

## **PARECER Nº 17.144/17**

Procuradoria de Pessoal

**EMENTA: PGE. LICENÇA GESTANTE. ADOÇÃO. LICENÇA ADOTANTE. EQUIPARAÇÃO. IGUALDADE DE TRATAMENTO. RE Nº 778.889/PE. REPERCUSSÃO GERAL. ADOÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA. LC Nº 10098/94.**

AUTOR: JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS

Aprovado em 24 de novembro de 2017.

Chega nesta Equipe de Consultoria da Procuradoria-Geral do Estado o expediente administrativo (PROA) nº 16/1000-0003567-3, onde se apresenta o questionamento acerca da decisão, com Repercussão Geral, prolatada no Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, equiparando a situação da adotante à da gestante para fins de licença.

Os Autos foram inaugurados pelo MEMO PPREV/COORD Nº 41/2016 – fls. 02 a 04 - que, informando acerca da decisão em questão, relata a existência de norma presente na LC nº 10098/94, art. 143, que vai de encontro à mesma, quando estabelece parâmetros diferenciados para licença por adoção ou guarda, inclusive diferenciando sua temporalidade em razão da idade do adotado. Também relata ter esta Casa, em razão de pleito formulado por colega atuando no contencioso, dispensado a apresentação de contestação ao pedido formulado nos Autos do Processo nº 3160017940-7. Ao final, pleiteia a “(...)autorização de dispensa coletiva de contestação e de apelação quando o objeto do processo for concessão de licença aos adotantes pelo mesmo período da licença-gestante, prevista no artigo 141 da Lei Complementar 10098/94” e a “elaboração de orientação jurídico-normativa pela PGE...”.

Foram anexadas cópias do RE nº 778.889/PE – fls. 07/75 -, da tramitação do mesmo – fls. 77/79 -, da decisão acerca da dispensa de contestação mencionada – fls. 81/87 – e do despacho do Exmo. Sr. Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos, encaminhando a presente consulta – fl. 88.

Após despacho da Coordenação da Procuradoria de Pessoal, com a abertura do procedimento eletrônico, e tramitação regular, me foi distribuído para análise e manifestação.

### **É o relatório.**

I - O tema trazido nos Autos em análise diz com os efeitos – melhor seria dizer “com as repercussões” -, no âmbito da Administração Pública, em específico nos limites da função executiva, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com Repercussão Geral, no Recurso Extraordinário nº 778.889/PE.

Assim, antes e para além do debate acerca da própria decisão, em seu espectro substantivo – extensão da licença gestante à adotante, em igualdade de condições – o que é preciso resolver é, no caso, se a decisão proferida pelo órgão de cúpula do Sistema de Justiça impõe-se ao gestor público desde logo ou se funciona como um mecanismo de instigação para que, se for o caso, promova a adaptação da ordem legal aos termos do que decidido pela função jurisdicional.

É óbvio, e merece atenção, tal aspecto substantivo da decisão, uma vez esta incorporar um nítido viés ativista por parte do julgador, quando promove um *aggiornamento* do texto constitucional sem que este tenha sofrido alteração formal por parte do legislador competente.

Objetivamente falando, a norma em questão não foi objeto de qualquer modificação textual, tendo o STF, de certa forma, agido como legislador positivo, naquilo que tem sido nomeado como ativismo judicial, muito em paralelo com o processo de judicialização da política, do político e do cotidiano.

Sobre isso, muito tem se debatido, o que poderia nos conduzir por caminhos variados e que, para o deslinde objetivo da questão – em sede de orientação jurídico-normativa ao ente federado –, não contribuiriam, muito embora pudessem lançar luzes acerca dos papéis dos atores públicos em suas respectivas searas. Calha, todavia, trazer à baila o dito pelo Min. Marco Aurélio, em seu voto, no mesmo recurso:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o Tribunal caminha para rever jurisprudência, e essa caminhada não se faz a partir da modificação do quadro constitucional normativo. Ocorre tendo em conta nova concepção, igualizando a gestante à adotante.

Transporto a controvérsia para o campo do mandado de injunção. Imaginemos que estivéssemos a nos defrontar com situação em que articulada a lacuna no ordenamento normativo ordinário. Poderíamos, por melhor que fossem os olhos voltados à Constituição de 1988, caminhar no sentido de apontar a omissão legislativa? A meu ver, não.

E nos defrontando, como nos defrontamos, com recurso extraordinário, o provimento pressupõe transgressão, pelo Tribunal de origem, à Carta da República e enquadramento na alínea "a" do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal. E a nossa atuação é vinculada ao Direito positivo. Não podemos nos substituir ao legislador e assentar que estaria deficiente a normatividade aprovada pelos representantes do povo.

Se formos à Carta Federal, veremos que versa licença à gestante. Pressupõe o texto constitucional a gestação e, portanto, dupla proteção: à mulher que engravida, que se tornará parturiente, e também ao rebento, que acabará nascendo. O comum seria, ainda no curso da gestação, ter-se a licença, mas sabemos que, por motivos práticos, deixa-se para acionar esse direito constitucional praticamente às vésperas do parto, uma vez que, ante a adoção da cesárea, de forma praticamente linear, tem-se como prever essa data.

Aponta-se que o direito advém do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, a revelar a igualização dos filhos, pouco importando se decorrentes do casamento ou não, por adoção ou não. Mas esse artigo apenas impede o tratamento diferenciado aos filhos, não diz respeito a situação jurídica nem da gestante, nem, muito menos, da adotante.

Houve uma opção normativa, e caminhou o legislador para previsão da licença à adotante – e Vossa Excelência acaba de anunciar que está para a sanção da Presidente da República ou o veto...

(...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Já foi sancionado.

Um diploma que contempla também – porque a adoção nem sempre é feita pela mulher, não necessariamente – o direito do servidor. Penso que o projeto versa – não conheço o que foi sancionado – a situação do homem como adotante.

Não posso, Presidente – diante de normatividade que, considerando fatores distintos, não igualizo a adotante à gestante, a menos que caminhe para atuar como se fosse legislador –, assentar que o Tribunal de origem transgrediu, frontalmente, a Carta da República, como exige a jurisprudência do Supremo para acolher o extraordinário.

Peço vênia aos Colegas, que já acompanharam o Relator provendo o recurso, para entender que não estou diante de transgressão à Constituição Federal, no que o Tribunal de origem assentou que não há o direito à majoração do período de licença da adotante.

Ressalto, mais uma vez, que não confundo gestante com adotante, mesmo porque teria a problemática alusiva ao benefício que acaba de ser sancionado, considerado o homem, como adotante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, lanço apenas três observações.

Estivemos a errar no passado, em 2000. Creio que o meu voto se somou à corrente majoritária à época.

A segunda observação é que Direito é uma ciência – possui institutos, princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. Não posso substituir o que se contém na Carta da República no que remete, quanto à licença, à gestante.

Em terceiro lugar, vou divergir, ao mesmo tempo concordando com ilustre professor das arcadas, que hoje escreve na Folha sob o título: "Supremo, de guarda da Constituição a dono da Constituição".

No caso, pelo voto condutor do Min. Luis Roberto Barroso, estabeleceu-se uma nova dicção ao texto do art. 7º, XVIII da CRFB/88, extraindo dele uma regra nova, expressa na “tese” da decisão em tela. Veja-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889 PERNAMBUCO

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MÔNICA CORREIA DE ARAÚJO

ADV.(A/S): ANA CRISTINA CAVALCANTE BELFORT E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

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. **Mutação 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, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.**

Já, quanto ao mecanismo da repercussão geral no recurso extraordinário, tem-se que este instituto se consolidou na ordem constitucional pátria no ano de 2004 com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 45, que promoveu a nomeada Reforma do Judiciário, em paralelo à súmula vinculante, ambos como instrumentos de gestão da crise de administração do Sistema de Justiça, no enfrentamento do crescimento quantitativo de demandas e do fluxo dos procedimentos, tentando compatibilizar a ampliação do acesso à justiça – como jurisdição estatal – com a capacidade de resposta do sistema – adequar *input* e *output* nos fluxos forenses -, bem como tentando estabelecer uma certa racionalidade nas decisões, muitas vezes objeto de críticas por darem a demandas idênticas respostas distintas.

Com a EC nº 45/04 acrescentou-se, como pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinários, a exigência de repercussão geral da questão constitucional (artigo 102, inciso III, parágrafo 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.), a qual foi regulada mediante alterações no Código de Processo Civil (CPC) então vigente e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e, hoje, trazida pelo Novo Código de Processo Civil (CNPC) de 2015.

Dessa forma, o Tribunal deverá examinar se admite ou não o recurso e, apenas aqueles processos que tiveram esta “repercussão geral” reconhecida serão aceitos e irão a julgamento pelo plenário físico do STF, podendo ser recusada com a manifestação de dois terços de seus membros, ou seja, oito ministros.

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (NCPC)/2015, tivemos alterada a regulamentação do instituto, passando a vigorar o que segue:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos;

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal .

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto

intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 10. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

Assim, a repercussão geral é um pressuposto para a admissibilidade à julgamento do Recurso Extraordinário, dela se inferindo consequências sociais, econômicas, políticas ou jurídicas relevantes a repercutir para além do caso em discussão, devendo ser reconhecida por pelo menos um terço do colegiado julgador.

A decisão proferida, com repercussão geral, no Recurso Extraordinário paradigma orientará outras tantas decisões dos REs sobrestados nos tribunais de origem, dando um viés objetivo ao controle meramente incidental do Recurso Extraordinário, muito embora não supere a previsão contida no art. 52, X da Carta Constitucional de 1988, como se verá na sequência.

De qualquer sorte, a decisão do RE, com repercussão geral, se vincula à “(...) técnica do julgamento de “causa-piloto”, notadamente para lidar com causas repetitivas (ou “seriais”) e técnicas de limitação (...)” e, com isso, tem como objetivo “(...) impedir que o STF tenha que se pronunciar repetidamente sobre as mesmas questões e, ademais, de forma a se garantir que casos similares tenham decisões similares, preservando-se a isonomia.”, como sugerem Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron (In: Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva. 2016. P. 1378)

E, veja-se que, como previsto no § 11 do artigo em comento, a decisão será vertida em súmula com valor de acórdão.

Ainda, segundo o novo Código de Processo Civil (NCPC)/2015, a eventual discordância dos tribunais de origem deve vir acompanhada de uma fundamentação mais robusta ou da demonstração de que os casos são diferentes – o nomeado distinguishing.

Por tudo isso, a incorporação deste instituto, objetivamente falando, veio para impor, como dito antes, uma racionalidade interna ao Sistema de Justiça sem que isso signifique uma afetação direta e imediata para as demais funções do Estado, inclusive por, tratando-se de decisão proferida em sede de controle incidental de constitucionalidade, restar submetida à previsão constante do art. 52, X da Carta Política da República de 1988, que exige a intervenção do Senado Federal para a retirada da ordem jurídica da norma declarada inconstitucional no âmbito do controle difuso, como segue:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Da mesma forma, é preciso ter presente que, ao regular a matéria relativa à observância das decisões judiciais, o NCPC/2015, em seu art. 927, faz expressa referência a: “os juízes e os tribunais observarão...”. Em nenhum momento vai-se além disso, o que, por óbvio, feriria pressupostos constitucionais peculiares à organização do poder político adotada pela Carta de 1988, em especial quanto à autonomia de cada um destes.

Mesmo quanto ao sistema vinculatório, adotado como uma aposta na verticalização das decisões judiciais, é preciso ter o cuidado de percebê-lo em seus próprios limites, não significando um engessamento e uma artificialização da jurisprudência ou uma resposta “fácil” ao emperramento da máquina judiciária em razão do agigantamento da litigiosidade, pelos diversos motivos dos quais decorre – desde um maior acesso à justiça até um processo de judicialização exponencial do cotidiano. E isto nos leva a ter presente a advertência de Lenio Streck e Georges Aboud (In: Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 1196) quanto à “impossibilidade de aplicar de forma mecânica os provimentos vinculantes...”, até mesmo porque, na listagem destes (art. 927) tem-se uma diversidade que vai desde as decisões em controle concentrado de constitucionalidade (I) até orientação do plenário ou do órgão especial a que estiverem vinculados (os juízes), sendo que apenas as primeiras e as súmulas vinculantes (II) possuem previsão constitucional de vinculação e não poderiam, as demais, adquirirem-na se não por emenda constitucional, como também sugerem Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (In: Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. pp. 1836-1838).

Por óbvio, todo este debate vem na esteira da discussão acerca da crise do Sistema de Justiça e na “ideologia da celeridade” que preside muitas, se não a maioria, das respostas buscadas.

Independentemente, não se pode simplesmente transpor tal postura para o espectro total do Estado, em suas diversas atribuições, as quais vêm suportadas, como já referido, em bases constitucionais que lhes asseguram autonomia e competências peculiares, evidentemente que, tudo, em conformidade com o documento fundante do Estado Constitucional brasileiro, a Carta Republicana de 1988.

II – Entretanto, merece atenção por parte do Administrador Público o itinerário indicado pela decisão proferida pelo STF, no caso, apontando que situações iguais deverão ter o mesmo tratamento em sede jurisdicional, o que afeta direta e imediatamente aquelas legislações, como no caso do Estado do Rio Grande do Sul, que prevejam tratamento diverso para gestantes e adotantes, bem como, para estas, fixem períodos distintos de licenciamento, com base na idade do adotado ou outro critério diferenciador.

Este é o caso do art. 143 da LC nº 10098/94, assim redigido:

Art. 143 - À servidora adotante será concedida licença a partir da concessão do termo de guarda ou da adoção, proporcional à idade do adotado:

I - de zero a dois anos, 180 (cento e oitenta) dias; (Redação dada pela Lei n.º 13.117/09)

II - de mais de dois até quatro anos, 150 (cento e cinquenta) dias; (Redação dada pela Lei n.º 13.117/09)

III - de mais de quatro até seis anos, 120 (cento e vinte) dias; (Redação dada pela Lei n.º 13.117/09)

IV - de mais de seis anos, desde que menor, 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei n.º 13.117/09)

Dito de outra forma, mesmo não estando adstrito – ou vinculado – à decisão proferida, permanecendo, ainda, vigente a normatividade estadual que trata do tema, é certo afirmar que todas as situações iguais que forem levadas ao Sistema de Justiça terão tratamento idêntico, sendo inevitável a declaração de inconstitucionalidade incidental de tal legislação e a concessão da licença nos termos da decisão aqui analisada – em consonância com a disposição presente no art. 927 do NCPC, antes referido -, aliás, como já se tem notícia, inclusive com autorização no âmbito desta PGE para a não apresentação de contestação a pedido desta natureza – Processo nº 001/3160017940-7.

Portanto, afora debates sobre os fundamentos morais da decisão, os quais ultrapassam o âmbito do normativo, assim como a confluência em termos de valoração adjetiva da situação em tela sob a perspectiva dos direitos humanos, é certo afirmar que resta inafastável a necessidade de adaptação da legislação estadual e das práticas administrativas, estas últimas antes mesmo de operar-se a primeira (revisão legislativa), à tese presente na decisão que iguala o tratamento de gestantes e adotantes com relação à licença que lhes seja devida, mesmo que isso, objetivamente falando, faça letra morta da norma constitucional instalada no art. 52, X da CRFB/88.

Neste sentido, analisando-a, a Advocacia-Geral da União já se manifestou, como segue:

**PARECER N. 003/2016/CGU/AGU**

**PROCESSO: 00400.002244/2016-90**

**INTERESSADO: GABINETE DA ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO**

Exma. Sra. Advogada-Geral da União,

Em 10 de março de 2016, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema 782 da repercussão geral, deu provimento ao Recurso Extraordinário n. 778.889/PE, nos termos do voto do Relator Ministro Roberto Barroso, para reconhecer à recorrente o direito ao prazo remanescente de licença adotante, a fim de que o tempo total de fruição desse benefício, computado o período já gozado, seja de 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, acrescidos dos 60 dias de prorrogação, tal como permitido pela legislação em favor da mãe gestante. Na ocasião, a Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei n. 8.112/1990 Lei n. 8.112/1990, Art. 210: “À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias”.<sup>1</sup> e fixou a seguinte tese:

*“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, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.*

Publicado o acórdão no dia 1º de agosto de 2016 DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 01/08/2016 - ATA Nº 104/2016. DJE nº 159, divulgado em 29/07/2016.

<sup>2</sup>, e transitada em julgado a decisão no dia 26 de agosto subsequente, existem relatos de subsistente recalcitrância de órgãos da Administração Pública Federal em adotar o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal para todas as hipóteses de concessão de licença adotante a servidores públicos, ainda que não alcançados formalmente pelos efeitos da decisão.

O presente parecer, elaborado com base nos artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73, de 1993 Lei Complementar n. 73/1993: “Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O PARECER aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. (...) Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República”.

<sup>3</sup>, para ser submetido à aprovação do Exmo. Sr. Presidente da República, tem o objetivo de demonstrar a importância e a necessidade de que todos os órgãos da Administração Pública Federal observem, respeitem e efetivamente apliquem a tese consolidada pelo STF no RE n. 778.889/PE.

**I. O DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE OBSERVAR AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DECRETO 2.346/1997**

As decisões das Cortes Supremas e dos Tribunais Constitucionais devem ser observadas e respeitadas por todos os atores políticos e autoridades públicas que atuam no âmbito dos Estados Democráticos de Direito. As razões de decidir (*ratio decidendi*) que normalmente compõem os pronunciamentos judiciais desses tribunais estão qualificadas não apenas como *razões substantivas*, que contêm os elementos de justificação e de correção material da tese fixada, mas igualmente como *razões*

de autoridade, as quais se impõem como normas de observância e de cumprimento geral SUMMERS, Robert S.. *Two Types of Sustantive Reasons: The Core of A Theory of Common Law Justification*. In: Cornell Law Review, nº 63, 1978, p. 730. PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Springer, Law and Philosophy Library 8; 2009, p. 259.

<sup>4</sup>. A argumentação jurídica produzida por uma Corte Constitucional, portanto, se caracteriza também pelo *argumento de autoridade* ATIENZA, Manuel. *O argumento de autoridade no Direito*. Trad. de André Rufino do Vale. Revista NEJ, Vol. 17 - n. 2 - p. 144-160 / mai-ago 2012.

<sup>5</sup> que se forma por razões que se justificam independentemente de seu conteúdo substancial HART, Herbert L.A.. *Commands and Authotitative Legal Reasons*. In: *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Clarendon Press: Oxford, 1982.

<sup>6</sup>, e que não se constitui necessariamente de aspectos persuasivos, mas de uma *autoridade vinculante* SCHAUER, Frederick. *Authority and Authorities*. In: Virginia Law Review, vol. 94, 2008, pp. 1931-1961.<sup>7</sup>. Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, dessa forma, representam instituições políticas que, qualificadas como órgãos primários na estrutura de um sistema institucionalizado de normas, combinam a produção e a aplicação jurídica de maneira muito especial e assim determinam, de modo autoritativo, as situações jurídicas dos indivíduos e de suas relações sociais RAZ, Joseph. *Razón práctica y normas*. Trad. de Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 151 e ss.<sup>8</sup>.

A forma e o modo como os enunciados judiciais das Cortes assumem suas feições autoritativas e assim são reconhecidos, respeitados e aplicados possuem variações correspondentes aos sistemas, estruturas e organizações diversificadas em cada sociedade. A experiência dos Estados Unidos da América representa um exemplo eloquente de como o desenvolvimento histórico das instituições políticas daquele país foi capaz de construir uma cultura institucional em torno de precedentes judiciais e moldar todo um sistema de observância e acatamento dos pronunciamentos de sua Suprema Corte. O denominado princípio do *stare decisis* influencia e condiciona toda a atuação política e judicial das instituições norte-americanas e, desse modo, ainda que sob diferentes perspectivas WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. (First Draft, August 2011), October 11, 2011, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 11-75.

<sup>9</sup>, constitui um elemento básico de coerência e estabilidade do sistema jurídico do *common law*, indispensável para a segurança jurídica como princípio fundamental do Estado de Direito (*Rule of Law*).

No Brasil, não obstante, a formação histórica do Supremo Tribunal Federal e a construção inicial de um sistema de controle de constitucionalidade de normas não foram acompanhadas pela institucionalização de um princípio de *stare decisis* ou de qualquer mecanismo dotado de semelhantes funções. Devido a uma série de fatores que podem ser observados na perspectiva histórica de análise do período de formação da República Federativa (1890-91) – entre os quais sobressai a preocupação política com a concentração de poderes e, nesse aspecto, com o extremo fortalecimento político-institucional do STF, inspirado no modelo da Suprema Corte norte-americana, em relação à experiência de seu antecessor, o Supremo Tribunal de Justiça do Império – o constituinte daquele momento rejeitou a proposta de Rui Barbosa Rui Barbosa havia sugerido a seguinte emenda ao art. 34 do Projeto de Constituição elaborado pela denominada “Comissão dos Cinco”, criada pelo Governo Provisório por meio do Decreto n. 23, de 3 de dezembro de 1889: “Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) § 18. Criar tribunais subordinados ao Supremo Tribunal Federal”. Cf. BARBOSA, Rui. *A Constituição de 1891*. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XVII. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946, p. 40.

<sup>10</sup>, a qual, no fundo, pretendia introduzir o princípio do *stare decisis* no sistema constitucional brasileiro.

A primeira formação da jurisdição constitucional no Brasil assim se caracterizou como um modelo cujas decisões eram dotadas apenas de efeitos entre as partes do processo e que, desse modo, não poderiam fixar uma interpretação do ordenamento jurídico com caráter obrigatório *erga omnes*. Essa talvez seja a principal razão de índole histórica, política e institucional pela qual o desenvolvimento do modelo brasileiro de jurisdição constitucional, e especialmente o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal, sempre estiveram caracterizados pela recorrente instituição de mecanismos tendentes a superar a ausência no sistema de um princípio de *stare decisis*.



O primeiro desses mecanismos foi consagrado pela Constituição de 1934, que atribuiu ao Senado, então considerado como o “coordenador” dos Poderes Constituição de 1934, Artigo 88: “Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência”.

<sup>11</sup>, a competência para estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em casos concretos Constituição de 1934, Artigo 91, IV: “Compete ao Senado Federal: (...) IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

<sup>12</sup>. O instituto sobreviveu aos percalços da história constitucional brasileira O dispositivo foi reiterado nos textos de 1946 (art. 64), de 1967/1969 (art. 42, VII) e de 1988 (art. 52, X).

<sup>13</sup> e, renovado no atual art. 52, X, da Constituição de 1988, sempre se caracterizou por conferir à Casa Legislativa poderes exclusivos e eminentemente discricionários, próprios dos atos políticos, que estão imunes a qualquer tipo de controle externo e que assim se subtraem ao crivo dos demais Poderes BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*, Revista de Informação Legislativa, 13(50):61.

<sup>14</sup>. Cabe exclusivamente ao Senado a decisão política, sua forma e amplitude, assim como o tempo de sua emanção, em torno da atribuição ou não dos efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em casos concretos. Na prática, significa que esse mecanismo, em razão da imprevisão político-institucional que o caracteriza, não necessariamente insere no sistema uma correspondência lógica entre a decisão judicial de inconstitucionalidade em concreto e a emanção de uma proposição normativa de efeitos gerais e de obrigatória observância por todos os atores institucionais. Nesse aspecto, permanece válida e plena de sentido a decisão política inicial que caracterizou a primeira formação do controle de constitucionalidade no Brasil, em 1891, de atribuir ao Supremo Tribunal o poder de decidir, na resolução de casos concretos, sobre a inconstitucionalidade de normas apenas com efeitos *inter partes*.

É certo que, ao longo de todo esse período, o desenvolvimento paulatino, e em certa medida paralelo, de um robusto modelo de *controle concentrado e em abstrato de constitucionalidade de normas* – sobretudo a partir da Constituição de 1988 e do advento das Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999 – inseriu no sistema institutos processuais e técnicas de decisão que, ao possibilitarem *eficácia vinculante* e os *efeitos erga omnes* das declarações de inconstitucionalidade, fortaleceram o *caráter autoritativo* dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, especialmente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em geral. A Corte também passou a ter outros instrumentos processuais e procedimentais para produzir entendimentos com força de autoridade para órgãos judiciais e administrativos. Os institutos criados pela Reforma do Poder Judiciário estabelecida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a *Repercussão Geral* e a *Súmula Vinculante*, tornaram-se mecanismos cruciais para a afirmação e consolidação da jurisprudência do STF em relação aos demais juízes e tribunais, o que foi igualmente reforçado pelo pleno e profícuo desenvolvimento da Reclamação como ação constitucional cada vez mais vocacionada ao resguardo da competência e da autoridade das decisões da Corte.

O fato de o STF possuir atualmente tais instrumentos processuais e procedimentais e desenvolver de modo cada vez mais contundente seu papel institucional de Corte Constitucional da qual são emanadas decisões com forte impacto nas instituições políticas e repercussão social generalizada, aliado a fatores muito evidentes que transformaram completamente o sistema brasileiro de jurisdição constitucional – a decadência ou mesmo a insubsistência da suposta “bipolaridade” entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade; assim como a transmutação da cultura jurídico-política em torno do princípio da separação dos poderes em relação à concepção dominante na década de 1930 –, estão a pressionar a normatividade do art. 52, X, da Constituição, colocando em permanente questão a subsistência dessa competência do Senado nos moldes como ela foi inicialmente contemplada na Constituição de 1934.

É conhecida e amplamente difundida a tese segundo a qual a disposição presente no art. 52, X, da Constituição, teria passado ao longo das últimas décadas por um processo de *mutação constitucional* e que atualmente teria seu sentido normativo restrito à efetivação da publicidade, com caráter geral, da

declaração de inconstitucionalidade já proferida pelo STF com inerentes efeitos *erga omnes*, estes já naturalmente decorrentes do próprio modelo atual de controle misto da constitucionalidade existente no Brasil, que por suas próprias características confere poderes à Corte Constitucional para fixar, com evidente *força normativa* e impacto generalizado nas instituições e em toda a sociedade, a interpretação da Constituição MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

<sup>15</sup>. Não obstante, foi o próprio STF que, no julgamento da Reclamação n. 4.335 Na RCL n. 4.335, o STF discutiu sobre a possibilidade de a decisão de inconstitucionalidade proferida no Habeas Corpus 82.959, em sede de controle difuso, poderia revestir-se de eficácia *erga omnes* independentemente da resolução do Senado Federal.

<sup>16</sup>, rejeitou a necessidade de uma releitura do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade, mantendo, portanto, sua competência exclusiva para decidir, em âmbito político de conveniência e oportunidade, sobre os efeitos *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade em concreto proferida pelo STF.

Atualmente, e sobretudo após a decisão proferida na RCL 4.335, o sistema brasileiro de jurisdição constitucional se caracteriza por permanecer, nos moldes de sua configuração original, despido de um mecanismo processual explícito e amplamente aceito que atribua formalmente efeitos gerais à decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. É o Senado Federal que, em razão da plena vigência e normatividade do art. 52, X, da Constituição, permanece com a atribuição exclusiva de conferir os efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade em concreto emanada do STF. Mesmo nas decisões proferidas em sede de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, os efeitos produzidos em relação aos juízes e tribunais, tendo em vista a necessidade de adoção da tese fixada em casos semelhantes e repetitivos, não necessariamente implicam eficácia geral e vinculante e, portanto, não obrigam os órgãos da Administração Pública a impreterivelmente observar a declaração de inconstitucionalidade.

É nessa conjuntura que se renova a importância do Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997, o qual consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais do STF, que permanecem vigentes até os dias atuais. Editado em uma época na qual ainda não existiam os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, e sequer haviam as Leis n. 9.868 e n. 9.882, ambas do ano de 1999, suas normas visam precipuamente implementar, no âmbito da Administração Pública Federal, uma cultura jurídica em torno do dever funcional de observar, respeitar e fazer aplicar as decisões do Supremo Tribunal Federal. Por isso, em seu art. 1º, deixa-se explícito que:

*“Art. 1º. As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto”.*

Em seu § 1º do art. 1º, o Decreto traz disposição relacionada às decisões proferidas pelo STF em sede de *controle abstrato de constitucionalidade*, determinando o seguinte:

*“Art. 1º. (...) § 1º. Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial”.*

Referido dispositivo se desatualizou, ainda que parcialmente, em virtude do advento das Leis n. 9868 e n. 9.882, de 1999, assim como em face de suas posteriores modificações, que atualmente permitem ao STF modular os efeitos de sua declaração de inconstitucionalidade e conferir eficácia *pro futuro* à decisão, mitigando os efeitos da nulidade da lei inconstitucional. De toda forma, em se tratando do controle abstrato de constitucionalidade, a Administração Pública Federal ficará submetida aos efeitos *erga omnes* e à eficácia vinculante inerente aos provimentos jurisdicionais emanados do STF nas ações específicas desse controle (ADI, ADC, ADO e ADPF), de modo que todos os seus órgãos deverão observar a interpretação fixada pela Corte, em conformidade com os efeitos da decisão prolatada.

Em relação ao controle difuso de constitucionalidade, o § 2º do art. 1º condiciona a eficácia da decisão do STF em relação à Administração Pública Federal à efetiva suspensão, pelo Senado Federal, da execução da lei declarada inconstitucional. Eis o teor do referido dispositivo:

*“Art. 1º. (...) § 2º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal”.*

Tendo em vista a já comentada competência de caráter eminentemente político atribuída ao Senado para a efetiva concessão dos efeitos *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade Há muito o Supremo Tribunal Federal entende que o Senado não está obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional (MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJ de 25.05.1966). Assim ensinava o Ministro Victor Nunes: “(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar”.

<sup>17</sup>, que não se submete a prazos e que na prática tende a se consumir após lapsos temporais alargados em relação ao trânsito em julgado da decisão do STF, a submissão formal da Administração Pública Federal à autoridade da interpretação constitucional fixada pelo STF fica depender da atuação específica do Presidente da República no sentido de autorizar a extensão dos efeitos jurídicos da decisão proferida no caso concreto. É o entendimento que pode ser extraído da interpretação sistemática do subsequente § 3º do art. 1º do Decreto 2.346:

*“Art. 1º. (...) § 3º. O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto”.*

A proposta oriunda da Advocacia-Geral da União poderá ser consubstanciada em PARECER jurídico elaborado para os fins do art. 40 da Lei Complementar n. 73/1993, atribuição que, de acordo com o art. 41 da mesma lei, também compete ao Consultor-Geral da União. Este é o teor dos mencionados dispositivos:

*“Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.*

*§ 1º O PARECER aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. (...)*

*Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República”.*

Assim, para cumprir os objetivos traçados pelo Decreto n. 2.346/1997, o Presidente da República poderá aprovar PARECER elaborado pela Consultoria-Geral da União e aprovado pela Advogada-Geral da União, o qual, uma vez publicado juntamente com o despacho presidencial, consubstanciará *parecer normativo* que, sob o aspecto formal, vinculará todos órgãos da Administração Pública Federal, que ficarão submetidos à autoridade da interpretação da Constituição definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de casos concretos.

O presente PARECER é elaborado com esse objetivo e tem em vista não apenas esse elemento formal ou autoritativo que deve revestir as decisões da Corte Suprema brasileira em relação aos órgãos administrativos federais, mas igualmente a correção substancial e, portanto, a legitimidade material da decisão específica proferida pelo STF no RE 778.889/PE, na qual sobressaem também as razões substantivas que, no caso em análise, devem funcionar como elementos persuasivos no sentido do efetivo cumprimento pela Administração Pública Federal. Como se demonstrará no tópico seguinte, a decisão do STF faz uma adequada e correta interpretação da Constituição e, por isso, deve ser acatada e observada pelos órgãos públicos.

**II. O DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DE OBSERVAR E APLICAR O ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 778.889/PE**

A decisão do STF no RE 778.889/PE, Relator Ministro Roberto Barroso, está devidamente justificada, tanto do ponto de vista de sua *justificação interna*, que leva em conta a coerência formal de seus argumentos, como na perspectiva de sua *justificação externa*, devido à correção material de suas razões e premissas de base.

Os tópicos posteriores, de maneira sucinta, retratam os argumentos centrais que compõem as razões de decidir (*ratio decidendi*) do Tribunal.

### **II.1. A licença maternidade está prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição, abrangendo igualmente tanto a licença gestante quanto a licença adotante.**

O tratamento constitucional, nos dispositivos do art. 7º, XVIII, e do art. 227, § 6º, da Constituição, da licença gestante e da igualdade entre filhos biológicos e adotivos, oferece um vetor interpretativo para qualificar a isonomia que deve existir na regulamentação legal dos benefícios da licença maternidade e adotante, como direitos fundamentais de caráter social.

O STF definiu que a interpretação desses direitos fundamentais deve ser sistemática em relação ao conjunto normativo que resguarda a dignidade da pessoa humana, como princípio assecuratório da autonomia moral do indivíduo, e, especialmente, da igualdade entre filhos biológicos e adotivos, como prescreve de modo contundente o § 6º do art. 227: “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 interpretação constitucional quanto ao tema também não pode olvidar o sistema normativo que também é composto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e a Lei Nacional de Adoção (Lei n. 12.010/2009), que representam, como ressaltado pelo STF, uma compreensão diferenciada e aperfeiçoada sobre a questão da infância em relação ao ordenamento jurídico anterior a 1988, como uma resposta “ao fracasso e à inadequação da política pública de institucionalização desenvolvida até então”.

A norma constitucional (art. 227, § 6º) prescreve *prima facie* um tratamento igual e apenas admite um tratamento desigual na hipótese de existirem razões contundentemente plausíveis e devidamente justificadas. Como pode ser observado na teoria dos direitos fundamentais, especialmente na bem formulada por Robert Alexy ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

<sup>18</sup>, o princípio da igualdade é inerentemente composto de um *mandamento de tratamento igual*, de modo que se não existirem razões suficientes para um tratamento desigual, então está ordenado o tratamento isonômico; e também de um mandamento de tratamento desigual, que só se justifica em face de razões suficientes para a desigualdade formal na lei.

No contexto atual, em que inclusive a Lei Nacional de Adoção (Lei n. 12.210/2009, art. 392-A) igualou, no âmbito do Direito do Trabalho, os prazos de licença gestante e de licença adotante, independentemente da idade da criança adotada, não há razão suficiente ou justificativa plausível para qualquer tratamento diferenciado entre essas licenças, que se tornaram, de acordo com todo esse sistema normativo lastreado na Constituição (art. 7º, XVIII e art. 227, § 6º) espécies do gênero licença maternidade, que dessa forma devem receber um tratamento isonômico pelas leis regulamentadoras.

O STF concluiu que o Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei n. 8.112/1990), na parte em que cuida especificamente do tema (art. 210), tornou-se uma lei desatualizada e anacrônica, restritiva do direito à licença adotante em relação à licença maternidade e ao tratamento concedido ao mesmo benefício pela legislação trabalhista. O Relator, Ministro Roberto Barroso, bem enfatizou esse aspecto ao afirmar que “de acordo com a legislação infraconstitucional, as crianças adotadas por trabalhadoras do Poder Público, regidas pela CLT, são beneficiadas por uma licença maternidade de 120 dias, prorrogáveis por até 60 dias, independentemente da idade (à semelhança do tratamento dado à licença-gestante pela legislação); ao passo que as crianças adotadas por servidoras públicas, com vínculo estatutário, beneficiam-se de licença de 90 dias, prorrogável por 45 dias, se tiverem até um 1 ano; ou por licença de 30 dias, prorrogável por 15 dias, se forem mais velhas”.

### **II.2. As crianças adotadas, por constituírem grupo vulnerável, demandam esforço adicional e exigem do Estado e da família a mesma proteção dispensada aos filhos biológicos. Violação ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).**

O preceito constitucional que, de modo muito explícito, garante a isonomia de tratamento entre filhos biológicos e filhos adotivos, exige do Estado uma postura protetiva em relação às crianças adotadas, no sentido de criar e manter todo um aparato de órgãos, normas e procedimentos necessários à efetividade desse mandamento constitucional de igualdade de tratamento. Crianças que passam por processos de adoção, como bem enfatizou o Supremo Tribunal, representam um grupo vulnerável e fragilizado, que demandam esforços do Estado e da família para sua adaptação, superação de eventuais traumas e o cultivo do afeto em novo seio familiar.

Em virtude dos deveres de proteção que esses direitos fundamentais exigem dos Poderes Públicos, não se pode conferir às crianças adotadas proteção que seja inferior aos filhos biológicos. Aqui se ressalta a importância de que o dever de proteção estatal seja realizado em conformidade com o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de *proibição de proteção insuficiente*.

Como é sabido, os direitos fundamentais não são considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), também podendo ser qualificados como postulados de proteção (*Schutzgebote*). Na conhecida expressão de Claus-Wilhelm Canaris, os direitos fundamentais expressam não apenas proibições de excesso (*Überrasungsverbote*), como também proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina; 2003.<sup>19</sup>. Esta é a distinção entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso (Überrasungsverbot)* e como *proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)*: no primeiro, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*; no segundo, a qualificação dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* confere ao princípio uma estrutura diferenciada “Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina; 2003.<sup>20</sup>. O ato não será *adequado* quando não proteja o direito de maneira suficiente; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e segs.

<sup>21</sup>.

O STF identificou uma proteção deficiente e, portanto, ofensiva ao princípio da proporcionalidade, na hipótese de diferenciação na concessão das licenças gestante e adotante, submetidas a prazos e condições distintas, conforme o art. 210 da Lei n. 8.112/1990.

**II.3. Não se deve dar tratamento diferenciado, para fins de concessão de licença adotante, às crianças mais velhas, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade e, também, ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.**

A Corte Suprema considerou, de forma muito acertada, que “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” e, desse modo, “maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina o imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês”.

Essa constatação fática, que corresponde empiricamente à realidade social brasileira, justifica a tese fixada pela Corte de que o critério de idade da criança não pode configurar parâmetro para a regulação do tema em legislação infraconstitucional, como o fez a Lei n. 8.112/1990. Portanto, não pode o Estado conferir tratamento diferenciado às crianças mais velhas em relação aos bebês adotivos. O fator de desigualdade utilizado pela legislação viola patentemente o princípio da isonomia, que não admite fatores *dediscrimen* desse tipo, assim como o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente ou insuficiente. Em relação à licença adotante, portanto, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada.

A análise da questão leva à constatação evidente, como bem verificou o Ministro Relator Roberto Barroso, de que “não há justificativa plausível para conferir uma licença de 120 dias, prorrogável por 60 dias, à mãe que gera seu próprio bebê e, ao mesmo tempo, conferir licença de apenas 30 dias, prorrogável por mais 15 dias, para a mãe que abraça o desafio de receber uma criança mais velha, com a qual precisará construir, pedra por pedra, uma relação de afeto desejada, mas temida”.

#### **II.4. Dever do Estado de tutela integral da dignidade e da autonomia da mulher para definir seus projetos pessoais de vida, inclusive o de decidir ser mãe adotante.**

A abordagem do tema da licença gestante e da licença adotante não pode prescindir da consideração da dignidade da mulher, na qualidade de direito fundamental ao livre desenvolvimento de sua personalidade e à autonomia privada para definir seus próprios projetos de vida. Nessa perspectiva, o STF identificou um “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”.

É nessa perspectiva de interpretação do direito às licenças gestante e adotante que deve ser avaliado criteriosamente os dispositivos legais presentes no art. 210 da Lei n. 8.112/1990. Como todo direito fundamental, a licença à gestante possui, além de sua intrínseca *dimensão subjetiva* – que traduz a perspectiva individual ou de direito subjetivo –, uma *dimensão objetiva*, que ressalta a sua qualidade de princípio que orienta toda a ordem jurídica e que vincula o Estado e seus Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Dessa dimensão objetiva do direito fundamental podem ser extraídos alguns efeitos jurídicos importantes. O primeiro deles é o efeito de irradiação da norma de direito fundamental para todos os âmbitos do ordenamento jurídico, que faz transparecer a exigência de que toda e qualquer norma dos diversos sistemas ou subsistemas (Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Civil etc.), ao ser interpretada e aplicada, seja submetida a um processo de *filtragem constitucional* a partir do conteúdo deontológico e axiológico da norma jusfundamental. O segundo pode ser identificado como um dever de proteção imposto ao Estado e seus diferentes ramos (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), que devem envidar todos os esforços para criar, implementar e manter sistemas normativos, órgãos e procedimentos que visem precipuamente garantir e dar efetividade ao direito fundamental em questão.

É dever do Estado, decorrente dessa interpretação das licenças à gestante e à adotante, conferir às mães gestantes e adotantes o tratamento igualitário e com dignidade, de modo a lhes permitir a compatibilidade entre os seus diversos projetos de vida e a maternidade. Como destacou a decisão do STF, “a mãe-adotante que é, em regra, a principal cuidadora da criança, tem uma enorme tarefa pela frente com a adoção. A chegada da criança produz um substancial impacto sobre a sua vida, que passa a girar em torno da saúde, das dores, das dificuldades do filho. Ela será menos disponível para si mesma, para o trabalho, para a vida social, para a família e será muito mais demandada em casa”. Na medida em que pressupõe uma diferenciação injustificada entre as licenças à gestante e à adotante, o art. 210 da Lei n. 8.112/1990 consubstancia uma ofensa clara a esses direitos fundamentais.

#### **II.5. Superação de anterior entendimento do STF em virtude de mutação constitucional em razão da alteração da realidade social e de nova compreensão do significado da licença adotante e da igualdade entre filhos.**

Com base em todas as razões apresentadas acima, o Supremo Tribunal Federal produziu uma releitura de diversos dispositivos constitucionais atinentes ao tema – especialmente: proteção constitucional à maternidade (CF, art. 6º e 7º, XIII), a prioridade do superior interesse da criança, a doutrina da proteção integral (CF, arts. 226 e 227), o direito dos filhos adotados à igualdade de tratamento com filhos biológicos (CF, art. 227, § 6º), o direito da mulher adotante à dignidade, à igualdade e à autonomia (CF, art. 5º, caput e inc. III) e o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição à proteção deficiente (CF, art. 5º, LV). Com isso, deixou expressa em sua decisão a consequente superação de antigo posicionamento firmado no RE 197.807/RS, Relator Ministro Octavio Gallotti.

A constatação de processos de *mutação constitucional* e o seu reconhecimento concreto em sede de controle incidental de inconstitucionalidade não é nenhuma novidade na jurisprudência do STF. Ao contrário, é amplamente aceita a possibilidade de que a Corte, em razão de evolução hermenêutica, modifique jurisprudência consolidada, podendo censurar preceitos normativos antes considerados hígidos em face da Constituição. No âmbito do controle difuso de constitucionalidade, essa hipótese é comum,

tendo em vista que acaba sendo facilitada pela constante possibilidade de reapreciação do tema nos diversos processos que envolvem controvérsias de índole subjetiva. A jurisprudência é repleta de casos como este, tais como, entre outros, os seguintes: INQ 687, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 9.11.2001; CC nº 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Britto, julg. em 29.6.2005; HC nº 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.9.2006; RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 5.6.2009; RE 349.703, Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 5.6.2009).

Assim, como deixou consignado em seu voto condutor o Ministro Roberto Barroso, “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”.

### **III. CONCLUSÃO**

Estas são as razões pelas quais se conclui que a Administração Pública Federal deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 778.889/PE, Relator Ministro Roberto Barroso, declarou a **inconstitucionalidade do art. 210 da Lei n. 8.112/1990**, fixando 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, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.*

Em caso de acolhimento das presentes conclusões, este PARECER poderá ser submetido à aprovação do Presidente da República, e uma vez publicado juntamente com o despacho presidencial, deverá vincular a Administração Pública Federal, cujos órgãos e entidades ficarão obrigados a lhe dar fiel cumprimento (artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73/1993), a partir da data dessa publicação.

À consideração superior.

Brasília, 30 de novembro de 2016.

**ANDRÉ RUFINO DO VALE**

Consultor da União

**MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS**

Consultor-Geral da União

Diante disso, considerando-se as circunstâncias práticas antes indicadas, bem como a pauta de orientação que esta Casa vem adotando, em especial tomando-se emprestado o PARECER nº 16224/14, assim ementado - SECRETARIA DA EDUCAÇÃO. CONSULTA FORMULADA SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO PRAZO DE LICENÇA-MATERNIDADE DE CENTO E OITENTA DIAS PARA AS SERVIDORAS QUE DETÊM CARGO EM COMISSÃO OU SÃO CONTRATADAS EMERGENCIALMENTE. NECESSIDADE DE TRATAMENTO ISONÔMICO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DOS ARTIGOS 141 A 144 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 10.098/94 EM SUA NOVA REDAÇÃO. -, além de considerar-se os fatores metajurídicos presentes na situação, é preciso dar efetividade, desde logo, à decisão produzida pelo STF, utilizando-se do mecanismo constitucional presente no art. 82, XV da CE/89 – *Art. 82 - Compete ao Governador, privativamente: XV - atribuir caráter jurídico-normativo a pareceres da Procuradoria-Geral do Estado, que serão cogentes para a administração pública;* -, ao mesmo tempo que se promove a adoção de medidas legislativas para igualar o tratamento da licença maternidade para gestantes e adotantes, no exercício da competência constitucional própria do Chefe do Executivo para tal.

Assim, este Parecer, nos termos do art. 2º, II, III, IV e VII da LC nº 11742/02, pelo que se apresentou como fundamentação, vai no sentido de dar-se efetividade, no âmbito da Administração Pública estadual, à tese presente na decisão do RE nº 778.889/PE, com a atribuição, pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, de efeitos jurídicos normativos e, também tão logo possível, para, no exercício de

competências próprias, dar início a procedimento legislativo que adeque a ordem jurídica local, no que respeita à concessão igualitária de licença às gestantes e adotantes.

É o Parecer

Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2017.

**JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS**

**Procurador do Estado**

EA nº 16/1000-0003567-3

Processo nº 16/1000-0003567-3

Acolho as conclusões do PARECER da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS.

Oficie-se à Casa Civil com cópia do PARECER e do Anteprojeto de Lei Complementar que segue com proposta de adequação legislativa.

Dê-se ciência da íntegra dos presentes autos à Secretaria da Modernização Administrativa e dos Recursos Humanos, com vista prévia ao Agente Setorial.

Após, restitua-se à Procuradoria Previdenciária.

Eduardo Cunha da Costa,

Procurador-Geral Adjunto

para Assuntos Jurídicos.