se os mandamentos constitucionais relativos ao tema:

"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;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias." Grifos nossos

Na esteira dos mandamentos constitucionais a **Lei Complementar 840/2011**, que instituiu o regime jurídico dos servidores públicos distritais, dispôs:

"Art. 150. Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor tem direito à licença-paternidade de 7 dias consecutivos, incluído o dia da ocorrência." Grifos nossos

A **Lei Complementar 769/08**, com a redação que lhe deu a LC 840/11 também determinou que:

"Art. 1º (...)

§ 3º Aplicam-se subsidiariamente às disposições desta Lei Complementar as normas do regime jurídico dos servidores públicos civis do DF. "

E, por sua vez, o Decreto distrital **37.669/2016**, que instituiu o Programa de Prorrogação da **Licença-Paternidade** (ou adoção) para os servidores regidos pela LC 840/2011 assim dispôs, *verbis*:

Art. 1º Fica instituído o Programa de Prorrogação da Licença Paternidade para os servidores regidos pela Lei Complementar nº 840, de 23 de dezembro de 2011.

§ 1º O disposto no caput deste artigo é aplicável a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

§ 2º Para os fins do disposto no § 1º, considera-se criança a pessoa de até 12 anos de idade incompletos.

Art. 2º A prorrogação da licença-paternidade será concedida ao servidor público que requeira o benefício no prazo de 2 dias úteis após o nascimento ou a adoção e terá duração de 23 dias.

Parágrafo único. A prorrogação se iniciará no dia subsequente ao término da licença de que trata o art. 150 da Lei Complementar nº 840/2011.

Art. 3º O beneficiado pelo programa instituído por este Decreto não poderá exercer qualquer atividade remunerada durante o período de prorrogação da licença-paternidade.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto neste artigo implicará o cancelamento da prorrogação da licença e o registro da ausência como falta ao serviço.

Art. 4º O servidor em gozo de licença-paternidade na data de entrada em vigor deste Decreto poderá solicitar a prorrogação da licença, desde que requerida até o último dia da licença ordinária de 7 dias.

Art. 5º A Secretaria de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão do Distrito Federal poderá expedir normas complementares para execução deste Decreto.

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação." Grifos nossos

Como se vê, existe a possibilidade de a Licença-Paternidade, que para os servidores públicos do Distrito Federal (gênero masculino) é inicialmente de 7 dias consecutivos, ser prorrogada por mais 23 dias, o que totaliza um máximo de 30 dias de licença. Não havendo, portanto, que se falar em Licença-Paternidade ou Licença Adoção de 180 (cento e oitenta) dias, no caso dos servidores públicos (pai/adotante).

Interessa destacar, por oportuno, que o Sindicato dos Professores do DF ajuizou uma ação pedindo que o DF fosse condenado a

6


conceder aos professores, independentemente do gênero, licença adoção pelo período de 180 dias, independentemente da idade da pessoa adotada. No referido processo, foi pedido, inclusive, a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 26 da LC 769/08. O Acórdão exarado pelo TJDFT assim se encontra ementado:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 26, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 769/08. DEBATE AVENTADO PELO AUTOR-APELANTE. ACOLHIMENTO PELA TURMA CÍVEL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE EXAME DA MATÉRIA PELO CONSELHO ESPECIAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO.

I. O Sindicato dos Professores no Distrito Federal, em seu recurso, pede, visando tanto a proteção do menor, quanto dos seus genitores, que o Distrito Federal seja condenado a estabelecer, de maneira uniforme, o **prazo de 180 (cento e oitenta) dias em relação às licenças seja adotante, maternidade ou paternidade.**

II. Incidentalmente à análise do seu pleito, aponta a inconstitucionalidade do art. 26, da Lei Complementar nº 769/08, o qual estabeleceria prazos diferenciados quanto às referidas licenças, a depender da sua natureza e da idade do adotando.

III. O excelso Supremo Tribunal Federal, por sua vez, reconheceu no bojo do **RE 778889/PE**, a necessidade de se dispensar tratamento igualitário entre a **licença gestante e a licença adotante deferida em favor de servidoras públicas, fixando em ambos os casos o prazo de 180 (cento e oitenta) dias.**

IV. Assim, extrai-se que deve ser acolhida a argumentação lançada pelo recorrente, a fim de suscitar a presente arguição de inconstitucionalidade, uma vez que, para o julgamento do mérito da presente apelação, se demonstra imprescindível antes o exame, pelo Conselho Especial deste Egrégio Tribunal, da constitucionalidade do referido dispositivo da legislação distrital.

V. **Frisa-se que quanto à licença paternidade, esta, pela expressa previsão constitucional do art. 7º, incisos: XVIII e XIX, bem como do art. 10, § 1º, ADCT, e também pela ausência de manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, no bojo do julgamento do RE 778889/PE, continua fixada, salvo melhor juízo do Conselho Especial, no prazo de 05 (cinco) dias. Pontua-se que, a critério do Distrito Federal, tal benefício pode ser eventualmente majorado, como o foi, no seio do Decreto nº 37.669, de 29/09/2016.**

VI. Suscitado incidente de inconstitucionalidade. Igualmente, foi determinado o sobrestamento do curso processual, até que a matéria seja

Folha nº 77
Processo: 468000791/2016
Rubrica: lmc Mat. 43182-6



apreciada pelo Conselho Especial, nos termos do RITJDFT. Unânime”
(Acórdão n.985882, 20150110581650APC, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 23/11/2016, Publicado no DJE: 12/12/2016.

E do inteiro teor do referido Acórdão extraímos relevante trecho que mais de perto toca a presente análise:

“...Por outro lado, com as mais respeitosas vênias, não merece acolhida a pretensão de igualar o período de licença adotante do pai e da mãe. Com efeito, a própria CF/88 diferencia o prazo de licença paternidade e maternidade, dispondo que a mãe gozará de 120 (cento e vinte) dias de licença e o pai de 05 (cinco) dias, até que a questão seja regulada em lei específica. Confira-se:

Art. 7º, CF/88. 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;

XIX – licença paternidade, nos termos fixados em lei;

Art. 10. § 1º, ADCT. Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

O constituinte entendeu que homens e mulheres possuem papéis distintos na criação dos filhos, por isso autorizou prazos diversos para as respectivas licenças. Embora a opção legislativa seja questionável, a modificação depende de emenda constitucional ou lei específica. (...)

Como bem pontuado pelo Ministério Público, o Pretório Excelso já se manifestou sobre o tema, em sede de recurso extraordinário, com repercussão geral, apontando que é imprescindível o tratamento igualitário entre a licença gestante e a licença adotante **deferida em favor de servidoras públicas. No caso do DISTRITO FEDERAL, aplicando-se o entendimento do STF à leitura da legislação vergastada, extrai-se que provavelmente o mais correto seria a adoção do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, tanto em favor da licença gestante, quanto da licença adotante deferida em favor de servidoras públicas, o que indiciariamente aponta a sua inconstitucionalidade.**

Frisa-se que, quanto à licença paternidade (seja decorrente de adoção ou biológica), esta, pela expressa previsão constitucional do art. 7º, incisos: XVIII e XIX, bem como do art. 10, § 1º, ADCT, e

Folha nº 78
Processo: 468000791/2016
Rubrica: lbmc Mat. 43182-6



também pela ausência de manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, no bojo do julgamento do RE 778889/PE, continua fixada, salvo melhor juízo do Conselho Especial, no prazo de 05 (cinco) dias. Pode o DISTRITO FEDERAL ampliar o prazo da licença paternidade, caso entenda ser adequado, haja vista que é possível a ampliação dos direitos constitucionalmente estabelecidos, mas não sua diminuição ou privação. Neste sentido, inclusive a referida pessoa jurídica de direito público, estabeleceu, pelo Decreto nº 37.669, de 29/09/2016, o programa de prorrogação da licença paternidade, para os servidores distritais regidos pela Lei Complementar nº 840/2011, o qual estende o referido benefício até o prazo máximo de 30 (trinta) dias.”

Confira-se outro julgado, em relação à licença-paternidade:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES DE DECADÊNCIA E DE PERDA DO OBJETO. REJEIÇÃO. LICENÇA-PATERNIDADE. ADOÇÃO. FALTAS INJUSTIFICADAS. EXCLUSÃO DO ASSENTAMENTO FUNCIONAL.

I - Impetrado o mandado de segurança dentro do prazo de 120 dias da ciência pelo interessado do ato impugnado, não há decadência.

II - Não há se falar em perda do objeto quando persiste o interesse do impetrante em obter provimento judicial, consistente na exclusão do seu assentamento funcional das faltas referentes ao período de licença-paternidade.

III - O servidor que adota menor faz jus à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva de adoção.

IV - Concedeu-se a segurança. Unânime.
(Acórdão n.316284, 20080020002615MSG, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA CONSELHO ESPECIAL, Data de Julgamento: 05/08/2008, Publicado no DJE: 26/08/2008.

E mesmo em relação ao pedido de extensão da concessão do benefício da Licença Adotante para 180 dias, com fundamento na decisão do STF, em sede de repercussão geral, outra intelecção não seria possível uma vez que, consoante reconhecido pelo próprio TJDF, a hipótese analisada pela Suprema Corte centrava-se na possibilidade de equiparação da Licença-Maternidade à Licença Adoção para as servidoras públicas, gestantes e/ou adotantes, o que difere do caso aqui analisado. Confirmam-se as ementas do RE 778889/PE:

9


"Ementa: PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE. SERVIDORAS PÚBLICAS. EQUIPARAÇÃO ENTRE GESTANTES E ADOTANTES. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se a lei pode ou não instituir prazos diferenciados para a licença-maternidade concedida às **servidoras gestantes e às adotantes, especialmente à luz do art. 227, § 6º, da CF/88. 2. Repercussão geral reconhecida."**

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia **da mulher** para eleger seus projetos de vida. **Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção,** possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutaçao constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação **em favor da mãe gestante**. 8. Tese da repercussão geral: "Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante,

Folha nº 80
Processo nº 16700043/2016
Rubrica 1306 Mat. umc



não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada". Grifos nossos

Além do mais, ainda que a matéria aqui analisada versasse sobre Licença-Maternidade/Licença Adoção para as servidoras públicas distritais (o que, repita-se, não é o caso), existe entendimento por parte desta Casa Jurídica (**Pareceres 444/2016-PRCON/PGDF E 433/2016-PRCON/PGDF**) no sentido de que a decisão do STF, exarada no RE 78889/PE em regime de Repercussão Geral, não vincula a Administração e que ela não poderia deixar de aplicar o art 26 da LC 769/08.

Portanto, razão assiste à Assessoria Jurídico-Legislativa da Secretaria de Educação quando se manifesta favoravelmente à prorrogação da Licença-Paternidade, nos termos previstos no Decreto Distrital 37.669/2016 (30 dias no total), *"embora a apresentação do requerimento não tenha observado o prazo fixado pela lei, diante da proteção integral conferida às crianças"*.

III – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, com fundamento no art. 7º, incisos XVIII e XIX da Constituição Federal c/c art. 10, § 1º, ADCT; LC 840/11; LC 769/08; Decreto Distrital 37.669/2016 e julgados do TJDF e do STF referidos no corpo do opinativo, a Administração não pode equiparar a Licença-Maternidade/Adoção com a Licença-Paternidade/Adoção, concedendo ao servidor em questão, pela adoção de 2 crianças, uma licença de 180 (cento e oitenta) dias, tal qual requerido, sob pena de contrariedade à legislação de regência e por conseguinte, ao Princípio da Legalidade, ao qual a Administração Pública está adstrita.



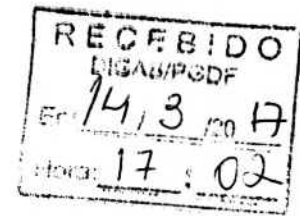
A legislação constitucional e infraconstitucional apontada prevê um período de gozo da Licença-Paternidade de até 30 (trinta) dias para os servidores públicos distritais que adotarem crianças, caso vergastado.

É o Parecer.

À consideração superior.

Brasília, 12 de março de 2.017.


MARIA LUISA B. PESTANA GUIMARÃES
Procuradora do Distrito Federal



Folha nº 82
Processo 46400074/2016
Rubrica el/mat. 43182-6



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete da Procuradora-Geral
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva



PROCESSO Nº: 468.000.791/2016
INTERESSADO: Alexandre Ricardo Campos Marques
ASSUNTO: Licença Adotante

MATÉRIA: Pessoal

Folha nº: 83 - Mat. 39.754-7
Processo: 468 000 791 / 2016
Rubrica: [assinatura]

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE. PREVIDENCIÁRIO. LICENÇA-MATERNIDADE POR MOTIVO DE ADOÇÃO. LC 769/2008, ART. 26. UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO AO PAI. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. CRFB, ART. 227 E ART. 267 DA LEI ORGÂNICA.

A Constituição Federal adotou o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, refletido no art. 227, cujo § 6º, dispõe que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se reiteradas vezes pela "legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união civil entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar", devendo ser-lhes garantidos os mesmos direitos assegurados à união heteroafetiva, inclusive no plano previdenciário e das relações familiares (RE 687.432 AGR/MG e RE 477.554 AgR/MG).

A análise sistemática do ordenamento jurídico atual impõe que a conclusão neste caso seja no sentido de assegurar aos filhos adotados que ao menos um de seus pais seja beneficiado com licença por período equivalente ao da licença-maternidade, a fim de que possa prestar a assistência necessária à criança nessa fase de adaptação ao novo lar.

Parecer que se deixa de aprovar.

Cuidam os autos de requerimento de licença adotante pelo servidor Alexandre Ricardo Campos Marques em decorrência da guarda provisória com fins de adoção de duas crianças, uma de 12 e uma de 03 anos, atualmente.

O interessado acumula lícitamente dois cargos públicos, um de Professor na Secretaria de Educação e outro de Técnico de Laboratório na Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. Por ocasião da obtenção da

guarda dos menores, em 07 de abril de 2016 (fls. 17/18), pleiteou a licença adotante junto a ambas as Secretarias, obtendo, contudo, respostas díspares por parte dos órgãos envolvidos.

A Secretaria de Estado de Educação indeferiu o benefício, sob o argumento, essencialmente, do princípio da legalidade (fl. 19). A Secretaria de Estado de Saúde, por sua vez, houve por bem deferir a licença, pelo período de 90 dias, com base no que dispunha a LC 769/2008 sobre o tema (art. 26, II), conforme publicação à fl. 90.

A partir do que decidido pela Secretaria de Estado de Saúde, o servidor solicitou nova análise do caso pela Secretaria de Educação, a qual, mantendo o indeferimento da licença-adotante, consulta esta Procuradoria quanto à possibilidade de concessão de licença com base no Programa de Prorrogação da Licença Paternidade, a despeito de o pedido ter sido formulado após o prazo previsto no Decreto nº 37.669/2016.

A parecerista, aduzindo que a lei promove diferenciação entre os gêneros, afirma que somente a segurada do sexo feminino faz jus à licença-maternidade por motivo de adoção, conforme previsto na lei, restando ao segurado do sexo masculino tão somente o direito à licença-paternidade, inicialmente de 07 dias, podendo ser ampliada por mais 23, nos termos do Programa de Prorrogação da Licença Paternidade. Nesse passo, corrobora a conclusão da AJL da Pasta consulente no sentido de ser possível o deferimento da prorrogação da licença por esse período em que pese o transcurso do prazo previsto no decreto regulamentador.

Em que pese a argumentação da parecerista, entendo que o caso merece solução diversa.

Um primeiro aspecto a ser considerado é que o opinativo sob exame – assim como diversas outras manifestações ao longo do processo – filia-se ao princípio da legalidade estrita administrativa, promovendo interpretação restritiva dos dispositivos que tratam da matéria, para negar o direito pleiteado.

Entretanto, no caso concreto, a leitura literal que se faz da lei, sob o pilar do princípio da legalidade, despreza outro princípio ao qual a Administração igualmente deve observância, qual seja o princípio da impessoalidade, corolário do princípio da isonomia, que, no caso concreto, confere efetividade, ainda, à

norma constitucional de proibição de direitos conferidos aos filhos, em decorrência da adoção (art. 227, § 6º).

Trata-se de vinculação da atuação Administrativa à Constituição, num juízo mais amplo de juridicidade, em que se deve ter em mente, sempre, os princípios que informam a hermenêutica constitucional, dentre os quais se destaca a necessidade de interpretação sistemática de suas normas (sendo certo que a Carta Maior se mostra como um todo harmônico), sendo menos valiosa a interpretação clássica, gramatical, de cada dispositivo de maneira isolada.

Sob esse viés é que se argumenta, em contraponto ao raciocínio desenvolvido no parecer, que a distinção literal promovida pela Constituição quando prevê licença-gestante mínima de 120 dias (art. 7º, XVIII) e licença paternidade mínima de 5 dias (art. 10, § 1º) não pode servir de fundamento para negar o benefício, direcionado ao *filho*, de que um de seus dois pais adotivos usufrua de licença adotante por tempo compatível com o necessário para assegurar, nos meses iniciais de convivência, a adaptação da criança ao novo lar, sob pena de ferir o princípio da isonomia a partir de uma diferenciação em razão do sexo ou da condição familiar.

Observe-se, inclusive, que a Constituição a despeito de não prever, no capítulo referente ao direito dos trabalhadores, a licença adotante, estabelece, expressamente, no art. 227, § 6º, que "*os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*".

A partir desse cotejo entre o art. 7º, XVIII, e o art. 227, tecendo minuciosa análise histórico-jurídica a respeito do direito à licença-maternidade para adotantes, bem esclareceu o Min. Luís Roberto Barroso em seu voto no RE nº 778889/PE:

No caso em exame, todos os capítulos desta história avançaram, paulatinamente, para majorar a proteção dada à criança adotada e igualar seus direitos aos direitos fruídos pelos filhos biológicos. Assim, observado tal parâmetro, **há um único entendimento compatível com a história que vem sendo escrita sobre os direitos da criança e do adolescente no Brasil: aquele que beneficia o menor, ao menos, com uma licença maternidade**

com prazo idêntico ao da licença a que faz jus o filho biológico. Esse é o sentido e alcance que se deve dar ao art. 7º, XVIII, da Constituição, à luz dos compromissos de valores e de princípios assumidos pela sociedade brasileira ao adotar a Constituição de 1988. É, ainda, o entendimento que assegura a integridade do Direito. Mesmo que o STF tenha se manifestado em sentido diverso, no passado, e **mesmo que não tenha havido alteração do texto do art. 7º, XVIII, o significado que lhe é atribuído se alterou. Trata-se de caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito.**

Este é, ainda, o único entendimento compatível com a igualdade entre filhos biológicos e filhos adotivos, como se passa a demonstrar.

Quanto à diferenciação entre os sexos, ou melhor, entre famílias, note-se que por diversas vezes o Supremo Tribunal Federal se manifestou quanto ao tema, a exemplo do RE 687.432 AGR/MG, decidindo pela *“legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união civil entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”*, devendo ser-lhes garantidos os mesmos direitos assegurados à união heteroafetiva, inclusive no plano previdenciário e das relações familiares. Pelo brilhantismo da tese, merece ser citada, também, a argumentação do Min. Celso de Mello no RE 477.554 AgR/MG:

Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, **têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República**, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) O Supremo Tribunal Federal – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, **a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e,**

também, na esfera das relações sociais e familiares. (Sem grifo no original).

Se eventual distinção literal promovida pela própria Constituição não pode se sobrepor aos princípios que a informam, menos ainda poderia fazê-lo a legislação infraconstitucional.

Assim, retomando-se todo o exposto e, em especial, a ideia de juridicidade¹, tomamos por premissa que: i) o benefício da licença-adoptante é direcionado ao filho e não propriamente ao trabalhador que usufrui a licença²; ii) a norma não pode promover discriminação entre diferentes famílias, especialmente se implicar prejuízo às crianças que participam dessa entidade familiar.

Dessa forma, se a interpretação literal da norma leva, em virtude de desinência de gênero nela inserida, a resultado tal que, ao ser aplicada a casos concretos de casais homoafetivos do sexo masculino, implica a total negativa do direito, por certo que esta não será a melhor interpretação a lhe ser conferida. Nenhuma interpretação deve levar ao completo esvaziamento da norma em situação específica em que a circunstância social posta à análise demanda o direito nela previsto, razão por que, nessa situação, a diferenciação entre sexos promovida no art. 16 da LC 769/2008 é irrelevante e deve ser considerada como não escrita.

Nesse sentido, afirmou o próprio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios no julgamento da ADI 2016.00.2.0446638 (a ser detalhada oportunamente neste texto) o seguinte:

¹ O princípio da legalidade administrativa, em sua acepção moderna, vem dando lugar ao princípio da *juridicidade*, conforme já nos alertam a doutrina e a jurisprudência pátrias.

Referido princípio reflete, no âmbito do Direito Administrativo, a superação do paradigma da lei a partir da consolidação do novo paradigma do ordenamento jurídico.

Confira-se, a propósito, trecho da fundamentação empreendida pelo Min. Gilmar Mendes no RE 632.853/CE que, citando o Min. Luís Roberto Barroso (exponente doutrinário quanto ao ponto), assim explicita essa nova compreensão da legalidade:

“Mais recentemente, porém, a doutrina juspublicista brasileira, capitaneada pela doutrina da efetividade da Constituição, que tem no professor e Ministro Luís Roberto Barroso um de seus maiores expoentes, viu emergir a noção de juridicidade administrativa, tal como rotulada pelo jurista alemão Adolf Merkl. Pela expressão, compreende-se a ideia de vinculação da Administração Pública diretamente à Constituição, em especial aos seus princípios, representando a superação ao positivismo legalista de outrora.”

² Premissa também compatível com o princípio da proteção integral, insculpido no art. 227 da Constituição Federal e reproduzido no art. 267 da Lei Orgânica do Distrito Federal. Também essa premissa foi tomada por base no julgamento do RE 778889/PE, o que pode ser observado, inclusive, nas referências já feitas ao pertinente precedente no bojo desta cota.

CK

Em verdade, este princípio [da proteção integral da criança e do adolescente] impõe, entre outras ações dele decorrentes, a implementação de posturas ativas por parte Estado no sentido de viabilizar às crianças e aos adolescentes em processo de adoção, os quais já experimentam contextos domésticos e sociais de abandono e sofrimento, as melhores condições de reinserção e amparo em suas novas famílias.

Aliás, a questão sobre a concessão do benefício em prazo compatível com a licença-maternidade a pessoas do sexo masculino não é, em absoluto, novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho já prevê expressamente a possibilidade de que o pai usufrua do benefício em caso de falecimento da genitora, por período integral, se a morte ocorrer durante o parto, ou pelo período remanescente, caso o falecimento seja posterior.

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

A fim de não pairarem dúvidas quanto ao tema, a CLT também assegura expressamente que a licença adotante pode ser deferida ao empregado ou à empregada, sendo requisito somente que seja deferida a apenas um deles, na mesma família, e não a ambos.

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Ul.

A previsão não faz outra coisa além de evidenciar que a preocupação do ordenamento é direcionada à criança, seu bem-estar, seu melhor interesse.

Confira-se, a propósito, trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso, sobre o tema, no RE 778.8889/PE:

A Lei 10.421/2002 estabeleceu, ainda, o direito do cônjuge ou do companheiro ao prazo remanescente da licença, em caso de falecimento da mãe durante a sua fruição. E previu o direito do empregado-adoptante ao mesmo benefício. Com tais inovações, deixou claro que a função essencial da licença maternidade passava a ser a proteção do interesse do menor que, tanto no caso da filiação natural, quanto da adotiva, precisa adaptar-se à família e estabelecer laços de afeto que são fundamentais para o seu desenvolvimento saudável.

Toda a controvérsia ora debatida é brilhantemente sintetizada por Maria Berenice Dias, cuja doutrina, no âmbito do direito de família aqui se destaca:

5.2. Licença natalidade

A licença-maternidade e a licença-paternidade são concedidas em benefício do filho. Quando do nascimento, ou na adoção, a identidade sexual dos pais não pode restringir o direito do filho de ser cuidado pelos prazos que a lei reconhece como necessários.

Sendo os pais do sexo masculino, indispensável que seja concedido, ao menos a um deles, a licença pelo prazo de quatro meses, e não somente de cinco dias.³

Cumpré, por fim, afastar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios em ação promovida pelo Sindicato dos Professores – SINPRO/DF como óbice à concessão da licença para adotante que ora se discute.

Isso porque a questão ainda está afeta a julgamento do Conselho Especial para pronunciamento quanto à constitucionalidade da norma, inclusive no tocante ao período de licença paternidade, consoante se deduz da redação do item V da ementa. O pronunciamento emitido pela 3ª Turma Cível no

³ DIAS, Maria Berenice. Filhos do Afeto [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

acórdão exarado cuidou apenas de acolher a argumentação lançada pelo recorrente (SINPRO/DF) e suscitar o incidente de inconstitucionalidade, determinando o sobrestamento do processo até julgamento do tema afetado.

Além disso, embora o acórdão mencione o prazo da licença-paternidade, não analisa a questão sob a ótica de óbito ou **inexistência da mãe**, o que altera substancialmente o panorama jurídico a respeito do tema, não se podendo afirmar, portanto, que o julgado tenha enfrentado a questão objeto destes autos e, por isso, que possa servir de precedente para este caso.

Não há, por conseguinte, qualquer pronunciamento definitivo sobre o tema pelo TJDF.

Diante do que se expôs, partindo-se de uma análise de juridicidade da norma insculpida na Lei Complementar nº 769/2008, tem-se que seu objetivo é o de que, por ocasião da adoção, um dos pais (não ambos) possa usufruir licença por período compatível ao necessário para promover a adaptação da criança ao novo lar nos meses iniciais de convivência.

Esse período será sempre de 180 dias, tendo em vista que o TJDF julgou parcialmente procedente a ADI 2016.00.2044663-8, proposta pelo Governador do Distrito Federal, para declarar inconstitucionais os dispositivos da referida Lei Complementar que impusessem limitação temporal ao gozo de licença-maternidade à segurada adotante, afastando-os do ordenamento jurídico, portanto. Confira-se a ementa do julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 769/2008. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. LICENÇA ADOTANTE. PRAZOS DIFERENCIADOS DA LICENÇA MATERNIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. GRUPO VULNERÁVEL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DA CONDICIONANTE ETÁRIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. O princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, esculpido no artigo 227 da Constituição Federal e reproduzido no artigo 267 da Lei Orgânica do Distrito Federal, impõem ao ente federado, entre outras medidas, a implementação de posturas ativas no sentido de viabilizar às crianças e aos adolescentes em processo de adoção, os quais já experimentaram contextos domésticos e sociais de abandono e sofrimento, as melhores

condições de reinserção e amparo em suas novas famílias.
2. Não obstante a diretriz constitucional, a lei impugnada nesta ação ignora completamente a especial vulnerabilidade da criança submetida ao processo de adoção, veiculando regramento fundamentado exclusivamente no critério biológico, sem observar que a proteção integral ao adotando também exige o resguardo das dimensões psicológicas, sociais e afetivas da pessoa humana em desenvolvimento.

3. Não se mostra razoável nem proporcional conferir aos filhos adotados uma proteção inferior àquela concedida aos filhos naturais no que tange ao período de licença do adotante, sobretudo porque crianças e adolescentes em processo de adoção integram um grupo vulnerável e fragilizado, o que demanda um esforço adicional da família acolhedora no processo de adaptação, criação de laços de afeto e superação de traumas vivenciados nas relações anteriores à adoção.

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, sob o regime da repercussão geral, fixou a tese de que os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, entendeu-se não ser possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada.

5. A declaração de inconstitucionalidade de todo o artigo 26 da Lei Complementar nº 769/2008 eliminaria do regramento jurídico distrital o fundamento legal da licença adotante, o que tornaria a norma previdenciária inconstitucional por omissão. Assim, opta-se pela declaração de inconstitucionalidade parcial do inciso I do artigo 26 da Lei impugnada, reconhecendo-se a inconstitucionalidade apenas da expressão condicionante "se a criança tiver até 1 (um) ano de idade".

6. Os incisos II e III do artigo 26 da Lei Complementar nº 769/2008 são integralmente inconstitucionais, uma vez que estes dispositivos estabelecem prazos diferenciados entre a licença adotante e a licença maternidade.

7. O parágrafo único do artigo 26 da Lei Complementar 796/2008 condiciona o deferimento da licença adoção à apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardião, exigência que não é desproporcional e mostra-se razoável para evitar fraudes contra a Administração Pública, não se vislumbrando nenhuma inconstitucionalidade.

8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão "se a criança tiver até 1 (um) ano de idade" contida no inciso I do artigo 26 da Lei Complementar 796/2008, bem como para declarar integralmente inconstitucionais os incisos II e III do artigo 26 da Lei Complementar 796/2008, tudo com efeitos "ex tunc" e eficácia "erga omnes".

(Acórdão n.996522, 20160020446638ADI, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS CONSELHO ESPECIAL, Data de

Dessa forma, a análise sistemática do ordenamento jurídico atual impõe que a conclusão neste caso seja no sentido de assegurar aos filhos adotados que ao menos um de seus pais seja beneficiado com licença por período equivalente ao da licença-maternidade a fim de que possa prestar a assistência necessária à criança nessa fase de adaptação ao novo lar.

Assim, retomando-se o contexto fático dos autos, observa-se que ao interessado foi deferida licença de 90 dias no âmbito da Secretaria de Saúde⁴ (fl. 60) e indeferida a licença no âmbito da Secretaria de Educação. Dessa forma, para regularizar a situação em apreço e, considerando a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* da norma que fundamentou o ato de concessão limitado a 90 dias, deve a Secretaria de Estado de Saúde conceder mais 90 dias de licença ao interessado e a Secretaria de Estado de Educação, por sua vez, conceder a licença integral de 180 dias, anteriormente indeferida.

Ideal, outrossim, que os períodos de licença sejam concomitantes a fim de possibilitar ao interessado que permaneça em período integral no seu lar, dando o amparo necessário aos seus filhos, ainda em fase de adaptação.

Ressalto, contudo, filiando-me à teleologia da norma já explicitada, que a licença somente será devida caso o companheiro do adotante não tenha usufruído de benefício de mesma natureza junto ao seu respectivo vínculo empregatício, o que deve ser declarado, sob as penas da lei, pelo interessado junto a cada uma das Pastas envolvidas nesse caso concreto antes da concessão da licença. Pode ser exigida prova documental também se o companheiro é filiado a algum regime previdenciário.

Por fim, sugiro encaminhamento de cópia deste opinativo à Secretaria de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão – SEPLAG, para que oriente os demais órgãos quanto à possibilidade de deferimento de licença adotante no prazo de 180 dias a segurado do sexo masculino integrante de união homoafetiva, mediante declaração, sob as penas da lei, de que o

⁴ O que se reputa correto, à vista do que a época dispunha a LC nº 769/2008, porquanto o deferimento ocorrera antes da declaração de inconstitucionalidade de dispositivos do artigo 26 da norma.

companheiro não esteja usufruindo ou tenha usufruído de benefício de mesma natureza.

Com essas considerações, **DEIXO DE APROVAR O PARECER Nº 0208/2017 – PRCON/PGDF**, exarado pela ilustre Procuradora do Distrito Federal Maria Luisa B. Pestana Guimarães.

Em 30 / 03 / 2017.

Folha nº: 88
Processo: 968000741/2016 - Mat. 39.754-7
Rubrica: RR


MARIA JÚLIA FERREIRA CÉSAR
Procuradora-Chefe

Procuradoria Especial da Atividade Consultiva

De acordo. Oficie-se à Secretaria de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão – SEPLAG, conforme sugerido. Oficie-se também à Secretaria de Estado de Saúde, para ciência da cota da Procuradora-Chefe da Procuradoria Especial da Atividade Consultiva, em especial sua parte final.

Restituam-se os autos à Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal, para ciência e adoção das providências cabíveis.

Em 30 / 03 / 2017.


KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do Consultivo