

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Mariana Tadewald

Licença Maternidade para servidoras públicas adotantes: possibilidade de diferenciação de sua extensão conforme a qualidade da filiação e a faixa etária da criança

Porto Alegre

2015

MARIANA TADEWALD

**LICENÇA MATERNIDADE PARA SERVIDORAS PÚBLICAS ADOTANTES:
POSSIBILIDADE DE DIFERENCIAÇÃO DE SUA EXTENSÃO CONFORME A
QUALIDADE DA FILIAÇÃO E A FAIXA ETÁRIA DA CRIANÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Vivian Josete
Pantaleão Caminha

Porto Alegre

2015

MARIANA TADEWALD

**LICENÇA MATERNIDADE PARA SERVIDORAS PÚBLICAS ADOTANTES:
POSSIBILIDADE DE DIFERENCIAÇÃO DE SUA EXTENSÃO CONFORME A
QUALIDADE DA FILIAÇÃO E A FAIXA ETÁRIA DA CRIANÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 16 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vivian Josete Pantaleão Caminha
Orientadora

Professor Doutor Rodrigo Valin de Oliveira

Professor Doutor Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Àqueles que tem a coragem de se tornarem
pais pelo amor.

Agradeço aos meus bons exemplos, especialmente aos meus pais, que desde cedo me ensinaram o valor da educação. À minha mãe, que me faz crer na grandeza do trabalho como transformador social. Ao meu irmão Henrique, por me mostrar com delicadeza a importância de reconhecer as necessidades de cada um.

Também àqueles mestres que com dedicação e humildade compartilharam seus conhecimentos, especialmente à minha orientadora, professora Vivian.

Agradeço a todos os demais que com amor e paciência me acompanharam nessa jornada.

RESUMO

A presente monografia objetiva examinar o instituto da licença maternidade, especificamente quando conferida a servidoras públicas e decorrente de processo de adoção. A regulamentação varia conforme o ente da Federação ao qual esteja vinculada a servidora, e comumente se observará que a licença possui período diferenciado por tratar-se de filhos adotivos. Este trabalho pretende analisar as legislações pertinentes às Unidades Federativas e à União quando ao ponto, bem como compará-las à legislação aplicável aos profissionais da iniciativa privada. Para isso, conceituará importantes termos e percorrerá parte da evolução histórica. Basear-se-á em princípios constitucionais, tais quais o da igualdade, da não discriminação entre os filhos e do melhor interesse do menor para ponderar a permissibilidade da diferenciação de prazos de licença quando são os filhos adotados e conforme suas idades. Terminará o método investigando os diversos posicionamentos jurisprudenciais encontrados no Brasil que defendam ou contrariem a hipótese que se apresentará.

Palavras-chave: Licença maternidade. Servidoras Públicas. Adoção. Princípios Constitucionais.

Abstract

The present monograph aims to examine the maternity leave institute, particularly when given to public servants due adoption process. The regulation varies according to the Federation sphere which the server is linked to, and commonly noticed that the license has a different period on account of being an adopted child. This paper aims to analyze the legislation according to the federative units and the union, as well as comparing them to the law applicable to the private sector professionals. In light of this, important terms are going to be characterized and part of the historical evolution presented. This study will be based on constitutional principles, such as the principle of equality, non-discrimination between the children, and best interests of the minor, to consider the permissibility of the differentiation around the license terms when related to an adopted child. The method is concluded by the investigation of different Brazilian judicial interpretations defending or running against the present hypothesis.

Key-words: Maternity Leave. Public Servants. Adoption. Constitutional Principles.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1 LICENÇA MATERNIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES..... | 11 |
| 1.1 Conceito e finalidade da licença maternidade..... | 11 |
| 1.2 Extensão da licença maternidade em caso de adoção: justificativa..... | 13 |
| 1.3 Evolução histórica da licença maternidade..... | 16 |
| 1.4 Legislação atual aplicável a servidoras públicas..... | 20 |
| 1.5 Legislação atual aplicável a empregados celetistas..... | 24 |
| 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À LICENÇA MATERNIDADE..... | 27 |
| 2.1 Princípio da Igualdade..... | 28 |
| 2.2 Vedação de discriminação entre os filhos de qualquer natureza..... | 34 |
| 2.3 Princípio do melhor interesse do menor e doutrina da proteção integral.... | 36 |
| 3 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TEMA..... | 42 |
| 4 CONCLUSÃO..... | 62 |
| 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 65 |

INTRODUÇÃO

A adoção é um ato jurídico que resulta no estado de filiação, sendo um parentesco eletivo. Embora possamos classificar a filiação doutrinariamente, na prática – e juridicamente - só há filhos, sem adjetivação. Por este motivo, e ciente das transformações sociais, o legislador tratou de disciplinar que as mães adotivas também recebam licença maternidade – afastamento de sua jornada de trabalho originariamente instituído em favor de mães biológicas apenas.

Todavia, nosso ordenamento ainda possui um impasse. Ainda que quase pacificamente se entenda que mães adotivas também devam ser tuteladas com a licença maternidade, a diversidade de previsões legislativas ainda nos traz cenários em que o fato de ser a filiação socioafetiva implica em condições menos favoráveis à mãe em licença. Como se verá, em alguns estatutos de servidores civis – enfoque deste trabalho – o próprio Estado confere uma licença inferior ainda que se tratando de adoção de bebês. Em outros, faz a diferenciação apenas quando a criança conta com mais idade (geralmente após 1 ano de vida), baseando a extensão da licença na idade da criança, decrescentemente.

O que se buscará defender neste trabalho é a concessão irrestrita da licença independentemente da condição da criança – se adotada ou filha biológica – e também da sua idade – entendendo que não somente (ou mais) bebês adotados necessitariam deste período com suas mães.

Para ambientar a problemática, o primeiro capítulo do presente trabalho inicia-se com a definição da licença maternidade e explica sua finalidade, de uma maneira geral. Após, tenta-se defender, especialmente com um viés psicológico, a razão pela qual se confere também este instituto nos casos de adoção. Segue o capítulo com uma evolução histórica da licença maternidade – em ambos os casos de filiação – demonstrando, inclusive, em que momento se optou por tutelar o especial estado de mãe das mulheres como trabalhadoras e quando a adoção integrou tal hipótese. Por fim, o capítulo inicial traz as legislações atuais aplicáveis a servidores públicos e a

empregados celetistas, para fins de comparação.

Este paralelo é relevante para o presente estudo pois demonstrará principalmente a vanguarda da legislação celetista no ponto. Não menos importante será a análise das legislações estatutárias específicas dos servidores civis tanto na União quanto nas 27 Unidades Federativas da nação. Homérico seria analisar as legislações municipais, todavia a análise dos dados dos estados já traz uma profunda reflexão sobre a disparidade de entendimentos já no âmbito legislativo.

Seguindo, no capítulo segundo tratará dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso. Iniciando com o princípio basilar – não só deste trabalho, mas dos princípios instituidores de direitos e garantias fundamentais – da igualdade. Muito embora pareça superficialmente uma definição simples, a igualdade desmembra-se em dimensões formais e materiais, de ações ou de consequências. Estas diversas abordagens do princípio em tela de buscará explorar para compreender em qual contexto e extensão se está a calcar a tese da equiparação da licença maternidade.

Estas diferentes orientações sobre o princípio da igualdade têm importância em nosso estudo pois sua máxima – tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades – também será utilizada pelo aplicador do direito para justificar a continuidade de aplicação das normas as quais julgaremos injustas pois não se trata de cenário fático congênere. Após desmembrar e decidir por uma posição do princípio da igualdade, nosso esforço interpretativo abordará uma dimensão negativa deste princípio, a vedação de discriminação entre filhos biológicos e adotivos.

Por fim, mas não menos importante, o capítulo segundo abordará o princípio do melhor interesse do menor e a doutrina da proteção integral. Tal princípio ainda é tímido nas decisões judiciais - como se verá no capítulo seguinte – mas nos trará argumentos complementares para a tese defendida.

No capítulo terceiro e final, analisar-se-á diversas decisões jurisprudenciais acerca da matéria. Como já dito, o tema é controvertido nos Tribunais e recebe um leque de posicionamentos e argumentos. Uma vez que o tema do presente trabalho

possui escassa doutrina específica, é nas decisões judiciais que encontramos mais profundas, complexas e interessantes divagações sobre o assunto. Difícil não colocar no centro deste capítulo o recurso extraordinário ainda não julgado em mérito pelo STF que poderá resolver a controvérsia ao menos no âmbito federal, mas também de forma periférica mas importante as esparsas e louváveis decisões do nosso Judiciário – sejam contra ou a favor desta tese.

1 LICENÇA MATERNIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES

1.1 Conceito e finalidade da licença maternidade

Segundo o dicionário Michaelis, maternidade é “Estado ou qualidade de mãe”, “Relação de parentesco, que liga a mãe ao seu filho”¹.

A maternidade é protegida pela Constituição Federal em seu art. 6º, no rol de direitos sociais:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ²

Também o artigo 201 da Constituição Federal trata do tema *in verbis*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

(...)³

E o artigo 203 do mesmo diploma:

¹ MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=maternidade>>. Acesso em: 19 de nov. 2015.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

³ Idem.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

(...)⁴

Entre as formas de concretização desse direito, encontra-se a licença maternidade, período em que a empregada se afasta de suas atividades laborais, em virtude da qualidade de mãe. Durante esse lapso temporal, ocorre a suspensão do contrato de trabalho pois o salário é substituído pelo “salário maternidade”⁵, que possui caráter previdenciário.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT):

Art. III — 1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.

2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada obrigatoriamente depois do parto.⁶

Como direito da mãe biológica, a licença tem como objetivo, *a priori*, permitir que a trabalhadora gestante possa recuperar suas capacidades laborativas por meio de um período de afastamento para descanso. É sabido que uma gestação traz

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁵ Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁶ Convenção n. 103 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

inúmeras alterações físicas e psíquicas à mulher que justificam tal benefício.

Outra justificativa à licença maternidade é o estado lactante das mães biológicas, necessitando que pessoalmente cuidem dos filhos no primeiro período de vida, não sendo possível delegar tal função a outrem.

1.2 Extensão da licença maternidade em caso de adoção: justificativa

Em casos de adoção, o direito também confere às mães adotantes licença maternidade. Sua justificativa é a necessidade de convivência e adaptação inicial entre a criança e sua nova família.

Embora nem todos aqueles que são adotados sejam bebês – hipótese em que é clara a necessidade de cuidados ininterruptos por parte dos genitores - o próprio processo de adoção traz consigo intrinsecamente a exigência de um período de convívio intenso entre o adotado e seus novos pais. Desta forma, ainda que as necessidades das crianças mudem conforme suas idades, quando adotadas todas necessitam de um período inicial de convivência e adaptação no novo lar.

Crianças recém-nascidas são as mais procuradas por pessoas que desejam adotar. Acredita-se que, quanto menor for a criança, maior a probabilidade de sucesso na adaptação. Também se crê que, quando adotada uma criança mais nova, maiores as chances de apagar as marcas de rejeição e abandono por parte dos pais biológicos. Outros motivos pela preferência da adoção de bebês podem estar ligados à vontade de manter em segredo a origem da criança adotada ou à vontade de acompanhar o desenvolvimento inicial do filho.⁷

As adoções de crianças maiores são chamadas “adoções tardias”. Essas são assim compreendidas pois há a capacidade do menor de se compreender como

⁷ CAMARGO, Mário Lázaro. **Adoção: vivências de parentalidade de adultos adotados**. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 47.

diferente do outro e do mundo, fazendo com que entenda o processo pelo qual está passando. A maioria dos autores considera essa divisão entre dois e três anos, diferenciando as adoções precoces das tardias. Também é importante considerar que a vivência pretérita do indivíduo na família originária/ biológica ou o tempo em que permaneceu em uma instituição podem influenciar no seu nível de desenvolvimento. Em alguns casos a idade biológica não corresponde às capacidades esperadas para a faixa etária.⁸

Nas adoções tardias, estudos demonstram que há maior dificuldade na adaptação do adotado. Autores da Psicologia consideram que aquelas realizadas logo após o nascimento, por outro lado, têm melhores condições na construção de relações favoráveis. Neste sentido:

Na adoção tardia a tensão é ainda mais complexa porque a criança se posiciona no processo interativo de modo mais ativo que um bebê, aceitando, negando e negociando posições que lhe são atribuídas, somado ao fato de que ela tem uma história pregressa.⁹

A criança adotada tardiamente possui fatores pregressos que interferem na construção dos novos vínculos familiares, sendo esse processo de inserção complexo e exigente de tempo por parte dos novos pais. Nesse sentido, Marлизete Maldonado Vargas aponta em sua obra que o adotado refaz, analogicamente, o processo feito pelos bebês:

[...] a dificuldade, ou não, da criança de estabelecer novos vínculos estaria, basicamente, relacionada com a possibilidade de expressão e atendimento, pelos pais adotivos, de suas necessidades emocionais mais primitivas, ou seja, de ser gestada novamente, de se mostrar indefesa, de requerer atenção, de renegar essa atenção...

⁸ Ibidem. p. 47.

⁹ COSTA, Nina Rosa do Amaral; ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. **Tornar-se pai e mãe em um processo de adoção tardia**. Psicologia: Reflexão e Crítica. Porto Alegre, v. 20, n. 3, 2007. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722007000300010>. Acesso em: 14 nov. 2015.

Enfim, de refazer todo o caminho para a construção de seu novo eu a partir de novos modelos parentais.¹⁰

Ainda, Souza ressalta que independente de como seja, é necessário que os pretendentes à adoção de crianças com mais de dois anos passem por uma adaptação, período de aproximação e convivência, pois o menor pode apresentar baixa auto-estima por ainda não haver sido adotado.¹¹

Tais fatores justificam que o pequeno adotado precise da presença dos novos pais quando inserida no novo lar, e esse período é decisivo para o futuro da relação pai-filho, corroborando a tese de que a idade quanto mais avançada não diminui - podendo até aumentar, casuisticamente - o tempo que os pais necessitam acompanhá-lo na reinserção familiar.

Importante aqui é abandonar a comparação entre as licenças para mães biológicas e adotantes. Não é possível tratar das duas espécies de forma igual, pois em cada um dos casos as necessidades das crianças são completamente diferentes.

Ao aceitarmos que os argumentos são diversos se a maternidade é biológica ou adotiva, devemos analisar com cautela o fundamento para a licença também em casos de adoção. Se não há a presença de aleitamento ou recuperação física/biológica da mãe, certo é que a licença em casos de adoção não tem qualquer relação com o estado de recém-nascido, sendo justificada pelo delicado período de chegada da criança no novo lar e sua adaptação no mesmo.

Assim, se a licença é estendida aos adotantes pois necessitam acompanhar a criança na adaptação ao novo lar, com qual base conferir menos tempo de afastamento dos pais do trabalho quanto maior a criança? Por qual motivo pensou o legislador que as adoções tardias seriam mais fáceis e por isso precisariam de menos tempo de licença? De nenhuma forma encontrar-se-á na Psicologia respaldo

¹⁰ VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: casa do psicólogo. 1998. p. 218.

¹¹ SOUZA, Hálida Pauliv de. **Adoção: Exercício de Fertilidade afetiva**. São Paulo. Paulinas, 2008.

para dizer que a criança adotada tardiamente menos precisará de apoio e presença de seus novos pais neste período.

Razões psicossociais e jurídicas - que se apresentará em breve – depõe contra a imposição de restrições à concessão de licença com base na idade do adotado, justificando que se utilize um critério casuístico e não objetivo – como o temporal, escolhido pelo legislador. Pela evidente necessidade de acolhimento que todas as crianças encontram ao serem transferidas a um novo lar, defende-se que a licença seja analisada casuisticamente – levando em consideração o estado da criança e sua vida pretérita – ou seja concedida irrestritamente independentemente da idade da criança.

1.3 Evolução histórica da licença maternidade

A licença maternidade é uma proteção à condição especial da mulher como mãe. Surgiu para garantir que a empregada pudesse se recuperar do parto e prover os primeiros cuidados ao filho.

"A maternidade foi, por muito tempo, usada como argumento para que a mulher não trabalhasse, já que deveria ficar em casa cuidando dos filhos"¹². Com o tempo, o direito tratou de tutelar a maternidade conferindo também condições para que a mulher, além de mãe, estivesse inserida no mercado de trabalho.

Internacionalmente, o tema da proteção da maternidade e da mulher como trabalhadora e mãe surgiu com força na Convenção nº 3 da Organização Internacional do Trabalho, elaborada na primeira reunião anual do órgão, em 1919. Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 423, de 1935. Em seu texto, previa o descanso de seis semanas após o parto, além de estabilidade e

¹² CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. LTR, 2007. p. 10.

intervalos para amamentação¹³.

Tal Convenção foi substituída pela de nº 103, ratificada e aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 20, de 30/04/1965. Com base em tal texto, a licença foi estendida para doze semanas, garantindo-se também benefício de 2/3 do salário, pago pela seguridade social, para desonerar o empregador e evitar que houvesse discriminação na contratação de trabalhadoras femininas¹⁴.

Em 2000 aprovou-se a Convenção nº 183 através da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em Genebra. O Brasil não é signatário. Seu

¹³ Artigo 3º

Em todos os estabelecimentos industriaes ou commerciaes, publicos ou privados, ou nas suas dependencias, com excepção dos estabelecimentos onde só são empregadas os membros de uma mesma familia, uma mulher a) não será autorizada a trabalhar durante um periodo de seis semanas, depois do parto;

b) terá o direito de deixar o seu trabalho, mediante a exhibição de um attestado medico que declare esperar-se o parto, provavelmente dentro em seis semanas;

c) receberá, durante todo o periodo em que permanecer ausente, em virtude dos paragraphos (a) e (b), uma indemnização sufficiente para a sua manutenção e a do filho, em boas condições de hygiene; a referida indemnização, cujo total exacto será fixado pela autoridade competente em cada paiz, terá dotada pelos fundos publicos ou satisfeita por meio de um systema de seguros. Terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um medico ou de uma parteira. Nenhum erro, da parte do medico ou da parteira, no calculo da data do parto, poderá impedir uma mulher de receber a indemnização, á qual tem direito a contar da data do attestado medico até áquella em que se produzir o parto;

d) terá direito em todos os casos, si amamenta o filho, duas folgas de meia hora que lhe permittam o aleitamento.

CONVENÇÃO Nº 3 DA OIT. Disponível em:

<<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-maternidade>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

¹⁴ Art. III — 1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exhibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.

2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada obrigatoriamente depois do parto.

(...)

Art. IV — 1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica.

(...)

4. As prestações em espécie e a assistência médica serão concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório quer mediante pagamentos efetuados por fundos públicos; em ambos os casos serão concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preenchem as condições estipuladas.

(...)

6. Quando as prestações em espécie fornecidas nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório são estipuladas com base nos proventos anteriores, elas não poderão ser inferiores a dois terços dos proventos anteriores tomados em consideração.

CONVENÇÃO Nº 103 DA OIT. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

texto prevê licença de quatorze semanas¹⁵.

No âmbito nacional, a licença maternidade passou a ser um direito da empregada apenas com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943. Originalmente, era de oitenta e quatro dias¹⁶ e o salário devia ser pago pelo empregador¹⁷, o que fazia com que fosse menos vantajoso contratar mulheres, deixando-as em condição desfavorável no mercado de trabalho. A Lei nº 6136/74 conferiu natureza previdenciária ao benefício¹⁸ e transferiu o respectivo ônus financeiro à Previdência Social, minimizando seus reflexos negativos na admissão de trabalhadoras.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, no seu art. 7º, inciso XVIII, o prazo da licença foi ampliado para cento e vinte dias¹⁹. A norma constitucional referiu-se à "licença à gestante". Também dispôs sobre a estabilidade, no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, utilizou a expressão "empregada gestante"²⁰.

¹⁶ Art. 392. É proibido o trabalho da mulher grávida no período de seis (6) semanas antes e seis semanas depois do parto.

Texto original da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14. Nov. 2015.

¹⁷ Art. 393. Durante o período a que se refere o artigo anterior, a mulher terá direito aos salários integrais, calculados de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

Parágrafo único. A concessão de auxílio-maternidade por parte de instituição de previdência social não isenta o empregador da obrigação a que alude o artigo.

Texto original da CLT de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14. Nov. 2015.

¹⁸ Art. 2º O salário-maternidade, que corresponderá à vantagem consubstanciada no artigo 393, da Consolidação da Leis do Trabalho, terá sua concessão e manutenção pautadas pelo disposto nos artigos 392, 393 e 395 da referida Consolidação, cumprindo às empresas efetuar os respectivos pagamentos, cujo valor líquido será deduzido do montante que elas mensalmente recolhem ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) a título de contribuições previdenciárias.

Texto original da Lei nº 6136 de 7 de novembro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

¹⁹ 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; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

²⁰ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

Em virtude da literalidade do texto constitucional com a palavra "gestante", as ações judiciais propostas por mães adotantes, buscando o reconhecimento do direito à licença maternidade, restaram infrutíferas.

Foi apenas em 2002, por meio da edição da Lei nº 10.421 que se inseriu na CLT o art. 392-A²¹, conferindo a licença também em casos de adoção. Tal artigo era acompanhado de parágrafos que restringiam o prazo quando a criança adotada tivesse mais de um ano de idade.

Os prazos de afastamento maternidade em casos de adoção de criança ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção, foram, inicialmente, diferenciados: 120 dias, se a criança tivesse até um ano de idade; 60 dias, se tivesse entre um e quatro anos de idade; 30 dias, se a criança tivesse de quatro a oito anos de idade (art. 392-A, CLT e art. 71-A da Lei n. 8.213/91, ambos inseridos pela Lei n. 10421/2002). A partir da Lei n.12.010/2009 (nova Lei de Adoção), vigente desde 3.11.2009 (art. 7º), o prazo da licença-maternidade tornou-se uniforme, ou seja, 120 dias, qualquer que seja a idade da criança adotada (revogação dos §§ 1º ao 3º do art. 392-A da CLT pelo art. 8º da nova Lei de Adoção).²²

(...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct>. Acesso em: 14 nov. 2015.

²¹ 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, observado o disposto no seu § 5º.

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

Consolidação das Leis do Trabalho de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

1.4 Legislação atual aplicável a servidoras públicas

Os servidores públicos são regidos por estatuto próprio, dependendo do ente da Federação para o qual trabalhem. Os servidores públicos federais são regidos pela Lei nº 8112/90. Prevê tal diploma a licença de cento e vinte dias à servidora gestante. Já em casos de adoção, refere o artigo 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.²³

Por meio do Decreto nº 6690/08 foi instituído o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante. Por meio de requerimento da servidora gestante, a licença pode ser prorrogada por 60 dias, totalizando, assim, cento e oitenta dias.

No parágrafo terceiro do segundo artigo do Decreto é estendida a prorrogação aos casos de adoção, quando regida a licença pela Lei n. 8112/90. O acréscimo se dá nos seguintes termos:

- a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade;
- e
- b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.²⁴

Dessa forma, percebe-se que a licença é menor nos casos de criança

²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1107.

²³ BRASIL. Lei nº 8112 de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em 14 nov. 2015.

²⁴ BRASIL. Decreto nº 6690 de 11 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

adotada – mesmo quando ela tem menos de um ano – e decrescente conforme a idade do adotado. Também relevante notar que a licença para servidoras públicas federais adotantes só é concedida se adotada criança (assim entendida aquela pessoa com até doze anos, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente), nada sendo referido no caso de adoção de adolescente.

Já os servidores do Estado do Rio Grande do Sul são regidos pela Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, que, no seu artigo 141, dispõe que “À servidora gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença de 180 (cento e oitenta) dias”²⁵. A licença na adoção é objeto do artigo 143, com a seguinte redação:

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;

II - de mais de dois até quatro anos, 150 (cento e cinquenta) dias;

III - de mais de quatro até seis anos, 120 (cento e vinte) dias;

IV - de mais de seis anos, desde que menor, 90 (noventa) dias.²⁶

Desta forma, percebe-se que em nosso estado, diferentemente da legislação federal, a licença é de mesmo período para gestantes e adotantes, porém apenas para as adoções de crianças de até dois anos. Outra observação relevante é que o estado do Rio Grande do Sul – como poucos, conforme se verá adiante – confere licença maternidade para casos de adoção de adolescente, uma vez que não limita a “crianças”, mas a “menores”.

Em análise da legislação pertinente aos servidores civis de cada uma das vinte e sete Unidades Federativas, verificou-se que, em apenas quatro delas (Rio de

²⁵ BRASIL. Lei Complementar Estadual nº 10098 de 3 de fevereiro de 1994. Disponível em: <<http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=97429>>. Acesso em 14 out. 2015.

²⁶ Idem.

Janeiro, Ceará, Paraná e Tocantins), a licença maternidade é concedida igualmente para gestantes e adotantes – independentemente da idade da criança. Em doze, a licença à adotante é igual à da gestante apenas quando a criança adotada tem pouca idade (normalmente até um ano), sendo distinta quando o adotado tem mais idade. Nas 11 Unidades restantes, a licença para adotantes é sempre menor em relação à licença para gestante, independentemente da idade da criança adotada.

Rondônia e Santa Catarina não possuem em suas legislações previsão de licença maternidade para as servidoras adotantes. Apenas cinco Unidades Federativas preveem a concessão em adoção de adolescentes – os demais limitam em até doze anos ou menos.

Alagoas, apesar de equiparar o tempo nas duas hipóteses de licença maternidade, só a confere às adotantes se a criança tiver até trinta dias de idade. Em Goiás também é a mesma, porém apenas para casos de adotados com até um ano. Ambas Unidades Federativas diferenciam-se pois não preveem licença passada a referida idade.

Rio Grande do Sul - como já mencionado – e Roraima tem licença adotante tal qual a da gestante para crianças de até dois anos. Em São Paulo, esse quadro vale para crianças adotadas com até sete anos.

Os dados conforme as 27 Unidades Federativas estão dispostos na tabela a seguir. Primeiramente apresenta-se o tempo da licença em caso de gestação (segunda coluna). Depois, o prazo inicial (quando a criança é mais nova) da licença em caso de adoção (terceira coluna) e a idade máxima para esse prazo (lembrando que nem sempre as licenças se equiparam, mesmo em adoção de recém-nascidos). Na quinta coluna, a licença nas demais idades e, na sexta, a idade teto. Os espaços em branco correspondem à ausência de previsão legislativa.

| Estado | Licença gestante (em | Licença inicial (em | Idade máxima para a | Licença após (em dias) | Idade em que cessa a |
|--------|----------------------|---------------------|---------------------|------------------------|----------------------|
|--------|----------------------|---------------------|---------------------|------------------------|----------------------|

| | dias) | dias) | licença inicial | | licença |
|--------------------|-------|-------|-----------------|--|---------|
| Acre | 120 | 90 | 5 anos | - | 5 anos |
| Alagoas | 120 | 120 | 30 dias | - | 30 dias |
| Amapá | 180 | 180 | 1 ano | 90 (de 1 a 4 anos) / 60 (de 4 a 8 anos) | 8 anos |
| Amazonas | 180 | 180 | 1 ano | 90 (de 1 a 4 anos) / 60 (de 4 a 8 anos) | 8 anos |
| Bahia | 120 | 120 | 1 ano | 30 (se criança) | 12 anos |
| Ceará | 180 | 180 | 12 anos | - | 12 anos |
| Distrito Federal | 180 | 180 | 1 ano | 90 (1 a 4 anos) / 30 (4 a 8 anos) | 8 anos |
| Espírito Santo | 120 | 90 | 1 ano | 30 (se criança) | 12 anos |
| Goiás | 180 | 180 | 1 ano | - | 1 ano |
| Maranhão | 120 | 90 | 1 ano | 30 (se criança) | 12 anos |
| Mato Grosso | 120 | 90 | 1 ano | 30 (se criança) | 12 anos |
| Mato Grosso do Sul | 120 | 120 | 1 ano | 60 (de 1 a 4 anos) / 30 (de 4 a 8 anos) | 8 anos |
| Minas Gerais | 120 | 120 | 1 ano | 60 (de 1 a 4 anos) / 30 (de 4 a 8 anos) | 8 anos |
| Pará | 180 | 90 | 1 ano | 30 (se criança) | 12 anos |

| | | | | | |
|---------------------|-----|-----|---------|--|---------|
| Paraíba | 129 | 90 | 1 ano | 30 (se criança) | 12 anos |
| Paraná | 180 | 180 | 12 anos | - | 12 anos |
| Pernambuco | 180 | 180 | 1 ano | 90 (1 a 4 anos) / 60 (4 a 8 anos) | 8 anos |
| Piauí | 120 | 90 | 1 ano | 30 (se criança) | 12 anos |
| Rio de Janeiro | 180 | 180 | 12 anos | - | 12 anos |
| Rio Grande do Norte | 120 | 90 | 1 ano | 30 (se criança) | 12 anos |
| Rio Grande do Sul | 180 | 180 | 2 anos | 150 (2 a 4 anos) / 120 (4 a 6 anos) / 90 (6 a 18 anos) | 18 anos |
| Rondônia | 120 | - | - | - | - |
| Roraima | 120 | 120 | 2 anos | 90 (2 a 4 anos) / 60 (4 a 6 anos) / 30 (6 a 18 anos) | 18 anos |
| Santa Catarina | 120 | - | - | - | - |
| São Paulo | 180 | 180 | 7 anos | - | 7 anos |
| Sergipe | 180 | 90 | 5 anos | 30 (se menor) | 12 anos |
| Tocantins | 120 | 120 | 12 anos | - | 12 anos |

1.5 Legislação atual aplicável a empregadas celetistas

A licença maternidade compõe o conjunto de tutelas à maternidade e está prevista na “Seção V”, intitulada “Da proteção à Maternidade”, dos artigos 391 a 400 na Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.²⁷

Quanto aos casos de adoção, está disposta no art. 392-A:

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. 392.²⁸

Em 9 de setembro de 2008, a Lei nº 11.770 instituiu o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar a licença maternidade em sessenta dias. Por meio de requerimento da empregada o afastamento e o respectivo salário maternidade são estendidos e a empresa deduzirá do imposto devido o total da remuneração pago no período de prorrogação.

A referida Lei é regulamentada pelo Decreto nº 7.052 de 2009 que em seu artigo segundo prevê a prorrogação da licença às adotantes nos seguintes moldes:

Art. 2º O disposto no art. 1º aplica-se à empregada de pessoa jurídica que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, pelos seguintes períodos:

I - por sessenta dias, quando se tratar de criança de até um ano de idade;

II - por trinta dias, quando se tratar de criança a partir de um ano até quatro anos de idade completos; e

III - por quinze dias, quando se tratar de criança a partir de quatro

²⁷ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 14. Nov. 2015.

²⁸ Idem.

anos até completar oito anos de idade.²⁹

Dessa forma, percebe-se que a CLT está muito à frente das legislações que regem os servidores públicos pois já prevê uma licença maternidade para adotantes em mesmo período que para gestantes. Como crítica ainda pode-se observar duas falhas:

- a) o artigo refere-se à adoção de “crianças”, nada referindo às adoções de pessoas maiores de doze anos, classificadas pelo ECA como adolescentes.
- b) muito embora a licença prevista na CLT seja equiparada, o Decreto nº 7.052/09 que disciplina os acréscimos conferidos pelo Programa “Empresa Cidadã” traz consigo diferenciações no período de extensão da licença em função da idade da criança. Dessa forma, nos casos concretos a licença das empregadas celetistas que adotam pode ser inferior se comparada com a das gestantes.

²⁹ BRASIL. Decreto nº 7.052 de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2009/decreto-7052-23-dezembro-2009-599154-publicacaooriginal-121536-pe.html>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À LICENÇA MATERNIDADE

Princípios são, no âmbito do Direito, fundamentos normativos, proposições do ideal e bases para que seus operadores orientarem todos seus atos, tanto constituindo quanto aplicando normas. Elas se subdividem, tendo-se as que são normas-regras e aquelas que são normas-princípios. Para Alexy, as normas-regras ordenam, proíbem ou permitem algo; já as normas-princípios exigem que algo seja realizado em medida tão intensa quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.³⁰

Segundo Ávila,

[...] um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma.³¹

Conforme Celso Antonio Bandeira,

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério

³⁰ ALEXY, Robert. **Minha filosofia do direito**. Apud HECK, Luís Afonso. Direitos Fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015. p. 31.

³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120-121.

para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.³²

Destaca-se neste trabalho a pertinência dos princípios da igualdade, da não discriminação entre filhos e o melhor interesse do menor. Como fundamento desses princípios está a dignidade da pessoa humana, que segundo Alexandre de Moraes

(...) é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.³³

Embora existam diferentes concepções sobre regras e princípios pautadas por diferenciações ontológicas, estruturais, lógicas etc., adotar-se-á, para os fins deste trabalho, apenas esta corrente doutrinária para introduzir o núcleo do capítulo, sem a pretensão de esgotar o tema.

2.1 Princípio da Igualdade

Dentre os princípios contemplados na Constituição Federal, basilar para o desenvolvimento de diversos outros, a igualdade está consagrada no art. 5º do referido texto: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

³² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 408.

³³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 48.

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”³⁴.

Para Lobo, “nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares”.³⁵

Aqui, é relevante a igualdade pela justiça, pela isonomia, na ideia de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam³⁶.

Embora diversamente entenda o legislador, a diferenciação no tempo da licença maternidade às servidoras de acordo com a origem da filiação – se adotiva ou biológica – fere tal princípio pois, a despeito de as situações fáticas serem distintas, não há suporte para justificar a necessidade de uma e não da outra. Apesar de envolverem necessidades diferentes, sustentar-se-á a equiparação das licenças, pois os direitos à saúde, à família e ao crescimento da criança são aplicáveis em ambos os casos e o Estado deve tutelar seus servidores de forma equivalente.

Nos primórdios, o conceito de igualdade era entendido como igualdade perante a lei, pois surgiu em um contexto de superação de privilégios. Em sua concepção originária ninguém poderia ser tratado desigualmente ainda que com o intuito de beneficiar os menos favorecidos socialmente. Na evolução da história desenvolveu-se a ideia de efetividade substancial do princípio, observando as diferenças entre os sujeitos no tratamento jurídico a ser deferido a eles.

A igualdade possui duas facetas: a formal e a material. Enquanto a primeira preocupa-se a aplicação da lei a todos, de forma irrestrita, a segunda impõe ao legislador que crie normas que promovam uma equiparação de condições. A igualdade material é a condutora do Estado Social de Direito, de forma que atenua desigualdades.

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

³⁵ Lobo, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo. Saraiva. 4ª ed 2011. p. 65.

³⁶ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007.

Ao tratar todos igualmente, na medida em que são desiguais, acaba-se por formar discriminações. O que se defende não é que se extingam as diferenciações, mas que se evite as diferenciações arbitrárias.

Segundo Alexy, diferenciações arbitrárias são aquelas que não encontram um fundamento razoável, que venha da natureza das coisas, ou objetivamente haja uma razão para diferenciar. Nesse sentido:

[...] uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela. A qualificação desse fundamento pode ser descrita de diversas maneiras. Na citação acima exige-se que se trate de um fundamento razoável ou que decorra da natureza das coisas ou que seja objetivamente evidente. Em outras formulações exige-se que a falta de objetividade da diferenciação não seja “evidente”, em outras, ainda, é apenas exigido que o fundamento para a diferenciação seja “justificado”. O pano de fundo para essas fórmulas é constituído pela exigência de “uma perspectiva orientada pela idéia de justiça.”³⁷

Ele resume o ponto: “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”³⁸. Ainda segundo Alexy, “saber o que é uma razão suficiente para a permissibilidade ou a obrigatoriedade de uma discriminação não é algo que o enunciado da igualdade, enquanto tal, pode responder”³⁹.

Ao regradar as licenças concedidas à mãe biológica e à adotante, o Estado justifica a distinção de tratamentos jurídicos em uma diferenciação fática. Tal argumentação, contudo, não se sustenta, na medida em que a origem do vínculo familiar ou sua natureza jurídica (laços sanguíneos ou por afinidade) não legitimam a disciplina jurídica diferenciada, haja vista a finalidade do benefício.

³⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores: São Paulo, 2015. p. 407-408.

³⁸ Ibidem. p. 421.

³⁹ Ibidem. p. 411.

Esse é o ponto de discussão sobre a possibilidade de o Estado prever diferentes licenças maternidade. Seria a ausência de filiação biológica razão para reduzir a licença das servidoras adotantes? Qual seria o centro da justificativa da licença?

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.⁴⁰

Segundo o mesmo autor, não importa que exista apenas uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente, mas também uma correlação lógica concreta aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. Ainda, “que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia”.⁴¹

Outro aspecto relevante é a problemática acerca da obrigação do Estado de promover condições iguais quando “os iguais devem ser tratados igualmente”. Isso porque a igualdade possui uma representação em *atos* e em *consequências*. Nesse sentido, ao conceder a licença maternidade equitativa a todas as suas servidoras, o Estado estaria proporcionando uma igualdade em atos. De acordo com a condição pretérita de vida da criança, sua idade, seus traumas, a licença terá consequências diferentes em cada caso - por vezes suficiente, por vezes não - sendo difícil medir e

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 22.

⁴¹ *Ibidem*. p. 37.

basear-se em uma igualdade de consequências – preferindo-se, então, uma igualdade de atos.

Continua Alexy defendendo que a promoção de certos grupos gera uma igualdade fática, mas cria uma desigualdade jurídica. Ao tentar-se aplicar tanto a igualdade fática quanto a jurídica gera-se uma colisão fundamental: o que é igual para um princípio, pode não ser para outro⁴².

Sugere que o paradoxo pode ser resolvido abrindo-se mão ou da igualdade fática ou da jurídica. Todavia, partindo-se da perspectiva constitucional não é admissível renunciar ao princípio da igualdade jurídica. Dessa forma, diz ser mais fácil e seguro preferir a igualdade jurídica, não se prendendo às consequências diversas que possa trazer⁴³.

Mas não ignora a importância da igualdade fática. Diz que tal princípio pode ser interpretado como norma que vincula o legislador, embora não possa ser exigida judicialmente. E refere que o Tribunal Constitucional alemão salienta que “o legislador não pode em princípio se satisfazer em aceitar desigualdades fáticas previamente existentes; se elas foram incompatíveis com exigências de justiça, o legislador tem que as eliminar”⁴⁴.

Logo, o tratamento, os atos do Estado, seriam guiados pela igualdade jurídica. Porém, o segundo passo consiste, segundo Alexy, na aplicação das normas considerando o princípio da igualdade fática sob a ótica da razão suficiente que justifique uma abordagem desigual ou traga sua obrigatoriedade.

Sobre a efetividade dos direitos fundamentais, David Araújo, ao citar Barroso, ensina:

“Efetividade designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer,

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores: São Paulo, 2015. p. 419.

⁴³ Ibidem. p. 418.

⁴⁴ BVerfGE 9, 237 (244) e BVerfGE 4, 193 (203) In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores: São Paulo, 2015. p. 420.

no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado” (Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 231-2) [...] Portanto, a efetividade dos princípios constitucionais significa a aplicabilidade da norma, com os valores determinados por ela com o cumprimento do direito assegurado. Os princípios existem para serem aplicados, cumpridos, observados. Nesse sentido continua o mesmo autor: “Disto resulta que o Direito Constitucional, tanto quanto os demais ramos da ciência jurídica, existe para realizar-se. Vale dizer: ele almeja a efetividade. Efetividade [...] designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ela simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (Barroso, ob. cit., p. 283). E segue o autor em suas conclusões: “3. Ainda quando se caracterizam por um maior teor de abstração, os princípios constitucionais têm eficácia normativa, e, em muitos casos, tutelam diretamente situações jurídicas individuais. [...] 5. Somente há sentido em inscrever na Constituição princípios dotados de eficácia jurídica, e aptos a se tornarem efetivos, isto é, a operarem concretamente no mundo dos fatos”. Nesse sentido, podemos nos socorrer da observação de Walter Claudius Rothemburg: “O reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de se caracterizar como meras sugestões ou diretivas (desideratos ou propostas vãs), a fim de que deles possa ser extraído todo o significado dos valores que encerram, com o cuidado de impedir que sejam tornados inócuos por uma retórica mitificadora e enganosa, frequentemente empregada para os princípios” (In: Princípios constitucionais, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, 1999, p. 82).⁴⁵

⁴⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 96-97; as observações entre parênteses constam do texto original em notas de rodapé. Apud

Nessa perspectiva, exsurge claro que os direitos fundamentais, aí incluído o da igualdade, necessitam de real efetividade na elaboração, interpretação e aplicação das demais normas infraconstitucionais. Não foram concebidos como meros conselhos, pois possuem caráter vinculante que obriga o legislador no sentido do seu respeito. Conferir licenças maiores para certas servidoras em detrimento de outras, uma vez que todas ostentam a qualidade de mães, é ignorar o ditame constitucional e criar uma norma que afronta diretamente a Constituição. Também tratar de forma diversa os filhos dessas servidoras é mais uma vez ferir e não conferir efetividade ao princípio da igualdade – e seu desdobramento no princípio da não discriminação entre os filhos, que se verá a seguir.

Não se perca de vista que, quando não há razão suficiente para a existência de tratamentos jurídicos distintos, a igualdade impõe ao operador do direito que assegure isonomia (1) na outorga de direitos às trabalhadoras em geral, sejam da iniciativa privada, sejam do setor público, sejam mães biológicas, sejam mães adotivas, e (2) na proteção conferida aos filhos de qualquer natureza (arts. 5º, caput e inciso I, 6º, 7º, XVIII, 37, inciso, 227, caput e § 6º, e 229, todos da Constituição Federal).

Ressalta-se, por fim deste capítulo, que a Consolidação das Leis do Trabalho já trata de forma isonômica a licença maternidade da adotante, demonstrando que naquele momento o legislador não entendeu que haveria umnexo suficiente que justificasse a desigualdade de tratamento.

2.2 Vedação de discriminação entre os filhos de qualquer natureza

A vedação de discriminação *latu sensu* é uma vertente negativa do princípio da igualde. Para Mauricio Godinho Delgado a discriminação é “a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a

MACHADO, Martha de Toledo. Proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 95.

situação concreta por ela vivenciada”⁴⁶.

A filiação no Brasil não admite adjetivações ou discriminações. Hoje, todos são apenas filhos, não havendo distinção entre filiação legítima ou ilegítima.

Tal princípio nasceu com a Constituição Federal de 1988 e tem respaldo no seu art. 227, § 6º, nos seguintes termos:

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.⁴⁷

Embora a norma constitucional seja suficiente para vedar qualquer distinção entre filhos, o art. 1596 do Código Civil reforça esse princípio quando diz:

Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.⁴⁸

Segundo disciplina Loureiro, o princípio da igualdade no caso dos filhos tem dois significados: formal e material. O primeiro – e menos importante – refere-se à vedação ao uso de termos como legítimos, naturais, bastardos. O segundo impede distinções e diferenças de regime jurídico que consubstanciem em desfavor ou desproteção que não seja objetiva e razoavelmente fundada⁴⁹.

Quando se confere licenças maternidades distintas em função da origem da filiação – ela biológica ou adotiva – se está claramente violando novamente o princípio da igualdade, agora não sob o prisma das servidoras, mas das crianças.

⁴⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Proteção contra a discriminação na relação de emprego**. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 97.

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁴⁸ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁴⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2009.

Ter taxativamente no texto legal duas hipóteses distintas de licença é ir de encontro ao princípio da não discriminação dos filhos pois os adjetiva indiretamente, por meio dos benefícios recebidos pelas mães. Rotular a “servidora gestante” contraposta à “servidora adotante” é uma forma indireta de qualificar a filiação, hipótese vedada pelo ordenamento.

A licença maternidade como instituto jurídico não pode ser compreendida em sua inteireza na perspectiva exclusiva da trabalhadora mãe, porquanto relacionada também com tutela dos direitos das crianças e adolescentes, assegurada constitucionalmente.

No artigo 6º da Constituição Federal, a proteção à maternidade e à infância está vinculada, por serem indissociáveis, e, nos artigos 227 e 229, do mesmo diploma, são prescritos deveres que se complementam: ao estado e à família, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito ao convívio familiar, dentre outros, e aos pais, assistir, criar e educar os filhos menores.

Por força das normas constitucionais, o dever do Estado de proteger a criança/adolescente não se distingue, em razão da natureza do vínculo estabelecido entre pais-filho, nem o dever da mãe de assisti-lo varia conforme a origem da filiação.

2.3 Princípio do melhor interesse do menor e doutrina da proteção integral

Primeiramente, ressalte-se que os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes são especiais, no sentido de distinguirem-se daqueles dos adultos por dois aspectos: um de natureza quantitativa e outro de natureza qualitativa. Pode-se dizer que eles gozam de maior gama de direitos fundamentais (natureza quantitativa). Isso porque além de serem titulares de todos os direitos individuais e sociais reconhecidos ao ser humano nos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição Federal,

possuem direitos fundamentais específicos como o direito à convivência familiar, ao não trabalho, à alimentação e outros⁵⁰. Também recebem, como se verá, proteção prioritária, de forma a terem em seus direitos natureza qualitativa.

O princípio do melhor interesse do menor, também denominado “princípio do melhor interesse da criança”, abrange não só crianças como adolescentes, por inclusão da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. A origem histórica está no *parens patrie*⁵¹ do direito anglo-saxônico.

O *best interest* foi adotado internacionalmente na Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Embora já estivesse no Código de Menores⁵², ainda era tratado sobre a ótica da doutrina da situação irregular.

A doutrina da proteção integral está calcada no art. 227 da Constituição Federal – como mencionado – e substituiu a doutrina da situação irregular, que vigeu anteriormente à atual Constituição e era oficializada pelo Código de Menores de 1979. A doutrina da situação irregular era restritiva; tratava de tutelar apenas menores em situações específicas trazidas pelo art. 2º do Código de Menores. Tinha viés penal e a interferência judiciária era baseada nos casos de prática de ato infracional ou outros considerados de problemas sociais. Tal doutrina não tinha caráter universal, mas restrito e quase absoluto a um determinado grupo infanto-juvenil.

A doutrina da proteção integral foi responsável por mudar significativamente o paradigma do princípio.

⁵⁰ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 153.

⁵¹ Segundo tal instituto, o Estado outorgava para si a proteção e guarda tanto dos menores quanto dos loucos. Nesta época a criança era considerada como um pertence dos pais. Foi no século XVIII separada a proteção infantil da dos loucos e em 1836 oficializado no sistema jurídico inglês o princípio do melhor interesse.

⁵² Art. 5º. Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

Segundo Paulo Lobo, a criança

[...] deve ter seus interesses tratados como prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.⁵³

Ainda pelo mesmo autor, “o princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social”.

O fundamento essencial do referido princípio está no art. 227 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁵⁴

Maria Regina Fay de Azambuja afirma que o art. 227 da Constituição Federal de 1988 elucida o compromisso do Brasil com a Doutrina da Proteção Integral, assegurando às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direito, de pessoas em desenvolvimento e de prioridade absoluta. Também afirma que, assim, teria se invertido o foco da prioridade que agora passa a ser o da criança.⁵⁵

O Brasil assumiu uma posição de vanguarda pois já em 1988 expressou na

⁵³ Lobo, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo. Saraiva. 4ª ed 2011. p. 75.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁵⁵ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança no novo Direito de Família**. In: WELTER, Belmiro Pedro (org.); MADALENO, Rolf Hanssen (org.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2004, p. 279.

Constituição Federal o pacto com a doutrina da proteção integral, e, em novembro de 1990, por meio do Decreto nº 99.710, promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de mesmo ano. Segundo tal Convenção,

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.⁵⁶

Para Miguel Cillero Bruñol,

A convenção representa uma oportunidade, certamente privilegiada, para desenvolver um novo esquema de compreensão da relação da criança com o Estado e com as políticas sociais, e um desafio permanente para se conseguir uma verdadeira inserção das crianças e seus interesses nas estruturas e procedimentos dos assuntos públicos.⁵⁷

Também em 1990 o Brasil sancionou a Lei nº 8069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, no primeiro artigo, já referencia que “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”⁵⁸. E no art. 3º estabelece que

⁵⁶ Art. 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas contida no Decreto nº 99.710. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 16 nov. 2015.

⁵⁷ BRUÑOL, Miguel Cillero. **O interesse superior da criança no marco da Ctenonvenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. In: MENDEZ. Emilio García (org.); BERLOFF, Mary (org.). *Infancia, Lei e Democracia na América Latina*. Blumenau: FURB, 2001, v. 1, p. 92.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 8069/90. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.⁵⁹

O Direito tradicional sequer entendia a criança como indivíduo. Foi só na era pós-moderna que crianças e adolescentes foram entendidos como sujeitos de direitos. Com a substituição da doutrina da situação irregular pela doutrina da proteção integral consagrou-se a um Direito da Criança e do Adolescente “amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível”⁶⁰.

Andréa Rodrigues Amin ressalta que a prioridade tem um objetivo bem claro, qual seja, o de realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais do artigo 277 da Constituição⁶¹. Ou seja, há estrita relação entre os princípios do melhor interesse e da prioridade absoluta com a doutrina da proteção integral, sendo os primeiros concretizadores do último.

Ainda, Martha de Toledo Machado aponta que a *possibilidade de formar a personalidade humana adulta*, o que fariam as crianças e adolescentes pelo simples fato de crescerem para se tornarem adultos, deve ser reconhecida como direito fundamental do ser humano, porque sem ela nem poderiam os demais direitos da personalidade adulta ou a própria personalidade adulta ser formada⁶².

Também ressalta que o fator predominante para se tutelar com especialidade

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

⁶⁰ AMIN, Andrea Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral**. In: MACIEL, Kátia (org.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 14.

⁶¹ Idem. p. 20.

⁶² MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 110.

e prioridade esse grupo diferenciado de pessoas que são as crianças e adolescentes é seu caráter de vulnerabilidade. Se, de certa forma, essa prioridade quebra a igualdade do ponto de vista formal, a desigualdade é inerente a esses sujeitos. Proteger os menores em virtude da sua vulnerabilidade é equilibrar desigualdades por meio de uma igualdade jurídica material⁶³.

Poderia então se dizer que possuem direitos fundamentais especiais, uma vez que diferentes daqueles dos adultos sob dois aspectos: tanto quantitativamente – tendo mais direitos fundamentais reconhecidos – quanto qualitativamente – pois especiais e prioritários⁶⁴.

Marta Santos Pais evidencia que “na promulgação de uma nova lei ou na hipótese de revisão de lei existente é essencial indagar se as soluções propostas são as melhores para a criança”⁶⁵. Com a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989 – que estipula que “nada do estipulado no seu texto afetará disposições que sejam mais favoráveis para a realização dos direitos da criança”⁶⁶ - e a consequente incorporação do princípio do melhor interesse do menor, fica claro o compromisso do Estado de legislar em prol dos menores, inclusive e principalmente ao reger seus próprios servidores.

⁶³ Idem. p. 119.

⁶⁴ Idem. p. 121.

⁶⁵ PAIS, Maria Santos. **Le Meiller Intérêt de l'Enfant**. *Apud* (Coord.) PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 26.

⁶⁶ Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU ratificada pelo Decreto nº 99710/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

3 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TEMA

A possibilidade ou não de a lei instituir prazos diferenciados para a licença-maternidade, concedida às servidoras gestantes e às adotantes, é objeto do Recurso Extraordinário nº 778889, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, na qual se pede a reforma de decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A repercussão geral do tema já foi reconhecida por aquela Corte e o recurso aguarda julgamento de mérito.

No processo originário o TRF5 entendeu que a diferenciação não ofende o princípio da isonomia pois diferentes as necessidades entre mães biológicas e adotantes e, não sendo a mesma situação fática, justificados estão os prazos diversos. O acórdão baseou-se no fato das mães biológicas sofrerem transformações físicas e psicológicas, no procedimento do parto e necessitarem amamentar seus filhos. Já as mães adotivas não têm essas necessidades e sua licença é razoável à efetiva convivência familiar e estreitamento dos laços afetivos, não sendo possível equiparar tal tempo.

No recurso extraordinário, a autora alegou a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e da Resolução CJF nº 30/2008 por preverem às servidoras adotantes prazos de licença maternidade inferiores aos conferidos às servidoras gestantes. A violação seria aos arts. 39, § 3º, e 227, § 6º, ambos da Constituição Federal. Sustentou que a licença às adotantes não equivale a uma licença médica para recuperação pós-parto, mas sim benefício que visa a assegurar à mãe e ao filho a companhia um do outro. Invocou, ainda, a alteração sofrida pela CLT como demonstração da intenção do legislador de eliminar tais diferenças.

A natureza constitucional da controvérsia está calcada, segundo o STF, no art. 227, § 6º, da Constituição, que garante aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, os mesmos direitos. Além disso, a repercussão geral está presente no ponto do vista econômico, social e jurídico.

- (i) econômico, porque discute a ampliação do período de

afastamento remunerado hoje concedido às servidoras adotantes, com reflexos na prestação dos serviços públicos e no custo das licenças; (ii) social, em razão da própria natureza do direito pleiteado (tanto que previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição para as trabalhadoras em geral, e aplicável às servidoras por força do art. 39, § 3º, da CRFB/1988), bem como do elevado interesse coletivo nas políticas relativas à adoção de menores, usualmente resgatados de condições de vida precárias; e (iii) jurídico, porque relacionado à absoluta prioridade conferida aos direitos da criança e do adolescente, biológicos ou adotados (art. 227, caput e § 6º), o que revela o caráter central do tema na ordem inaugurada pela Constituição de 1988.

Por fim, entendeu aquela Corte que a questão é repetitiva e necessita de um posicionamento para orientar a atuação da Administração e das servidoras adotantes, o que transcende o interesse subjetivo envolvido na causa.

O tema, de fato, é objeto de diversas demandas por parte de servidoras adotantes que são regidas por legislações que ainda diferenciam as licenças. Todavia, o entendimento ainda é contraditório nos tribunais, tal qual se verá.

No MS 2002.03.00.018756-8, que tramitou perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, os Desembargadores divergiram sobre a matéria. A Relatora, Desembargadora Suzana Camargo, entendeu pela concessão da prorrogação da licença à servidora pública do quadro do próprio Tribunal. Defendeu sua posição com o princípio da não discriminação entre os filhos, nos termos

Tratando-se a matéria em debate de questão crucial ao desenvolvimento social em um Estado Democrático de Direito, a Constituição Brasileira alçou o direito da mãe que trabalha à licença para cuidar do filho, à condição de direito fundamental, e assim o fez tanto para a mãe empregada regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, assegurada pelo artigo 7º, inciso XVIII, como à mãe ocupante de cargo público, nos termos do artigo 39, parágrafo 3º.

Com efeito, o legislador, ao amparar a mãe no período

imediatamente posterior ao nascimento da criança, com a previsão de concessão de licença remunerada, não buscou proteger somente a mãe, mas sobretudo ao filho, vez que é fundamental à criança o amparo e presença materna para o seu desenvolvimento salutar.

E nem se fale em qualquer diferenciação existente entre a mãe biológica e a mãe-adoptante. A Constituição da República obsta qualquer tentativa em se diferenciar o filho biológico do adotivo, conforme expressamente previsto no artigo 227, parágrafo 6º, da Lei Maior [...].

Assim, se aos filhos biológicos reserva-se a presença materna como indispensável para um desenvolvimento físico e emocional saudável, por idênticos motivos serão necessários tais cuidados ao filho adotado.⁶⁷

No entanto, o Desembargador Fábio Prieto de Souza alegou que o parágrafo sexto do art. 227 da Constituição Federal é genérico e deve-se considerar o dispositivo específico do art. 7º, inciso XVIII do mesmo diploma. Tal artigo traz como direito do trabalhador, entre outros, a licença gestante de 120 (cento e vinte) dias. Sustentou que o Estatuto dos Servidores Cíveis da União não concedeu tal prazo, mas poderia tê-lo feito se fosse essa a vontade do legislador.

Não deixa de reconhecer a problemática acerca da baixa procura pelas adoções tardias e o papel que a extensão da licença poderia ter como estímulo à proteção dessas crianças. Porém, uma vez que o legislador também é capaz de fazer essa crítica, prefere apoiar-se no texto legal. Acredita que, frente à necessidade de recursos para programas sociais de amparo à família, o legislador teria considerado que, consumada a adoção a criança já teria recebido aquilo que lhe é mais caro: a proteção maternal. Também tem por certo que as exigências com a adaptação e os primeiros cuidados com a infância são mais intensos nos primeiros meses de vida.

Por fim, baseia sua divergência no fato de existirem centenas de leis

⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo nº 2002.03.00.018756-8 236270 MS-SP, Relator: Des. Suzana Camargo, 2008.

estaduais e municipais, recebendo os servidores tratamentos diferentes – o que parece crer defensável. No caso em tela, a impetrante pretendia uma equiparação em relação à CLT, o que considerou inaceitável.

Embora apresentada tal divergência, a Corte decidiu, por maioria, no sentido de conceder a segurança pretendida pela impetrante, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Em outro caso, julgado pela Justiça Federal de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, o Juiz Roger Raupp Rios acolheu o pedido de extensão de licença maternidade adotante, formulado por servidora da Polícia Rodoviária Federal.

[...] A análise jurídica do pleito judicial ora veiculado importa a consideração, pelo menos, de três elementos: (1) a força normativa da Constituição; (2) a eficácia do princípio da igualdade, diante da maternidade biológica e da maternidade adotiva; (3) a legitimidade constitucional da distinção de prazo para a licença gestante, em face do marco temporal de um ano de idade da criança adotada.

A força normativa da Constituição

A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade, para utilizar a expressão de K. Hesse (Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, P. Alegre: SAF, 1998, item 17). No atual estágio do desenvolvimento dos regimes democráticos e do direito constitucional, não há dúvidas quanto à força normativa dos dispositivos constitucionais, especialmente aqueles que instituem direitos fundamentais (CF/1988, art. 5º, p. 1º).

O princípio da legalidade, neste contexto, vai além da norma infralegal expressa pelo legislador ordinário e, eventualmente, detalhada pelo regulamento administrativo. Isto, seja porque a Constituição tem força normativa (vale dizer, é norma jurídica, válida, vigente e eficaz, apta a gerar direitos e deveres subjetivos entre as partes envolvidas, diretamente, e em especial, quando envolvidos direitos fundamentais), seja porque a validade e a interpretação da norma infralegal estão subordinadas aos conteúdos constitucionalmente definidos.

Com efeito, o princípio da legalidade da Administração Pública é hoje entendido como princípio de juridicidade:

'en su sentido más amplio el principio de legalidad exige que la actuación de los órganos del Estado, en concreto la de la Administración, mediante actos administrativos y la de los tribunales mediante resoluciones judiciales, se lleve a cabo con sujeción al ordenamiento jurídico. La palabra legalidad no designa aquí la ley,

sino a todas las normas, incluidos los reglamentos, a lo que se denomina el 'bloque de la legalidad' y por ello el principio de legalidad así entendido se denomina también principio de juridicidad.' (Ignacio de Otto, Derecho Constitucional - Sistema de Fuentes, Barcelona, Ed. Ariel, 1987, p. 157).

Refiro também o magistério de Jorge Reis Novaes (Contributo para uma Teoria do Estado de Direito, Almedina, Coimbra, 1987).

[...]

O princípio da igualdade e as maternidades biológica e adotiva

O conteúdo jurídico do direito de igualdade conduz à conclusão pela ilegitimidade da distinção entre a maternidade biológica e a maternidade adotiva, para fins de concessão de licença gestante. Isto porque, mesmo sem adentrar nas disposições constitucionais sobre a maternidade, seu significado e conseqüências, tal distinção produz tratamento prejudicial à criança, pelo fato de ter sido adotada (art. 227, p. 6º). Esta norma, a propósito, é norma de direito fundamental de igualdade, proibitiva de discriminação expressamente listada.

A Constituição Federal, de fato, assegura à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade e à convivência familiar. Em relação ao filho, seja nascido ou não da relação do casamento, seja adotivo, não se admite qualquer forma de discriminação, conforme dispõe o § 6º do art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - 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.

Assim, considerando que a licença tem por finalidade assegurar a convivência entre mãe e filho, e que tal direito deve ser realizado de forma isonômica a filhos biológicos e adotivos, é de se acolher o pedido de liminar formulado na inicial.

[...]

Por esses fundamentos, afasto a aplicação do artigo 210 da Lei nº 8.112/1990, dada sua incompatibilidade com o direito constitucional de igualdade.

O princípio da igualdade e a distinção etária

O princípio da igualdade, nas suas dimensões formal e material, reprovava o tratamento diferenciado, sem razões suficientes que justifiquem tal desigualdade de tratamento.

A distinção estabelecida pela norma infralegal que fundamentou o indeferimento revela-se violadora deste mandamento constitucional, na medida em que não há qualquer demonstração de que a idade de um ano seja o marco temporal adequado para definir a menor extensão temporal da licença gestante. A ausência de tal justificativa, seja do ponto de vista do bem estar da criança, seja do ponto de vista das necessidades da Administração, conduz à não aplicação de tal norma neste caso concreto, por contrariar a Constituição. Por esse motivo, deixo de aplicar a norma expressa no parágrafo único do artigo 210 da Lei nº 8.112/1990.

[...]

No caso dos autos, sustenta a União ofensa ao princípio da isonomia quanto a este entendimento paritário, uma vez que o legislador diferenciou a duração da licença à gestante e à adotante no regime jurídico da Lei 8.112/90.

No entanto, com o exposto e por mais, sublinha-se que o princípio de proteção ao menor, consagrado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe sejam garantidos à mãe adotiva garantias e direitos idênticos aos assegurados à mãe biológica, visando à proteção à maternidade e à criança de forma indiscriminada.

Entendo, assim, que a diferenciação quanto ao período de concessão de referidas licenças é injustificada, não obstante a falta de norma infralegal neste entendimento, uma vez que ambas as licenças se inspiram na proteção ao menor e na observância a todos os demais princípios constitucionais já analisados.⁶⁸

A decisão foi posteriormente mantida pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que declarou, inclusive, a inconstitucionalidade da parte final do caput do art. 71-A da Lei 8213/91, ficando o INSS obrigado a conceder salário-maternidade por 120 (cento e vinte) dias às seguradas que adotem crianças de qualquer idade. Embora se tratasse de empregada celetista, os fundamentos da decisão possuem grande valia para o tema ora tratado.

⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Justiça Federal. Ação Ordinária nº 5009940-72.2012.404.7100, Magistrado: Roger Raupp Rios, 2012.

Por fim, saliento, o §6º do art. 227 da CF/88 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'. Veja-se que esse parágrafo acima transcrito traz uma norma antidiscriminação entre filhos naturais e adotivos.

Já o dispositivo legal em análise (art. 71-A da Lei nº 8.213/91) veicula justamente uma regra contrária, impondo tratamento desigual em situação que a constituição não só impede, mas traz **vedação expressa à discriminação**.

Não há como justificar o período reduzido de salário-maternidade por se destinar às crianças com mais idade (um a oito anos). Ora, será que a inserção de uma criança em um novo lar, com pessoas e um ambiente estranho, mesmo que já conte com mais de um ano de vida, não reclama uma tutela inicial dos pais mais acurada? Entendo que sim e as evidências demonstram o mesmo, pois, embora crianças maiores de um ano não necessitem tanto de cuidados de natureza biológica como a amamentação, em caso de adoção é evidente a necessidade de um tempo de adaptação de ordem psicológica e emocional.

Inclusive, alguns estudiosos alegam que o período de adaptação da criança adotada com idade superior a um ou dois anos deveria ser maior, merecendo a mãe um período maior de dedicação ao novo integrante da família a fim de trabalhar eventuais falhas e omissões nos cuidados anteriores. Corroborando essa idéia, trago fragmento do brilhante e profundo parecer elaborado pelo Ministério Público, juntado no evento 6 destes autos:

'O direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade se justifica na necessidade de convivência e adaptação inicial entre a mãe e o filho, ainda que essa necessidade apresente especificidades de acordo com a idade da criança.

*O fundamento reside na necessidade de dedicação exclusiva da figura parental à criança no **período inicial de convivência**, o que vale tanto para crianças adotadas ou não e se adotadas de qualquer idade (visto que a adoção não se restringe a bebês).*

Quanto à necessidade de dedicação exclusiva no período inicial de convivência em relação a bebês, sejam adotadas ou não, há norma infraconstitucional que a contempla, em conformidade com a Constituição Federal.

Observe-se que se no caso dos bebês a dependência com a figura parental se revela absoluta, o processo de adaptação das crianças maiores que são adotadas apresenta grandes dificuldades, muitas delas decorrentes da história de vida e situação anterior de abandono da criança.

*Assim, ainda que as necessidades das crianças possam se diferenciar em determinados aspectos, conforme a sua idade, **todas necessitam do período inicial de convivência/adaptação em regime de dedicação exclusiva por parte da figura parental.***

No presente caso, questiona-se a concessão de salário-maternidade para adotante de criança maior de um ano (quando a mãe é a biológica não existe esse problema, pois o período inicial de convívio exclusivo se dá quando o filho ainda é bebê).

O objetivo é demonstrar que a finalidade do salário-maternidade é proporcionar à figura parental a possibilidade de se dedicar exclusivamente ao filho pelo período de tempo necessário, que não difere se a criança for adotada e não for bebê.

No entanto, ainda que não seja objeto dos autos a questão da necessidade de convivência entre a mãe e o bebê, essa análise assume importância na medida em que estudos demonstram que uma das maiores dificuldades encontradas no processo de adaptação entre o adotante e a criança de mais idade em grande parte decorre de problemas enfrentados pela criança quando ainda era bebê.

Nas adoções tardias, consideradas as adoções de crianças maiores de dois ou três anos, por exemplo, há estudos que demonstram a dificuldade de adaptação da criança na família substituta. Estudiosos entendem que na adoção logo após o nascimento existirão melhores condições para o desenvolvimento de relações favoráveis.

Em pesquisa sobre comportamento de apego em crianças adotivas, Cristina Berthoud concluiu que 'tanto a idade da criança como a história de vida que antecede a sua adoção são fatores intimamente relacionados e que tem influência decisiva no sucesso da adoção'.

Muitos autores fazem referência à complexidade do processo de adaptação na adoção tardia, relacionando-o com um período marcado por muita tensão:

Na adoção tardia a tensão é ainda mais complexa porque a criança se posiciona no processo interativo de modo mais ativo que um bebê, aceitando, negando e negociando posições que lhe são atribuídas, somado ao fato de que ela tem uma história pregressa. Uma história de vida anterior às relações agora estabelecidas.

Dessa forma, 'os pais e as crianças encontram-se diante de um desafio maior na busca de adaptação mútua'.

A insuficiência e/ou ruptura dos primeiros vínculos afetivos, como os estabelecidos com a primeira figura de apego, implica dificuldade de identificação da criança com as novas figuras parentais.

Com efeito, seria extremamente difícil para a criança 'reconstruir vínculos primários, identificar-se com novas figuras parentais. A

criança adotada tardiamente estaria, numa certa medida, refratária aos novos vínculos':

(...) a dificuldade, ou não, da criança estabelecer novos vínculos estaria, basicamente, relacionada com a possibilidade de expressão emocionais mais primitivas, ou seja, de ser gestada novamente, de se mostrar indefesa, de requerer atenção, de renegar essa atenção... Enfim, de refazer todo o caminho para a construção de seu novo eu a partir de novos modelos parentais.

Para Winnicott, médico e psicanalista inglês, 'a saúde mental do indivíduo é construída pela mãe - ou outras pessoas que possam estar disponíveis como figuras maternas' e que 'a base da saúde mental é fundamentada no início da infância pelo provimento de cuidados dispensados a criança por uma mãe suficientemente boa'.

Dá a importância dos primeiros vínculos afetivos, cuja insuficiência ou ruptura trazem consequências no desenvolvimento emocional da criança. Assim, a pessoa que adota uma criança mais velha, que na maior parte das vezes não foi cuidada por uma mãe ou outra figura parental suficientemente boa, na concepção de Winnicott, deve procurar atender às necessidades afetivas da criança, a fim de que ela possa recuperar a confiabilidade abalada com o rompimento da mãe biológica.

Winnicott fala que, nesses casos, a mãe adotiva não estaria dotando apenas uma criança, mas um 'caso':

(...) e quando a história inicial não foi suficientemente boa em relação à estabilidade ambiental, a mãe adotiva não está adotando uma criança, mas um caso, e, ao se tornar mãe, ela passa a ser a terapeuta de uma criança carente. (Winnicott, 1954d/1997, p. 117)

Isso significa que 'os cuidados dos pais adotivos com os filhos ultrapassam os cuidados comuns e, mesmo não sendo responsáveis pelos problemas gerados pelo manejo inadequado dos bebês, terão de lidar com isso'.

Essa convivência é fundamental para a saúde mental da criança, que fora abalada em maior ou menor intensidade dependendo do grau de privação a que ela teria sido submetida. Afinal, segundo Winnicott, o grau de perturbação ambiental que a criança sofreu influencia sobremaneira o seu desenvolvimento emocional.

(...)

As dificuldades apresentadas nesse processo de adaptação pode ser minimizada pela implementação de medidas como a extensão da licença e do salário-maternidade aos adotantes de crianças de qualquer idade:

'Caselatto (1998), sob o mesmo enfoque teórico de Berthoud (op. Cit.), afirma que na adoção tardia, a criança traz vivências que a levaram a um adiamento da formação de um vínculo seguro, com

sua figura constante, provedora e prazerosa, com disponibilidade emocional e emergencial, concluindo que a dificuldade adaptativa pode ser minimizada ou diminuída através de medidas práticas, como a extensão do benefício de licença-maternidade às mães adotivas, independentemente da idade da criança adotada.

Não há, pois, razão suficiente para o tratamento desigual previsto no art. 71-A da Lei nº 8213/91, que delimitou o salário-maternidade de acordo com a idade da criança adotada.

(...)

*PAULO GILBERTO COGO LEIVAS
Procurador Regional da República'*

Após transcrever o parecer ministerial, o voto segue defendendo que o princípio da isonomia é uma norma basilar do Estado de Direito, na medida em que todos são iguais perante a lei e o art. 5º da Constituição Federal não pode ser objeto de qualquer ementa tendente a diminuir sua amplitude, ou seja, é cláusula pétrea. Mesmo assim, o legislador constituinte trouxe reforços como o art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que proíbe qualquer discriminação entre filhos biológicos e adotivos.

Nesse caso, o Instituto Nacional do Seguro Social defendeu que a observância do princípio da legalidade é alcançada pelo cumprimento do dispositivo de lei. Todavia, bem argumentou o Desembargador Relator que tal princípio, basilar da Administração Pública, não implica a aplicação cega da lei quando presente inconstitucionalidade ou revogação tácita.

A União ainda argumentou que a declaração de inconstitucionalidade e a ausência de prévia previsão de fonte de custeio fazem com que a ampliação do benefício previdenciário (salário-maternidade) contrarie o disposto no art. 195, § 5º, da Constituição Federal⁶⁹. No voto, o Desembargador Relator enfrentou o ponto, afirmando que não se está fazendo uma ampliação indevida, mas, sim, coibindo uma

⁶⁹ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

limitação indevida, e a fonte de custeio do salário-maternidade já estaria prevista e limitá-lo seria, sim, uma afronta ao texto constitucional. Por fim, destacou que se estaria inibindo a adoção de crianças maiores de um ano. “Como é notório, após essa idade, decresce consideravelmente o interesse pela adoção, o que gera um problema social grave: fila para a adoção de recém nascidos enquanto inúmeras crianças maiores de um ano esperam por um lar”⁷⁰.

Também no Tribunal de Justiça do Paraná, em Arguição de Inconstitucionalidade não se confirmou a diferenciação entre licenças, com base em uma argumentação a partir de comparativo histórico, como se vê:

Historicamente, as Constituições Federais vigentes no país desde 1934, dedicavam especial atenção e cuidado à "gestante", tendo o legislador daquela Carta previsto, exemplificativamente, em seu art. 121, § 1º, h, o direito a "assistência médica e sanitária à gestante, assegurando a esta o descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego".

Atualmente, essa mesma expressão é utilizada no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988, para garantir a licença maternidade.

Este dispositivo, muito embora nele mantido o vocábulo "gestante" para qualificar a licença, não pode ser lido de forma restritiva, posto que, anteriormente à promulgação da atual Constituição Federal, o direito ao repouso era vinculado à necessária assistência médica e sanitária, tendo como destinatárias, portanto, as mulheres que estavam em período de gestação. Assim sendo, era justificável a tese de não-equivalência entre a mãe biológica e a adotiva, pois o alvo de preocupação do constituinte era a mãe de filhos naturais.

Hodiernamente, contudo, tal raciocínio não se sustenta, tendo em vista que essa licença, embora tenha sido mantido na Constituição Federal o termo “gestante”, passou a considerar, mais do que as condições de saúde da parturiente, a garantia ao filho de que sua mãe possa se dedicar exclusivamente aos seus cuidados, dar-lhe

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Arguição de Inconstitucionalidade nº 5014256-88.2012.404.0000. Relator: Des. Rogerio Favreto, 2012.

atenção, carinho, alimentação e inserção ao meio familiar, o que, a toda evidência, também abrange aqueles que foram declarados filhos pela adoção.

Essa exegese fica mais evidente, ainda, a partir do momento em que o constituinte garantiu o direito à “licença paternidade”, desvinculando, pois, esse benefício, do bem-estar físico do genitor, que, obviamente, não sofre qualquer restrição física em razão da chegada do filho.

Assim sendo, considerando que essa licença visa, principalmente, atender aos direitos conferidos aos filhos nos termos do artigo 227 da Constituição Federal, sobretudo o da convivência familiar e, ainda, que o § 6º veda qualquer forma de discriminação entre filhos adotivos e os naturais, resta evidente que o prazo deve ser o mesmo tanto para mães que se submeteram ao parto, quanto aquelas que procuram estabelecer o vínculo afetivo mediante adoção.

Trata-se de interpretação que, além de garantir a igualdade entre os filhos, procura incentivar a própria adoção, que não deixa de ser importante instrumento de garantia aos direitos das crianças e adolescentes cuja paternidade biológica restou comprometida pelo abandono, morte dos pais, perda do poder familiar ou qualquer outro fundamento.

O tratamento diferenciado entre mãe-natural e mãe adotiva é um resquício da cultura vigente ao tempo do Código Civil de 1916, que distinguia os filhos legítimos dos adotados, nos termos do artigo 377. Atualmente, portanto, considerando que a licença maternidade é concebida para atender aos dois polos da relação (mãe e filho), é evidente que não se pode restringir o direito da criança ao convívio da família recém-constituída, garantia esta que deve ser concedida e fomentada pelo Estado.

A propósito, disserta Alexandre de Moraes 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. Essa norma constitucional tem aplicabilidade imediata, garantindo-se a imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo ou adulterino (...)”.

Com base nesse raciocínio é que sobreveio, a título exemplificativo, a alteração do artigo 392 da CLT, ampliando o direito à licença maternidade de forma equânime à mãe natural, verbis:

“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”.

Embora esse dispositivo celetista não tenha força cogente no âmbito da relação estatutária desenvolvida entre o ente público e seus servidores, é esclarecedor quanto à mudança de paradigma quanto à forma de tratamento da adoção no âmbito do Poder Legislativo federal. [...] ⁷¹

Outra tese foi defendida no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 4004600-23.2014.8.04.0000, em que o Desembargador João de Jesus Abdala Simões julgou que não há inconstitucionalidade no caso de servidora adotante de criança com mais de um ano que recebe licença com duração inferior à licença concedida a servidora gestante. Isso porque a diferenciação não é baseada no fato de serem os filhos biológicos ou adotivos – pois quando adotados com menos de um ano a legislação aplicável confere a mesma licença. Segundo o magistrado, para crianças e mães em presumida situação de igualdade o tratamento é idêntico.

Segue defendendo que o período de licença em função da idade da criança é ajustado para satisfazer as necessidades dela e de sua mãe – pois quando maior de um ano, tem necessidades diversas. Cita, ainda, trecho do parecer ministerial:

A mãe adotiva, diferentemente disso, não passa por todas as mudanças naturais que sofre o organismo da mulher no período gestacional. Porém, com o fito de propiciar o amparo social e preservar a dignidade humana, previsto no art. 227, § 6º da Lei Maior, e assim atender o comando constitucional de proteção à família, diversos entes da federação aprovaram leis estendendo este benefício às servidoras públicas adotantes, como é o caso no

⁷¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. IDI - 1296049-3/01, Órgão Especial, Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, 2015.

Município de Manaus, que regulamentou a licença-maternidade através Lei nº 870/2005 (alterada pela Lei 1.120/2007).⁷²

E trata da igualdade formal *versus* material:

Nesse soar, o tratamento dado pelo legislador infraconstitucional municipal à situação em foco é consentâneo com o princípio da igualdade material, de tratar desigualmente os desiguais, nas proporções em que se desigalam. E o fator de diferenciação adotado foi justamente o da idade da criança, sem que resida aí qualquer irrazoabilidade ou inconstitucionalidade. 02.09. A adotante, portanto, não cumpre os requisitos exigidos pela Lei Municipal para gozar 180 dias de licença-maternidade, razão pela qual a plausibilidade de seu direito esbarra na norma do artigo 35 do referido diploma.

Os Tribunais Regionais Federais adotam o entendimento acima exposto por conta da flagrante diferenciação existente na Lei n.º 8.112/1990 quanto aos filhos biológicos e filhos adotados, ao estabelecer prazos diferenciados para mães em situação de igualdade (120 dias para o recém nascido e 90 dias para o adotado com até um ano de idade). No entanto, o caso dos autos é diverso, vez que a diferenciação feita diz respeito apenas à idade da criança. 02.12. Ademais, muito embora realmente seja frágil a saúde da criança, o pedido de concessão de licença-maternidade não é o meio mais adequado de a requerente buscar a proteção jurisdicional. Isso porque o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Manaus (Lei Municipal nº 1.118/1971) possui uma modalidade específica de licença para o caso da requerente: a licença por motivo de doença em pessoa da família.⁷³

Encerra invocando o princípio da legalidade estrita ao qual está submetida a Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal), que difere da legalidade

⁷² AMAZONAS. Tribunal de Justiça. AgI 4004600-23.2014.8.04.0000, Terceira Câmara Cível, Des. João de Jesus Abdala Simões, 2015.

⁷³ Idem.

aplicável aos particulares (art. 5º, II, do mesmo texto): “enquanto a estes últimos se permite fazer tudo aquilo não proibido em lei, a Administração, de outra banda, deve pautar suas condutas na própria lei, não podendo extrapolar-lhe o sentido e a permissividade”. Ainda, diz que o referido princípio não pode ser afastado para conceder direitos que a própria lei não confere.

Buscando uma análise mais completa possível dos fundamentos utilizados pelos diversos componentes do Judiciário, cita-se o voto do Des. Federal Joel Ilan Paciornik da 4ª Turma do TRF4, na Apelação Cível nº 2000.04.01.034924-8, julgada em 29 de maio de 2002, nos seguintes termos:

Logo para o deslinde da lide, faz-se necessário diferenciar duas situações: a licença maternidade, prevista na Constituição Federal, e a licença adotante, prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos.

Enquanto a primeira tem por escopo o período de amamentação, a recuperação da gestante e os cuidados exigidos pelo recém-nascido, a segunda leva em consideração apenas o último aspecto.

Na licença por adoção, priva-se somente pela saúde e bem-estar da criança, eis que a atenção e o carinho com o recém-nascido são requisitos indispensáveis nos primeiros meses de vida. A licença adotante visa assegurar à mãe adotiva um período de convivência familiar com a criança a fim de que esta possa ter um desenvolvimento normal e uma readaptação ao novo lar.

Tratando-se, portanto, de situações distintas, tendo em vista que a licença maternidade é muito mais abrangente do que a licença adotante, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/90. Não se estará infringindo o art. 227, § 6º da CF que assegura que os filhos naturais e os adotivos terão os mesmos direitos e qualificações, visto que o que está em discussão é um direito da mãe/gestante e não um direito do adotado.

Nenhuma dúvida há de que o art. 7, inc. XVIII da CF é autoaplicável para todas as gestantes, mas não para as mães adotivas que sendo estatutárias, são regidas pela lei nº 8.112/90.⁷⁴

Também merece destaque decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região em mandado de segurança de servidora adotante do quadro.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC 2000.04.01.034924-8, 4ª Turma, Relator Des. Joel Ilan Paciornik, 2002.

Conforme já mencionado exhaustivamente na decisão que concedeu a liminar vindicada na presente ação mandamental, a nossa Lei Maior refere-se à igualdade como princípio de extremada relevância, a partir do qual emana todo o ordenamento. Com isso, faz-se imprescindível adotar posturas aptas a nivelar os indivíduos perante a lei, expurgando diferenças entre si.

Sob esse aspecto, a doutrina pátria tem classificado a igualdade da seguinte maneira: a) a igualdade substancial ou material, segundo a qual deve-se tratar uniforme a todos os indivíduos, real e efetiva perante os bens da vida; b) igualdade formal, aquela em que não permite ser o cidadão desigualado perante a lei, a não ser nos casos em que o próprio ordenamento jurídico o permite. (CELSO RIBEIRO BASTOS. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celos Bastos Editora, 2002. p. 317- 318).

Nesta trilha, o tratamento desigualitário dedicado à mãe-adoptante mostra-se fatalmente contrário aos objetivos constitucionais relativamente à igualdade. É inegável que a legislação infraconstitucional que reduziu o prazo de licença maternidade à adoção não se nivela com a Lei Maior deste País.

Não há qualquer justificativa plausível ou sensata que faça convencer pelo tratamento diferenciado entre a trabalhadora gestante e à adotante. Ambas terão que desempenhar seu papel de mãe, dedicando-se todos os cuidados necessários à normal condição de vida à criança, assumindo, por corolário, todos os deveres e responsabilidades inerentes à filiação.

O tratamento desigual que se tem estabelecido entre estas mães não passa de uma anomalia na legislação, posto que despreza o princípio da igualdade tanto valorizado pela Constituição Federal, cujas referências explícitas, tal como o disposto no artigo 227, § 6º, já reportado alhures. Inexistindo, pois, elementos outros que façam convencer de modo contrário ao que fora sustentado na decisão liminar, entende-se por manter o mesmo raciocínio, mantendo-se,

por corolário, respectivo decisório.⁷⁵

Ademais, o Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista nº 691.952/2000.6, pronunciou-se *in verbis*:

O art. 227, §6º, acima transcrito encontra-se inserido no Capítulo VII do Título VIII da Constituição da República, cuidando especificamente dos direitos da família, da criança, do adolescente e do idoso. Por essa razão, ainda que se diga que o referido dispositivo cuida do direito da criança, ao passo que a licença-maternidade toca apenas a mãe, não se poderá negar que distinguir os filhos implica necessariamente distinguir as mães.

O princípio constitucional insculpido no artigo é o de proteção da família e da criança, atingindo diretamente a mãe, seja ela mãe adotante ou biológica.

O art. 227, caput, da Constituição da República foi a fonte inspiradora de todos os projetos de lei tendentes a reconhecer à mãe adotante o direito à licença-maternidade. Se assim o é, então o que se procurou garantir foi o direito da criança ao seu convívio materno, não havendo, por conseguinte, de onde se extrair do referido dispositivo, que a licença-maternidade reconhecida à mãe biológica tem por fim resguardá-la das alterações fisiológicas sofridas no período gestacional.

O art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) tem redação idêntica ao art. 227, § 6º, da Constituição da República:

"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."

Em conformidade com este entendimento, Elenita Batista Borges, em seu artigo "A Extensão da Licença-Maternidade à Mãe Adotiva",

⁷⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho Da 14ª Região. MS 01316.2009.000.14.00-9, Tribunal Pleno, Relatora Juíza Arlene Regina Do Couto Ramos, 2009.

preconiza:

"Há que se fazer, porém, um exercício de racionalidade rica e inteligente ao se interpretar a norma, não se limitando apenas às letras e às palavras, pois, como diz DANIELLE LUCY LOPES DE SEHLI, em seu art. 'Licença Gestante à Mãe Adotante', inserido na obra Direito do Trabalho: Estudos, 'a Constituição Federal não deve ser manuseada com uma lupa, a fim de somar as letras e formar as palavras'. Considerando-se todos os princípios inseridos no texto constitucional, é cristalina a idéia de que a proteção à maternidade é nele prevista de forma global, em benefício tanto da mãe quanto da criança, e quanto a esta, independente de sua origem. Não poderá a atividade interpretativa ficar restrita a uma expressão, licença-gestante, ignorando e, em detrimento de todas as outras previsões benéficas, de cunho social e humanitária que o mesmo texto apresenta" (destaques no original)

Ante tais fundamentos é de se reformar a decisão do Tribunal Regional, que concluiu não ser possível conceder à mãe adotante a licença-maternidade pela singela razão de que: "inexistindo lei que a ampare, no caso presente, não pode o Juiz fazê-lo, sob pena de violação frontal ao art. 5º, inc. II, da Lei Maior" (fls. 120). Leciona o Prof. Estevão Mallet, em artigo sobre os direitos de personalidade que "O silêncio do legislador apenas evidencia menor desenvolvimento da ciência jurídica. Não inibe, de nenhuma maneira, a afirmação da existência de direitos" .

Assim, o silêncio de norma específica concessiva de licença-maternidade à mãe adotante no âmbito da relação de emprego, anteriormente à Lei nº 10.421/2002, que acrescentou o Art. 392-A à CLT, não pode justificar tratamento distinto daquele dispensado à mãe biológica. O já citado art. 227 da Constituição da República, insere-se no âmbito da Ordem Social, de sorte que a ordem jurídica constitucional ao tempo em que proíbe qualquer designação discriminatória atenta à filiação, assegura isonomia de tratamento entre os filhos biológicos e adotivos, isonomia que alcança a família

e, em particular, a mãe a quem deve ser garantidos os mesmos direitos, seja mãe biológica, seja adotante. Não é por outra razão que o caput do art. 227 da Constituição da República enuncia que "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

A família, neste aspecto, é objeto de proteção social, a salvo de qualquer critério de discriminação. A empregada que adota uma criança, é mãe sem qualquer distinção comparativa a outra forma de maternidade, merecendo tratamento isonômico, por ser medida que atende ao princípio da dignidade humana e valor social do trabalho. Tais princípios – dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho – são fundamentos do Estado inspirados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, vinculando a dignidade humana ao trabalho, enuncia "Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social". Nesse contexto, conforme já afirmado, a família (englobado a maternidade) é alvo de proteção social.⁷⁶

A matéria ainda é carente de doutrina específica, porém rica em pronunciamentos jurisprudenciais, como visto neste capítulo. Embora divergentes, os posicionamentos tem amaro em relevantes argumentos e, como demonstrado, não se fundam nos mesmos pressupostos. Em diversos Tribunais, os magistrados divergiram entre si, e ora tiveram como base a condição da mãe servidora, ora a criança, sua condição de adotado, e/ou sua idade.

⁷⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 691.952/2000.6, Quinta Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 2005.

O STF, embora já tendo reconhecido a repercussão geral, ainda não se pronunciou sobre a constitucionalidade do diploma legal que rege a licença de servidores públicos federais.

CONCLUSÃO

Como visto, a licença maternidade é um importante instituto para mães e filhos, sejam estes biológicos ou adotados. Para estes últimos, desenrola-se como um período crucial para um primeiro estreitamento de laços familiares.

Embora reconhecida a dificuldade de inserção no novo lar de uma criança adotada tardiamente, algumas legislações estatutárias ao disciplinarem acerca da licença adotante de suas servidoras ainda fazem diferenciações em sua extensão com base na filiação ser adotiva e não “primária”. Ainda, em sua maioria tratam de forma escalonada sua obtenção tornando-a menor conforme mais idade tiver a criança.

O presente estudo buscou refletir tanto sobre a razoabilidade do legislador fazer tal distinção, tendo em vista os entendimentos da Psicologia, quanto sobre a permissibilidade frente aos ditames constitucionais. Como se viu, a evolução histórica do cenário legislativo nacional demonstra a intenção de amplitude da tutela à maternidade. Assim como os direitos das mulheres enquanto mães e trabalhadoras, também os das crianças vislumbraram progressos significativos, com destaque para o atual ditame da Consolidação das Leis do Trabalho que trata de forma equitativa as licenças em ambos casos de origem da filiação.

Encontramos, na verdade, várias realidades ao investigar as legislações estaduais e federal de servidores civis no que toca ao ponto tratado. Algumas já possuem tratamentos uniformes, porém ainda são minoria. Também quando analisadas orientações jurisprudenciais constatou-se uma pluralidade de entendimentos. Inclusive a matéria é objeto de Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que já tendo reconhecido a repercussão geral demonstra a pertinência de se repensar o tratamento diferenciado, tendo como base princípios constitucionais.

Conclui-se que os princípios presentes na nossa Constituição Federal são a base direcional do nosso ordenamento. Logo, violar um princípio é mais grave do

que transgredir uma outra norma. Não é possível que consagremos o princípio da igualdade e posteriormente se edite normas infraconstitucionais em sua afronta, sob pena de não lhe dar efetividade. Se o constitucionalismo nos traz segurança pois temos assegurados minimamente direitos básicos, essa estabilidade é quebrada pois o Estado ainda assim edita normas que contrariem a magna-carta.

O Estado é justamente aquele que principalmente tem a obrigação de proteger a dignidade da pessoa humana tanto contra seus próprios atos quanto os de terceiros, pois é nossa autoridade e nosso representante. Se ele próprio não pauta sua legislação nos princípios da igualdade, da não discriminação e do melhor interesse do menor, vemos tais ditames como adereços.

Embora encontre-se na jurisprudência defesas da diferenciação calcadas no fato do legislador ter visto como heterogêneas as situações das mães biológicas e adotantes, não creio que essa tese prospera, uma vez que os ensinamentos emprestados da psicologia apontam para a necessidade de presença dos pais no período de adaptação da criança adotada, e mais ainda quando o processo é tardio. A problemática está em definir o cerne da questão e admitir-se que a licença não é exclusiva da mãe, mas também do filho, não importando se este nasceu de seu ventre.

Igualmente não creio defensável que a legislação adjective a filiação indiretamente – enquanto o faz com a licença – pois fere preceito essencial da nossa Constituição, o qual de não diferenciar os filhos havidos ou não da relação de casamento. Se por um lado criou-se mecanismos para que as certidões de nascimento não constem qualificação de adotado e a criança receba todos os direitos dos filhos biológicos, aceita-se classificar a filiação, ao invés de concebê-la igualmente, quando se traz “servidora gestante” e “servidora adotante” sem tratamentos isonômicos.

Certo é que a problemática não é simples e depende de juízo de valor quanto à suficiência de diferenciação entre as realidades fáticas como argumento justificador do tratamento dispare do legislador. Viu-se que a isonomia é ferida quando, ao lidar com as diferenças, confere-se mais direitos a um grupo sem que

suas características legitimem o discrimen. Na defesa do presente trabalho procurou-se argumentar que a distinção entre as formas de maternidade não é fator bastante para deixar de conferir aos filhos adotivos – mesmo aqueles adotados com mais idade – a mesma tutela que detêm os biológicos.

Como bem trazido pelo voto do Desembargador Rogério Favreto transcrito no presente trabalho, a licença com menor prazo na adoção pode ser fator inclusive de desincentivo para que famílias procurem crianças mais velhas. Ao passo que deveria se proteger a infância, especialmente a dos menores postos em novas famílias, acaba-se por lhe destutelar impondo-lhe menores prazos da licença que nada mais é do que o período de aproximação e adequação mais estreita da nova família.

Ademais, a idade da criança não se afigura como fator legitimador de diferenciação para duração da licença pois as particularidades de cada adoção tornam difícil a aferição de um critério etário objetivo que diga quanto tempo necessitam mãe e filho dedicarem-se à construção de seus novos laços afetivos. Se por um lado o recém-nascido demanda a mesma atenção maternal independentemente se houver nascido desta, as crianças de mais idade não demandam os mesmos cuidados mas exigem outros que podem ser relacionados a sua vida pretérita. Mas apartado a isso, toda criança colocada em um novo lar, com pessoas estranhas, demandará um período de adaptação recíproca.

Argumentar-se-á pelo Estado barreiras orçamentárias para o aumento da licença maternidade adotante a fim de que se equipare à licença maternidade gestante e conseqüente aumento do período de salário maternidade. Todavia, o orçamento não é estático e o Estado deve remanejar suas verbas para atender a este caso onde claramente se percebe o desrespeito à prioridade absoluta dos interesses dos menores e a igualdade de tratamento entre suas servidoras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. **Código de Menores de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14. Nov. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. Decreto nº 6690 de 11 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. Decreto nº 7.052 de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2009/decreto-7052-23-dezembro-2009-599154-publicacaooriginal-121536-pe.html>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. Lei Complementar Estadual nº 10098 de 3 de fevereiro de 1994. Disponível em: <<http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=97429>>. Acesso em 14 out. 2015.

_____. Lei nº 6136 de 7 de novembro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

_____. Lei nº 8112 de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em 14 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho Da 14ª Região. MS 01316.2009.000.14.00-9, Tribunal Pleno, Relatora Juíza Arlene Regina Do Couto Ramos, 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo nº 2002.03.00.018756-8/236270 MS-SP, Relator: Des. Suzana Camargo, 2008.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC 2000.04.01.034924-8, 4ª Turma, Relator Des. Joel Ilan Paciornik, 2002.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Arguição de Inconstitucionalidade nº 5014256-88.2012.404.0000. Relator: Des. Rogerio Favreto, 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 691.952/2000.6, Quinta Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 2005.

ALEXY, Robert. **Minha filosofia do direito**. Apud HECK, Luís Afonso. Direitos Fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015. p. 31.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores: São Paulo, 2015. p. 407-408.

AMAZONAS. Tribunal de Justiça. Agl 4004600-23.2014.8.04.0000, Terceira Câmara Cível, Des. João de Jesus Abdala Simões, 2015.

AMIN, Andrea Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral**. In: MACIEL, Kátia (org.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 14.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 96-97; as observações entre parênteses constam do texto original em notas de rodapé. Apud MACHADO, Martha de Toledo. Proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 95.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120-121.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança no novo Direito de Família**. In: WELTER, Belmiro Pedro (org.); MADALENO, Rolf Hanssen (org.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2004, p. 279.

BRUÑOL, Miguel Cillero. **O interesse superior da criança no marco da Ctenonvenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. In: MENDEZ, Emilio García (org.); BERLOFF, Mary (org.). *Infancia, Lei e Democracia na América Latina*. Blumenau: FURB, 2001, v. 1, p. 92.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. LTR, 2007. p. 10.

CAMARGO, Mário Lázaro. **Adoção: vivências de parentalidade de adultos adotados**. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 47.

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU ratificada pelo Decreto nº 99710/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

Convenção n. 103 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

CONVENÇÃO Nº 103 DA OIT. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

CONVENÇÃO Nº 3 DA OIT. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-maternidade>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

COSTA, Nina Rosa do Amaral; ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. **Tornar-se pai e mãe em um processo de adoção tardia**. Psicologia: Reflexão e Crítica. Porto Alegre, v. 20, n. 3, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722007000300010>. Acesso em: 14 nov. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1107.

_____. **Proteção contra a discriminação na relação de emprego**. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000. p. 97.

Lobo, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo. Saraiva. 4ª ed 2011. p. 65.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2009.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 153.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 408.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 22.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=maternidade>>. Acesso em: 19 de nov. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 48.

PAIS, Maria Santos. **Le Meiller Intérêt de l'Enfant**. *Apud* (Coord.) PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 26.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. IDI - 1296049-3/01, Órgão Especial, Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Justiça Federal. Ação Ordinária nº 5009940-72.2012.404.7100, Magistrado: Roger Raupp Rios, 2012.

SOUZA, Hálida Pauliv de. **Adoção: Exercício de Fertilidade afetiva**. São Paulo. Paulinas, 2008.

VARGAS, Marлизete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: casa do psicólogo. 1998. p. 218.