

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889 PERNAMBUCO

Relator : **Min. Luís Roberto Barroso**
Recte.(s) : Mônica Correia de Araújo
Adv.(a/s) : Ana Cristina Cavalcante Belfort e Outro(a/s)
Recdo.(a/s) : União
Proc.(a/s)(es) : Advogado-geral da União

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE.

1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.

2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a

dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas.

5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.

6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008.

7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante.

8. Tese da repercussão geral: *“Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível*

fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.

VOTO

I. INTRODUÇÃO

Há uma tradição filosófica, à qual me filio, de que o mundo se encontra em mudança permanente, em eterno fluxo. Ela vem desde Heráclito (540-480 a.C) e tem um dos seus pontos altos em Hegel (1770-1831). A ideia básica nessa concepção filosófica é a de que a história é um processo lento, mas constante, de aperfeiçoamento moral e espiritual da humanidade. O processo civilizatório nos conduz na direção do bem e da justiça. Creio que assim seja, mesmo quando não se possa perceber olhando da superfície.

A matéria discutida neste processo é um bom exemplo dessa evolução. Trata-se aqui dos direitos das crianças, dos direitos das mulheres e do papel da adoção, sobretudo no ambiente de menores desamparados. Ao longo do tempo, houve significativa mudança na realidade e na compreensão dos valores envolvidos nessa complexa relação. Por isso, é boa hora para este Tribunal revisitar o assunto.

I.1. A HIPÓTESE

1. Como relatado, discute-se neste recurso extraordinário, com repercussão geral, basicamente: *i)* se é legítimo que a lei estabeleça prazos de licença maternidade diversos para a servidora gestante e para a servidora que venha a adotar uma criança; e *ii)* se é legítimo diferenciar o prazo de licença maternidade em função da idade da criança adotada. No desenvolvimento do argumento, faz-se uma análise do tema da proteção da infância e da sua evolução antes e depois da Constituição de 1988.

I.2. A IMPORTÂNCIA DA ADOÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA

2. Embora seja uma figura conhecida desde os tempos bíblicos, a adoção sempre foi cercada de restrições, preconceitos ou travestida em forma camuflada de recrutamento de mão de obra familiar. Foi longa a trajetória que levou as crianças adotadas da condição de filhos de segunda categoria à posição de igualdade com os filhos biológicos.

3. Mais recentemente, a adoção passou a ser tratada não apenas como uma forma de acudir os interesses dos casais inférteis, mas também como uma forma relevante – ainda que excepcional (ao menos idealmente) – de inserção da criança e do adolescente em uma família substituta. Na prática, ela se tornou, gradativamente, uma política pública prioritariamente voltada para atender os interesses do adotado. Merece registro o fato de que, nos últimos anos, superando preconceitos de naturezas diversas, a jurisprudência passou a legitimar inclusive as adoções por casais homossexuais¹.

4. Ao longo do presente voto, procura-se demonstrar a evolução da disciplina da adoção, no plano doméstico e internacional, realçando o seu papel na proteção da infância e da adolescência.

II. A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA NO BRASIL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

II.1. O MENOR CARENTE ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

5. A história da “proteção” da infância, no Brasil, inicia-se na década de 1920 e, curiosamente, não tinha por objetivo o desenvolvimento saudável do menor. Ao contrário, voltava-se para a tutela da ordem urbana e da segurança pública, “perturbadas” pela presença de menores desvalidos e pedintes perambulando pelas ruas. Com esse fim e ao longo de muitas décadas, a política pública desenvolvida nesta matéria pautou-se primordialmente pela retirada das crianças carentes das ruas e por sua internação compulsória em instituições (tal

¹ STF, RE 846.102, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 05.03.2015, *DJe*, 18.3.2015; STJ, REsp 1281093, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2012, *DJe*, 04.02.2013; TJRS, AC 70013801592, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.04.2006, *DJ*, 12.04.2006.

política será referida, doravante, como *institucionalização*)².

6. A institucionalização de tais menores acrescentou à infância pobre – muitas vezes já marcada pela subabitação, pela desnutrição e pelos maus-tratos – um novo trauma: a separação da família e da comunidade de origem. Nos abrigos, internatos e orfanatos, as crianças eram entregues a um tratamento impessoal, marcado pela alta rotatividade de cuidadores, com os quais dificilmente chegavam a desenvolver um vínculo individualizado. Grande parte dos menores perdia o contato com seus parentes e era submetida, com frequência, a uma orientação massificada de castigos coletivos, de práticas educativas baseadas em ameaças e em punições corporais. No lugar do amor e do cuidado, as crianças carentes e institucionalizadas experimentavam a violência.

7. Assim, a política pública de institucionalização em massa gerou *um enorme contingente de crianças abandonadas, emocionalmente comprometidas e marginalizadas*³, para as quais a adoção era basicamente a única, remota, esperança de afeto, de retorno à sociedade e de conquistar um lugar no mundo.

II.2. A FAMÍLIA E A ADOÇÃO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

8. De acordo com o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916), a “família legítima”, hierarquizada, liderada pelo *pater familia* e composta pelos filhos biológicos, havidos na constância do casamento ou legitimados por este, era protegida como *um fim em si mesma* e com o propósito de preservar o patrimônio de seus membros. Atribuía-se ao marido a condição de “chefe da sociedade conjugal”, bem como o poder de decisão sobre seus demais integrantes. Cabia a ele a representação da família, seu sustento, a administração dos bens e a

² A compreensão da especificidade da infância e da necessidade de estabelecer regras para tutelá-la é relativamente recente na história do Ocidente. Foi alcançada apenas no século XX, como produto dos avanços da medicina, das ciências jurídicas, pedagógicas e psicológicas. No âmbito internacional, com o final da Segunda Guerra Mundial, e tendo em vista a necessidade de prestar assistência a um grande contingente de crianças órfãs ou separadas de seus pais, a atenção sobre as crianças entrou na agenda dos países. A partir de então, produziram-se relevantes declarações e convenções internacionais voltadas à tutela da infância, entre as quais destacam-se: i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 25.2), ii) a Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959 (que afirmou o princípio do interesse superior da criança, como princípio norteador das ações do Estado na matéria); e iii) a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças de 1989 (que reafirmou tal princípio).

³ WEBER, Lídia Natália D. Abandono, institucionalização e adoção no Brasil: problemas e soluções. *O Social em Questão*, n. 14, 2005, p. 53-70.

autorização para que a mulher tivesse uma profissão. À mulher reservava-se um papel secundário, de mera “colaboradora” e, portanto, de sujeição ao cônjuge⁴.

9. Os filhos foram, então, classificados em legítimos (havidos na constância do casamento), legitimados (pelo posterior casamento), ilegítimos (passíveis de reconhecimento), incestuosos ou adúlteros (não passíveis de reconhecimento) e, por fim, previram-se os *filhos adotivos*⁵. Os filhos adotivos eram discriminados pelo próprio Direito: a adoção não produzia efeitos, caso comprovada a concepção de filho natural no momento da sua consumação⁶, e os filhos adotivos tinham direito apenas à metade da herança devida aos filhos legítimos supervenientes⁷. De fato, o filho adotivo era encarado, então, como uma ameaça para os filhos biológicos, como um problema para a preservação do patrimônio na família, como um filho de segunda categoria, altamente estigmatizado, não detentor dos mesmos direitos titularizados pelos demais filhos.

10. Posteriormente, a Lei 4.655/1965 permitiu a “legitimação” de menores abandonados, *desde que gozassem de até 7 anos*, e previu, ainda, a “legitimação adotiva” do menor com mais de 7 anos, que já se encontrasse sob a guarda dos legitimantes, à época em que tivesse completado tal idade. Entretanto, determinou que o legitimado adotivo não teria os mesmos direitos do filho legítimo superveniente à adoção, em caso de sucessão⁸.

11. Portanto, de um lado, a política pública estatal rompia os laços existentes entre os menores carentes, suas famílias e comunidades, gerava a sua institucionalização e o seu abandono. De outro, estigmatizava aqueles poucos que chegavam a ser adotados, negando-lhes uma condição de efetiva igualdade

⁴ CC/1916 (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962): “Art. 233. *O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos* (arts. 240, 247 e 251)”.

⁵ CC/1916, art. 352 a 368.

⁶ CC/1916, art. 377.

⁷ CC/1916, art. 1.605: “§ 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes”.

⁸ Lei 4.655/1965, art. 9º: “O legitimado adotivo tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, *salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção*” (grifou-se).

com os demais filhos ou o pleno reconhecimento como membro de uma família.

III. A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

III.1. O AVANÇO DOS DIREITOS DO MENOR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

12. A história da proteção à infância, à família e à mulher se altera profundamente com a redemocratização do Brasil e com a promulgação da Constituição de 1988. A nova Carta estabelece uma ruptura com o regime anterior. Define como fundamento da República a *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III). E compromete-se com a *tutela do indivíduo e de seu valor intrínseco como um fim em si mesmo*, afastando qualquer possibilidade de sua instrumentalização em favor dos interesses da comunidade. Nas novas circunstâncias, deixa de ser concebível lançar mão de políticas públicas voltadas à infância com o propósito de preservar a ordem urbana ou a segurança pública. Passa-se a proteger as crianças em prol de seu próprio bem-estar e de seu adequado desenvolvimento.

13. Em coerência com tal concepção de tutela da pessoa, o art. 227 da Constituição estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança *todos* os direitos necessários ao seu adequado desenvolvimento, assentando os *princípios da proteção integral* e da *prioridade dos direitos das crianças e adolescentes*. Afirma, ainda, o direito do menor à convivência familiar e comunitária. Confira-se o teor do dispositivo:

“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.” (Grifou-se)

14. A própria Carta expressa, assim, por meio da palavra “prioridade”, a *precedência em abstrato e “prima facie” dos direitos dos menores*, em caso de colisão com outras normas⁹. E o faz por se ter entendido que, em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, devem elas sujeitar-se a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia¹⁰. Por isso, as decisões concernentes às crianças devem buscar atender ao *princípio do superior interesse do menor*.

III.2. A FUNCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA E A IGUALDADE ENTRE OS FILHOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

15. O artigo 227 da Constituição expressa, ainda, a *funcionalização do conceito de família*. A família passa a ser compreendida como o *locus* do afeto e do companheirismo. Passa a ser tutelada como *meio* essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros. Os filhos adquirem uma posição de centralidade nesta nova família. Ela é o núcleo em que a sua socialização tem início.

16. Em paralelo, afirma-se a igualdade entre os homens e as mulheres, reconhecendo-se a identidade dos direitos e deveres a serem desempenhados por cada qual, no que respeita à sociedade conjugal (CF, art. 226, § 5º)¹¹. Migra-se, assim, da família hierarquizada e chefiada pelo *pater familia* para a família democratizada, igualitária, centrada nos filhos e voltada à realização de seus membros¹².

⁹ BITTENCOURT, Sávio. *A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 36.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, [s.a.], p. 148 e ss; BITTENCOURT, Sávio. *A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 36.

¹¹ CF/88, art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 5º *Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*” (grifou-se).

¹² FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; e Famílias: entre o Público e o Privado: Problematizando Espacialidades à Luz da Fenomenologia Paralática. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 23, p. 5-13, ago./set. 2011; TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 473-518; MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família de novo – estrutura e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago., p. 588.

17. No que respeita à maternidade, a Constituição determina que a sua proteção constitui direito social (CF, art. 6º c/c art. 201). Estabelece como objetivos da assistência social a tutela “à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, bem como o “amparo às crianças e a adolescentes carentes” (CF, art. 203, I e II). E assegura o direito de “licença à gestante” – esta é a expressão empregada por seu texto –, em favor das trabalhadoras e servidoras públicas, atribuindo-lhes o direito ao prazo mínimo de 120 dias de afastamento remunerado do trabalho (CF, art. 7º, XVIII, c/c art. 39, § 3º). Veja-se o teor dos dispositivos pertinentes:

“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*”. (Grifou-se)

“Art. 39.(...). § 3º *Aplica-se aos servidores* ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.” (Grifou-se)

18. O art. 227 e seus parágrafos determinam, ainda, ao Poder Público que estimule o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado, procurando afastar a opção pela institucionalização. Por fim, o § 6º do mesmo dispositivo *garante, expressamente, aos filhos biológicos e adotivos, os mesmos direitos, vedando qualquer discriminação entre eles*. Veja-se o que diz este último dispositivo:

“Art. 227. [...]. § 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*.” (Grifou-se)

19. As referidas normas constitucionais promoveram, portanto, uma ruptura expressa e inequívoca com a legislação sancionatória, repressora e discriminatória que marcou o regime anterior e inspiraram a produção de um

novo conjunto de normas infraconstitucionais voltadas a conferir-lhes efetividade.

III.3. O ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 88

20. Em 13 de julho de 1990, o legislador ordinário editou a Lei 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que revogou o antigo Código de Menores. O ECA reiterou a igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos¹³. Previu o direito das crianças de serem criadas, preferencialmente, por sua própria família. Atribuiu ao Estado o dever de amparar eventuais núcleos familiares desprovidos de recursos, de forma a tornar possível a presença das crianças carentes junto a seus pais e à comunidade. E estabeleceu que o pátrio poder deve ser exercido nas mesmas condições pelo pai e pela mãe¹⁴. Posteriormente, a Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 (Lei Nacional de Adoção), acrescentou ao ECA normas que limitaram o tempo de institucionalização das crianças a um prazo não superior a 2 anos¹⁵.

21. As disposições constitucionais antes indicadas, o ECA e a nova Lei de Adoção são produto de uma melhor compreensão sobre a questão da infância, bem como uma resposta ao fracasso e à inadequação da política pública de institucionalização desenvolvida até então. Estudos sobre as causas da criminalidade e da violência infantil demonstraram que os delitos praticados pelas crianças carentes estavam intimamente ligados à pobreza e às suas condições precárias de vida. Quando a Constituição de 1988 entrou em vigor, mais da metade das crianças e adolescentes brasileiros vivia em famílias com rendimentos de até meio salário mínimo¹⁶. E a institucionalização agravava o problema, por retirar tais crianças de qualquer convívio familiar, afetivo ou comunitário. Por isso, ao lado dos mencionados diplomas, que buscavam superar

¹³ Lei 8.069/1990, art. 20.

¹⁴ Lei 8.069/1990, art. 19, 21 e 23.

¹⁵ Lei 8.069/1990, com redação conferida pela Lei 12.010/2009, art. 19: “§ 2º *A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária*”.

¹⁶ MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos da criança brasileira. Op. cit., p. 46-57.

a institucionalização e favorecer a adoção, outros buscaram avançar na promoção da adaptação da criança carente a novos núcleos familiares.

IV. A EVOLUÇÃO DAS NORMAS SOBRE A LICENÇA ADOTANTE

22. É nesse contexto que se insere o disposto no artigo 210 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei 8.112/1990), que passa a prever, de forma avançada para a época, o direito das servidoras à licença adotante de 90 dias, em caso de obtenção de adoção ou de guarda judicial de criança com até 1 (um) ano de idade, bem como o direito à licença de 30 (trinta) dias, em caso de criança com mais de um ano. Confira-se a dicção dos enunciados normativos respectivos:

“Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.” (Grifou-se)

23. Na ocasião em que foi aprovada a Lei 8.112/1990, a Constituição de 1988 estava em vigor havia menos de 2 anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente fora aprovado meses antes. Tratava-se, portanto, dos primórdios da vigência do novo regramento voltado à tutela da infância, do início da construção de um novo paradigma. O deferimento da licença adotante em tal contexto representava um *avanço*. Passava-se a contemplar com ela uma categoria que ainda não gozava do direito a uma licença parental remunerada. Embora a norma não equiparasse o prazo de licença adotante ao prazo de licença gestante (de 120 dias), não havia, na previsão, um propósito de discriminação da mãe adotante ou de um reconhecimento a menor dos direitos dos filhos adotivos. Tratava-se, ao contrário, de uma norma que promovia a *inclusão* das famílias que adotavam, de acordo com a compreensão que se tinha sobre o assunto à época.

24. No âmbito do Direito Trabalho sequer havia previsão de licença

equivalente, fato que levou as trabalhadoras adotantes de então a ajuizarem ações, a fim de obterem benefício semelhante, invocando, para tal, o direito à licença previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal. Entretanto, tais pretensões foram afastadas, no ano de 2000, pelo Supremo Tribunal Federal, que, em sede de recurso extraordinário (RE 197.807), manifestou o entendimento de que (i) o deferimento da licença prevista no art. 7º, XVIII estaria vinculado ao “fato jurídico gestação” e (ii) a situação da mãe adotante não seria equiparável à situação da mãe gestante, uma vez que, no primeiro caso, não ocorreria gravidez ou parto, não havendo que se falar em licença gestante, cujo fim precípua era proteger a saúde da mãe¹⁷.

25. A resposta do Legislador à decisão do STF não tardaria. Dois anos mais tarde, o Novo Código Civil (Lei 10.406/2002) tornou a afirmar a igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos¹⁸, e a Lei 10.421/2002 incluiu na CLT o artigo 392-A, estabelecendo o direito à licença maternidade em favor da empregada adotante, de maneira escalonada, de acordo com a idade da criança, à semelhança do que fora previsto no Estatuto dos Servidores Federais. Havia, contudo, um avanço na nova norma inserida na CLT, comparativamente à norma que constava do Estatuto dos Servidores. A norma celetista fixou prazos maiores para a licença adotante (comparativamente àquela do Estatuto dos Servidores), *sendo que o mais elevado deles, aplicável em caso de adoção de criança de até um ano de idade, possuía a mesma extensão da licença gestante (120 dias)*. Confira-se o seu teor:

“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*).

¹⁷ Confira-se a ementa do julgado: “Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria” (RE 197.807, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 30.05.2000, DJ, 18.08.2000).

¹⁸ CC/2002, art. 1.596.

§ 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*.” (Grifou-se)

26. A Lei 10.421/2002 estabeleceu, ainda, o direito do cônjuge ou do companheiro ao prazo remanescente da licença, em caso de falecimento da mãe durante a sua fruição. E previu o direito do empregado-adoptante ao mesmo benefício¹⁹. Com tais inovações, deixou claro que a função essencial da licença maternidade passava a ser a *proteção do interesse do menor* que, tanto no caso da filiação natural, quanto da adotiva, precisa adaptar-se à família e estabelecer laços de afeto que são fundamentais para o seu desenvolvimento saudável.

27. Justamente por isso, a referida lei previu que o direito ao período remanescente de licença, em caso de falecimento da mãe, passa ao pai. E, inexistente a mãe-adotiva, o pai-adotivo fruirá do direito à licença maternidade. Em nenhum dos casos, o pai terá passado por uma gestação ou por um parto. Não teve necessidade de se recuperar de qualquer evento físico. O que se busca, ao transferir o direito à fruição da licença ao pai nestes casos, é atender às necessidades emocionais da criança. Há, portanto, uma evolução da compreensão do instituto da licença com a Lei 10.421/2002, tanto no que respeita a seus fins, quanto no que respeita a seu prazo.

28. Mais adiante, foi aprovada a Lei 11.770/2008, que criou o “Programa Empresa Cidadã” e possibilitou que as empresas a ele vinculadas prorrogassem a duração da licença maternidade de suas empregadas por 60 dias. Em seu art. 1º, § 2º, essa Lei estabeleceu que a prorrogação da licença seria garantida, *na mesma proporção – ou seja, no percentual de 50% do prazo original do benefício* – em caso de

¹⁹ Lei 10.421/2002: “Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, *é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença* por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono. Art. 392-C. *Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.*” (Grifou-se)

adoção. Em seu art. 2º, a Lei autorizou, ainda, que a administração pública assegurasse benefício idêntico²⁰.

29. À época da edição da Lei 11.770/2008, como já mencionado, o prazo de licença das *empregadas adotantes* era escalonado em: 120 dias, para crianças de até um ano; 60 dias, para crianças entre 1 e 4 anos; e 30 dias, para crianças com mais de 4 anos. Já o prazo de licença das *servidoras adotantes* era: de 90 dias, para crianças até 1 ano de idade; e de 30 dias, para crianças acima de 1 ano.

30. A fim de assegurar a extensão da licença adotante nos termos da Lei 11.770/2008 – e, portanto, “na mesma proporção” (50% do prazo original da licença gestante) –, o Decreto 6.690/2008 atribuiu às *empregadas públicas adotantes* o direito à extensão de 60 dias, para crianças de até um ano; 30 dias, para crianças entre 1 e 4 anos; e 15 dias, para crianças com mais de 4 anos. E, seguindo a mesma lógica, previu, em favor das *servidoras adotantes*, o direito à extensão de 45 dias, para crianças de até um ano; e de 15 dias, para crianças com mais de 1 ano²¹.

31. Ainda na esteira do Programa Empresa Cidadã, a Resolução nº 30/2008 do Conselho da Justiça Federal (CJF) previu que também as magistradas ou serventuárias que adotassem teriam direito – tanto quanto as demais servidoras federais – a 45 dias de prorrogação da licença parental, no caso de criança de até um ano de idade, ou a 15 dias de prorrogação, no caso de criança

²⁰ Lei 11.770/2008: “Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal. (...). § 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei” (grifou-se).

²¹ Decreto 6.690/2008: “Art. 2º. Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. [...]. § 3º O benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no caput será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na seguinte proporção: I - para as servidoras públicas em gozo do *benefício de que trata o art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991* [salário-maternidade, aplicável às servidoras submetidas ao regime celetista]: a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade; b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade; II - *para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990* [licença adotante, prevista para as servidoras submetidas ao regime estatutário]: 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.” (Grifou-se)

com mais de um ano de idade²².

32. Aproximadamente um ano mais tarde, contudo, foi editada a Lei Nacional de Adoção (Lei 12.010/2009), que suprimiu os parágrafos do art. 392-A da CLT e, por consequência, *igualou, no âmbito do Direito do Trabalho, os prazos da licença gestante e da licença adotante, independentemente da idade da criança adotada*, consagrando o entendimento de que, além de serem, ambas as licenças, espécies do gênero licença maternidade, *a licença adotante deveria corresponder, no mínimo, ao mesmo “quantum” de proteção conferido à licença gestante, independentemente da idade da criança adotada* (de 120 dias, nos termos do artigo 7º, XVIII, CF). Confira-se a redação dos dispositivos:

“Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002).

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.* (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)” (Grifou-se)

33. Entretanto, não se modificou expressamente o Decreto 6.690/2008, que regulamentara a aplicação do Programa Empresa Cidadã para empregadas públicas. Os períodos de extensão de licença maternidade nele previstos permaneceram distintos, na literalidade do texto, conforme se tratasse de empregada gestante ou de empregada adotante. Não há dúvida, contudo, de que tal distinção foi tacitamente revogada pela Lei Nacional de Adoção e que a diferença não mais subsiste.

34. De fato, considerando que a finalidade clara do Programa Empresa Cidadã foi a de conferir uma extensão da licença maternidade da ordem de 50%

²² Resolução 30/2008, CJF: “Art. 3º Será garantida a prorrogação da licença também à magistrada ou à servidora que adotarem criança ou obtiverem guarda judicial para fins de adoção. § 1º À magistrada ou à servidora que adotarem criança ou obtiverem guarda judicial de criança de até 1 (um) ano de idade serão concedidos 45 (quarenta e cinco) dias de prorrogação. § 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade serão concedidos 15 (quinze) dias de prorrogação”.

da licença original, a partir do momento em que a Lei Nacional de Adoção igualou o prazo de tal licença original, independentemente da idade da criança adotada, para mães gestantes e adotantes, igualou-se, implicitamente, o tempo de extensão desse benefício, no que respeita aos contratos celetistas de trabalho (afinal se ambas as licenças originais são de 120 dias, suas prorrogações de 50% só podem corresponder a 60 dias).

35. A dificuldade de sistematização da matéria se fez presente igualmente no que respeita ao prazo e à extensão da licença adotante em favor dos servidores públicos. Apesar de toda a evolução ocorrida no âmbito celetista, não se promoveu a adequada atualização do Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112/1990, art. 210). Assim, o Estatuto, *originalmente, uma norma inclusiva, que promovia um avanço, tornou-se uma lei anacrônica, restritiva do direito à licença adotante, se comparado ao mesmo benefício, tal como assegurado pela legislação trabalhista. Os diversos prazos de licença maternidade mencionados acima encontram-se resumidos na tabela abaixo.*

PRAZOS DA LICENÇA GESTANTE E DA LICENÇA ADOTANTE

LICENÇA	REGIME	PRAZO	EXTENSÃO	NORMA
EMPREGADA GESTANTE	CLT	120 dias	60 dias	Art. 392, CLT
EMPREGADA ADOTANTE, MENOR DE QUALQUER IDADE	CLT	120 dias	60 dias	Art. 392-A, CLT e Art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.770/2008
SERVIDORA GESTANTE	ESTATUTÁRIO	120 dias	60 dias	Art. 207, Lei nº 8112/1990
SERVIDORA ADOTANTE, MENOR ATÉ 1 ANO	ESTATUTÁRIO	90 dias	45 dias	Art. 210, Lei nº 8112/1990, Art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.770/2008 e Art. 2º, §3º, II, b, Decreto nº 6690/2008
SERVIDORA ADOTANTE, MENOR COM MAIS DE UM ANO	ESTATUTÁRIO	30 dias	15 dias	Art. 210, par. único, Lei nº 8.112/1990, Art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.770/2008 e Art. 2º, §3º, II, b, Decreto nº 6690/2008

36. Portanto, de acordo com a legislação infraconstitucional, as crianças adotadas por trabalhadoras do Poder Público, regidas pela CLT, são beneficiadas por uma licença maternidade de 120 dias, prorrogáveis por até 60 dias, independentemente da idade (à semelhança do tratamento dado à licença-

gestante pela legislação); ao passo que as crianças adotadas por servidoras públicas, com vínculo estatutário, beneficiam-se de licença de 90 dias, prorrogável por 45 dias, se tiverem até um 1 ano; ou por licença de 30 dias, prorrogável por 15 dias, se forem mais velhas.²³

V. A JURISPRUDÊNCIA

37. A jurisprudência sobre o prazo da licença adotante das servidoras públicas tem se mostrado conflitante. Geralmente, as decisões judiciais que legitimam o deferimento de prazos distintos de licença-gestante e de licença-adotante afirmam, como já assinalado, que não há isonomia entre as duas situações porque: (i) a gestante precisa recuperar-se fisicamente da gestação e do parto e deve amamentar o bebê, circunstâncias que não estão presentes na experiência da adoção; (ii) o Judiciário não pode estender benefício conferido pelo Regime Geral de Previdência a beneficiário do Regime Especial de Previdência do Servidor Público, pois estaria atuando como legislador positivo, o que lhe seria vedado. Há, neste sentido, além da antiga decisão do STF no RE 197.807, já citado, acórdãos do Superior Tribunal de Justiça²⁴, do TRF-1²⁵, do TRF-2²⁶, TRF-3²⁷ e do TRF-5²⁸.

²³ No caso das empregadas *privadas* e das servidoras *militares*, a falta de sistematização produziu incongruências ainda mais graves. Quanto às primeiras, o Decreto nº 7.052/2009, editado posteriormente à Lei 12.010/2009, com a mera finalidade de regulamentar a aplicação do Programa Empresa Cidadã para empregadas privadas, dispôs sobre a *extensão* da licença adotante, estipulando um escalonamento de prazos com base no escalonamento do prazo da licença adotante original, *sem levar em conta que o escalonamento desta já havia sido revogado pela Lei 12.010/2009*. Já quanto às *militares* adotantes, a Lei nº 13.109/2015 reproduziu acriticamente as normas aplicáveis às servidoras públicas federais, sem considerar os avanços ocorridos em âmbito celetista, no concerne à igualação entre licença gestante e adotante. Em ambos os casos (do decreto e da lei das militares), as normas tinham propósitos inclusivos, de promover um avanço, e não uma discriminação. No caso do decreto, por se tratar de norma regulamentar, este não podia conflitar com a lei, sob pena de nulidade. No segundo caso, da lei das militares, a intenção era apenas a de positivar e estender às militares tais benefícios, evitando discussões judiciais sobre o assunto. Nota-se, portanto, que a circunstância de a licença adotante e sua extensão terem sido previstas em diplomas diversos, caso o vínculo de trabalho fosse celetista, estatutário ou militar, privado ou público, prejudicou a sistematização do instituto.

²⁴ STJ, Quinta Turma, RMS 12.504, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 25.11.2003, *DJ*, 08.03.2004; STJ, Primeira Turma, RMS 33.255, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 02.06.2011, *DJe*, 08.06.2011; STJ, Segunda Turma, RMS 41.796, rel. Min. Humberto Martins, j. 03.02.2015, *DJe*, 09.02.2015.

²⁵ TRF-1 (Distrito Federal e Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins), 1ª Seção, Processo nº 0043378-31.2006.4.01.0000, rel. Des. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, *DJ*, 21.09.2007.

38. Já as decisões que reconhecem o direito ao prazo de licença adotante, em condições isonômicas, a empregadas públicas celetistas e servidoras públicas argumentam que: (i) o propósito da licença é, sobretudo, atender às necessidades da criança e assegurar o seu desenvolvimento saudável; e (ii) a diferenciação dos prazos da licença-gestante e da licença-adotante viola o direito à igualdade entre filhos biológicos e adotivos. Há, neste último sentido, duas decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Joaquim Barbosa no STF²⁹, bem como decisões do TRF-1³⁰, do TRF-3³¹, do TRF-4³² e do TRF-5³³.

VI. O EXAME DO CASO

VI.1. A EVOLUÇÃO DA LICENÇA ADOTANTE

39. Ficou claro, da exposição desenvolvida até aqui, que a Constituição de 1988 produziu uma profunda ruptura com a legislação repressiva e excludente dos direitos do menor carente, que a precedeu. Alteram-se, com a nova Carta: *o valor reconhecido à pessoa, vista, em sua dignidade, como um fim em si mesma; o*

²⁶ TRF-2 (Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo), 6ª Turma Especializada, Processo nº 201451010087901, rel. Des. Guilherme Couto e Castro, j. 01.12.2014; 8ª Turma Especializada, Processo nº 201151010122080, rel. Des. Marcelo Pereira da Silva, j. 05.11.2014.

²⁷ TRF-3 (Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul), 5ª Turma, Processo nº 0015146-80.2009.4.03.6100, rel. Des. Luiz Stefanini, rel. p. acórdão Des. Antônio Cedenho, *e-DJF3*, 15.05.2012.

²⁸ TRF-5 (Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe), 2ª Turma, Processo nº 08002626720144058400, rel. Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 10.06.2014; Processo nº 08000221320114058100, rel. Des. Francisco Wildo, j. 27.03.2013; Processo nº 00201108720114058300, rel. Des. Francisco Barros Dias, j. 09.10.2012.

²⁹ STF, RE 203.851, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 06.05.2009, *DJe*, 27.05.2009; RE 640.216, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05.10.2012, *DJe*, 22.10.2012.

³⁰ TRF-1 (Distrito Federal e Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins), 1ª Turma, Processo nº 0042327-70.2002.4.01.3800, rel. Des. José Amilcar Machado, *DJ*, 15.05.2006.

³¹ TRF-3 (Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul), 4ª Seção, Processo nº 0004433-80.2013.4.03.6108, rel. Des. Paulo Fontes, *DJe*, 21.01.2015; Processo nº 0019832-43.2013.4.03.0000, rel. Des. José Lunardelli, *DJe*, 24.10.2014;

³² TRF-4 (Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul), 4ª Turma, Processo nº 5040161-76.2014.404.7000, rel. Des. Vivian Josete Pantaleão, *DJe*, 26.02.2015; 3ª Turma, Processo nº 5013914-09.2014.404.0000, rel. Des. Fernando Quadros da Silva, *DJe*, 11.09.2014; Processo nº 5001933-32.2014.404.7000, rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, *DJe*, 26.08.2014.

³³ TRF-5 (Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe), 4ª Turma, Processo nº 00057098320114058300, rel. Des. Ivan Lira de Carvalho, *DJe*, 05.07.2012; Processo nº 000693934201140500000, rel. Des. Margarida Cantarelli, *DJe*, 12.08.2011.

alcance conferido à proteção à infância e à juventude, em razão da vulnerabilidade de seres em formação; *a função da família*, como instrumento para a sua realização; e o *propósito do Direito de Família*, voltado a assegurá-la. Para que não houvesse dúvida, vedou-se, ainda, de forma expressa, o tratamento desigual entre filhos biológicos e adotivos.

40. Em consequência, a compreensão sobre a posição do filho adotivo e, naturalmente, sobre a licença adotante passou por avanços significativos na legislação infraconstitucional: (i) como já relatado, em 1990, uma norma inovadora e progressista previra o direito dos servidores a uma licença adotante de 90 (noventa) dias, em caso de adoção de criança com até um 1 (um) ano – embora a licença gestante já durasse, então, 120 (cento e vinte) dias; entretanto, (ii) em 2002, a licença adotante foi prevista também em favor dos empregados e, no caso de adoção de crianças de até um ano, fixada em 120 (cento e vinte) dias (Lei 10.421/2002), mesmo prazo da licença gestante trabalhista; (iii) por fim, em 2009, a licença adotante trabalhista passou a ser de 120 (cento e vinte) dias independentemente da idade da criança.

41. O histórico acima demonstra que o Direito brasileiro vem manifestando, desde a promulgação da Constituição de 1988, por seu poder constituinte originário, por seu poder constituinte derivado e pelo legislador ordinário, o firme propósito de avançar na proteção conferida à criança e ao filho adotivo. É de acordo com essa evolução, com a cadeia de normas antes descrita e à luz dos compromissos e dos valores que elas expressam, que o alcance da licença maternidade das servidoras públicas deve ser interpretado³⁴. No caso em exame, todos os capítulos desta história avançaram, paulatinamente, para

³⁴ De acordo com Ronald Dworkin, toda decisão judicial se fundamenta em algum princípio, que permite o desenvolvimento do direito para outras circunstâncias ainda não reveladas. O direito é um sistema, um conjunto coerente de princípios que orienta a solução de novos casos. Os princípios não são como as regras. A interpretação que os implementa não vem previamente descrita por um comando preciso. O que um determinado princípio requer, em dada situação concreta, deve ser avaliado como um “romance em cadeia”. Cada capítulo de um romance parte e é compatível com o capítulo que o antecede, mas inova e faz a história evoluir. Da mesma maneira, a decisão de cada caso que coloque em discussão um determinado princípio deve ser *coerente* com as decisões anteriores, com as indicações do legislador e, ao mesmo tempo, deve fazer o direito avançar. Essa formulação é denominada “direito como integridade” pelo autor (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 215-331). No caso em exame, todos os capítulos desta história avançam paulatinamente no sentido de majorar a proteção dada à criança adotada e de igualar seus direitos aos direitos fruídos pelos filhos biológicos.

majorar a proteção dada à criança adotada e igualar seus direitos aos direitos fruídos pelos filhos biológicos.

42. Assim, observado tal parâmetro, há um único entendimento compatível com a história que vem sendo escrita sobre os direitos da criança e do adolescente no Brasil: aquele que beneficia o menor, ao menos, com uma licença maternidade com prazo idêntico ao da licença a que faz jus o filho biológico. Esse é o sentido e alcance que se deve dar ao art. 7º, XVIII, da Constituição, à luz dos compromissos de valores e de princípios assumidos pela sociedade brasileira ao adotar a Constituição de 1988. É, ainda, o entendimento que assegura a *integridade* do Direito. Mesmo que o STF tenha se manifestado em sentido diverso, no passado, e mesmo que não tenha havido alteração do texto do art. 7º, XVIII, o significado que lhe é atribuído se alterou. Trata-se de caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito.³⁵

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

VI.2. A IGUALDADE ENTRE FILHOS BIOLÓGICOS E ADOTIVOS: A CONDIÇÃO MAIS GRAVOSA DA CRIANÇA ADOTADA

44. Crianças adotadas, não raro, têm em seu histórico: experiências pré-natais adversas à saúde, períodos prolongados em unidades neonatais, cuidados inadequados, abuso físico, psíquico ou sexual, perdas e separações. Esses fatores, a privação do contato do menor com a mãe nos primeiros meses de vida, ou em momentos críticos de seu desenvolvimento, e a institucionalização por períodos

³⁵ Sobre o tema, já observei: “A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 165).

prolongados (que, infelizmente, ainda é uma realidade no Brasil)³⁶, podem produzir efeitos altamente comprometedores da capacidade da criança de estabelecer laços afetivos saudáveis com os pais adotivos e de adaptar-se à nova família³⁷.

45. Estudos internacionais dão conta de que quanto maior é o tempo de institucionalização de uma criança, mais difícil costuma ser a adaptação à família adotiva. Por outro lado, indicam também que o fator mais relevante para a recuperação dessas crianças e para a superação de tais dificuldades é a presença, a disponibilidade e a afetividade dos pais adotivos, que precisam apresentar um intenso comprometimento com o menor (“agressive attachment behavior”) no início de seu convívio³⁸.

46. Tais estudos noticiam, ainda, que crianças adotadas têm maior probabilidade – em alguns casos, o dobro da probabilidade – de demandar cuidados especiais quanto à saúde, quando comparadas com crianças não adotadas³⁹. E, eventualmente, este aspecto só é identificado com a sua chegada à nova família, quando se descobrem que os menores são portadores de patologias para as quais não foram testados ou até de patologias para as quais foram testados e supostamente tiveram resultados negativos.

47. Portanto, a adaptação de uma criança adotada a uma nova família e os primeiros meses de convívio demandam tempo, paciência e disponibilidade

³⁶ BITTENCOURT, Sávio. *A Nova Lei de Adoção*. Op. cit., p. 7.

³⁷ WEBER, Lídia Natália D. Abandono, Institucionalização e Adoção no Brasil: problemas e soluções. *O Social em Questão*, n. 14, p. 53-70; LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange. *Guia de Adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família*. São Paulo: Ed. Roca, 2014, p. 346-384.

³⁸ CHISHOLM, Kim; CARTER, Margaret C.; AMES, Elinor W.; MORRISON, Sara J. Attachment security and indiscriminately friendly behavior in children adopted from Romanian orphanages. *Development and Psychopathology*, v. 7, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 283-294. Para conclusões semelhantes, confrontar, ainda, estudo norte-americano sobre crianças adotadas oriundas da União Soviética. V. MCGUINNESS, Teena; PALLANSCH, Leona. Competence of Children Adopted from the Former Soviet Union. *Family Relations*, v. 4, p. 457-464, out. 2000. Vale ressaltar, contudo, que nas adoções internacionais a adaptação à nova família apresenta dificuldades adicionais que não serão abordadas aqui e a dificuldade de criação de laços afetivo é superior.

³⁹ A título de ilustração, v. National Survey of Adoptive Parents, U.S. Department of Health and Human Services, dados coletados entre 2007 e 2008. Disponível em: <http://aspe.hhs.gov/basic-report/national-survey-adoptive-parents-nsap>. Acesso em: 20 out. 2015. Não se obteve acesso a pesquisas nacionais com semelhante grau de detalhamento.

da parte dos pais. O menor chega de um ambiente inóspito a um “espaço entranho”. Precisa sentir-se aceito e amado para considerar-se parte daquela família. Muitas crianças temem uma nova rejeição, um novo abandono e, após um período inicial, passam a “testar” os pais adotivos, com comportamentos inadequados, com o propósito (inconsciente) de se assegurar de seu amor e de sua aceitação e, então, novos obstáculos devem ser superados para a construção de um vínculo seguro.

48. Não há nada na realidade das adoções, muito menos na realidade das adoções tardias, que indique que crianças mais velhas precisam de menos cuidado ou de menos atenção do que bebês. Pelo contrário, a plena adaptação nas adoções tardias é um desafio ainda maior, já que crianças mais velhas possivelmente foram expostas por tempo maior a cuidados inadequados, traumas e institucionalizações.

49. É preciso ter em conta igualmente que casais inférteis geralmente buscam adotar bebês ou crianças muito novas, que lhes permitam vivenciar todas as etapas da maternidade biológica. A dificuldade de adoção de crianças com mais de 3 anos de idade é muito maior. De acordo com dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, através do Cadastro Nacional de Adoção, do total dos atuais pretendentes à adoção, 68,35% desejam adotar crianças de até 3 anos, sendo que estas representam aproximadamente 4,23% do total de crianças disponíveis para a adoção. 95,76% das crianças disponíveis têm idade superior a 3 anos e grande parte delas encontram-se em instituições⁴⁰.

50. Ora, se, para filhos biológicos, conectados às suas mães desde o útero, jamais negligenciados, jamais abusados, jamais feridos, há necessidade de uma licença mínima de 120 dias, violaria o direito dos filhos adotados à

⁴⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Relatório gerado em 09.07.2015. Os dados do CNJ não computam todas as crianças institucionalizadas porque grande parte delas não tem pátrio poder destituído e, por isso, não está ainda disponível para adoção. Rosana Maria Souza de Barros relata resultados um pouco discrepantes. A partir de levantamento realizado pelo setor social da 1ª Vara da Infância e da Juventude de Belém, Estado do Pará, em 2007, com base em dados que cobriam o período de janeiro de 2003 a dezembro de 2006, do total de 168 pretendentes habilitados para adoção, 52,39% preferiam crianças de até 1 ano de idade, 20,23% preferiam crianças até 2 anos de idade, totalizando, assim, 72,62% de habilitados que pretendiam adotar crianças entre 0 e 2 anos de idade (BARROS, Rosana Maria Souza de. *Adoção e Família. A Preferência pela Faixa Etária. Certezas e Incertezas*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 25).

igualdade e à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente, pretender que crianças em condições muito mais gravosas gozem de período inferior de convívio com as mães.

51. No âmbito dos direitos sociais, a tutela da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é empregada na definição da extensão das obrigações positivas que podem ser exigidas do Estado, quando este se abstém, total ou parcialmente, de adotar a promoção de direitos tutelados constitucionalmente. O teste da proporcionalidade, neste contexto, sujeita-se aos mesmos subprincípios aplicáveis ao exame da proporcionalidade voltado à vedação de excesso⁴¹. Assim, diante de uma norma questionada por proteger de forma insuficiente um direito, deve-se indagar: (i) se a proteção deficiente é adequada a e/ou se a deficiência promove um fim constitucional legítimo; (ii) se é necessária, ou se havia medida mais eficiente sob o prisma do direito protegido deficientemente, que permitisse tutelar o direito a que ele se opõe na mesma medida; (iii) se é proporcional em sentido estrito a proteção deficiente porque os custos justificam os benefícios gerados⁴².

52. Ora, não há dúvida de que a estipulação de uma licença maternidade menor para as servidoras, em caso de adoção (em contraste com a licença-gestante), e que o fato de tal prazo ser escalonado de forma inversamente proporcional à idade das crianças adotadas, deixa de promover a adequada tutela do menor e, por outro lado, não promove qualquer interesse constitucional legítimo. Não atende, portanto, ao subprincípio da adequação. É, na verdade, um equívoco decorrente de uma má-compreensão da realidade e das dificuldades enfrentadas nos processos de adoção.

53. Diante de um quadro de grande dificuldade de adoção de crianças acima de 3 anos de idade, constitui um desestímulo para a adoção tardia e um contrassenso o fato de se conferir à mãe adotante uma licença irrisória ou desproporcional às necessidades emocionais do menor. Ao contrário, interessa ao

⁴¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Rio de Janeiro: Forum, 2013, p. 480-483.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Estado que tais crianças saiam dos abrigos (que dependem, em grande número, de verbas públicas) e sejam acolhidas com sucesso por famílias que zelarão por elas, em lugar de contribuírem para o incremento das estatísticas criminais.

54. Além disso, o Estado tem, para com as crianças carentes e institucionalizadas, uma dívida moral, quer em decorrência das políticas de combate à pobreza que não realizou, quer em virtude das políticas públicas inadequadas que agravaram os problemas da infância pobre com a institucionalização⁴³. A tarefa não realizada pelo Estado é assumida pela família-adoptante. O mínimo que o Poder Público pode fazer por estas famílias e por estas crianças é conferir-lhes condições adequadas de adaptação e superação.

55. Assim, só se pode concluir que o texto do art. 7º, XVIII da Constituição (c/c art. 227, §6º, CF), ao se valer da expressão “licença gestante”, produziu, inadvertidamente, um comando cujo teor literal foi subinclusivo. O exame dos demais dispositivos constitucionais já invocados confirma o entendimento – sistemático – de que o referido dispositivo, em verdade, assegurou a “licença maternidade” de 120 dias (tanto em caso de mãe gestante, quanto em caso de mãe adotante), sem diferenciar entre filhos biológicos e filhos adotivos, quaisquer que sejam as idades destes últimos. Por essa razão, são inválidas as normas infraconstitucionais que disponham em sentido contrário.

VI.3. A AUTONOMIA DA MULHER

56. Mas não é tudo. Um último ponto deve ser abordado sobre a

⁴³ De acordo com estudo do Instituto de Pesquisa em Economia Aplicada – IPEA, realizado aproximadamente 16 anos após a promulgação da Constituição de 1988, tendo por objeto exclusivamente instituições de acolhimento que recebiam verbas federais, 24,1% das crianças que viviam em instituições ali se encontravam por carência de recursos materiais, 18,8% por abandono pelos pais ou responsáveis, 11,6% por violência doméstica. E a pobreza ainda era a principal causa de institucionalização. 41,8% dos institucionalizados não tinham qualquer contato com suas famílias de origem. 52,6% das crianças vivia há mais de 2 anos nos abrigos. Quase 20% das crianças viviam em instituições por mais de 6 anos. V. Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC. SILVA, Enid Rocha [coord.], Brasília, 2004, p. 35. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481. Acesso em: 20 out. 2015. Em sentido diverso, afirmando que os principais fatores de institucionalização eram, em primeiro lugar, o alcoolismo, seguido do uso de drogas, da violência física e sexual, da miséria, da doença, da ausência dos pais por cumprimento de pena, na maioria dos casos, por tráfico ou homicídio. V. ORIONTE, Ivana; SOUZA, Sônia Margarida Gomes. O significado do abandono para crianças institucionalizadas. *Psicologia em Revista*, Belo Horizonte, v. 11, n. 17, p. 29-46, jun. 2005

matéria; um argumento tão relevante quanto a proteção da criança, porque lida, igualmente, com a defesa de uma minoria, sobre a qual, curiosamente, silencia grande parte da academia brasileira e da jurisprudência. Os desafios da família que adota uma criança não são pequenos, mas, devido a razões culturais, *o membro da família mais onerado pela experiência é a mulher*. E o não desenvolvimento de um discurso feminino sobre a questão é, por si só, sinal da naturalização da desigualdade e do estigma.

57. A mãe-adoptante que é, em regra, a principal cuidadora da criança, tem uma enorme tarefa pela frente com a adoção. A chegada da criança produz um substancial impacto sobre a sua vida, que passa a girar em torno da saúde, das dores, das dificuldades do filho. Ela será menos disponível para si mesma, para o trabalho, para a vida social, para a família e será muito mais demandada em casa.

58. Estudos sobre a depressão pós-parto e sobre a depressão pós-adoção dão conta de que o percentual de mulheres que sofrem de depressão é semelhante, tanto no caso da maternidade biológica quanto no caso da maternidade por adoção. Aproximadamente 15% das mães gestantes e 15% das mães-adoptantes são atingidas pela depressão, segundo alguns estudos⁴⁴. Esses resultados sugerem que a “depressão pós-maternidade” pode não ser um fenômeno puramente biológico ou hormonal e estar ligado ao estresse psicológico e ambiental decorrente da chegada da criança, da intensa demanda que se instala sobre a mulher e da necessidade de compatibilizá-la com todos os demais papéis e tarefas que lhe incumbem⁴⁵.

⁴⁴ PERSAUD, Raj Apud PAUL-CARSON, Patricia. Employment Insurance Benefits for Adoptive Parents. Executive Summary for The Adoption Council of Canada. 2011. Disponível em: <http://www.adoption.ca/ei-benefits-for-adoptive-parents>. Acesso em 05 nov. 2015.

⁴⁵ Para um estudo que identifica percentual superior a 15% de depressão pós-adoção, relacionando um percentual maior de manifestação de sintomas depressivos às primeiras 4 semanas de convívio e seu declínio, com o passar do tempo: v. Fiels ES, Meuchel JM, Jaffe CJ, Jha M, Payne JL. Post Adoption Depression. Arch Womens Ment Health, 2010, p. 147-151. Disponível em: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/?term=Fields%20ES%5BAuthor%5D&cauthor=true&cauthor_uid=20119862. Acesso em: 03 nov. 2015. Este estudo ressalva, contudo, a necessidade de levantamentos complementares para a confirmação da depressão pós-adoção e dos fatores relacionados a ela. Aparentemente em sentido contrário, afirmando que a adoção reduziu a manifestação de sintomas depressivos em um grupo de mulheres, v. SENECKY, Y.; AGASSI, Hanoch; INBAR, Dov et al. Post-adoption depression among adoptive mothers. Maio, 2009. Disponível em: [http://www.jad-journal.com/article/S0165-0327\(08\)00359-5/abstract](http://www.jad-journal.com/article/S0165-0327(08)00359-5/abstract). Acesso em 05 nov. 2015.

59. Não por acaso a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* determina que os Estados devem adotar medidas destinadas a proteger a maternidade, com o propósito de assegurar a igualdade entre homens e mulheres, bem como de forma a *possibilitar o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher e a sua participação, em condições idênticas, na vida política, social, econômica e cultural de seu país*⁴⁶.

60. De fato, a licença maternidade tem por objetivo auxiliar a mulher a ultrapassar o período de adaptação e de transição em decorrência da chegada do novo filho e *não deve ser desproporcional ao desafio por ela enfrentado*, sob pena de não atender aos fins para os quais o benefício é previsto. O sucesso de tal adaptação depende da sua disponibilidade emocional. Assim, o art. 7º, XVIII da Constituição deve ser interpretado em consonância com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres, bem como tendo em vista o respeito à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente. Não há justificativa plausível para conferir uma licença de 120 dias, prorrogável por 60 dias, à mãe que gera seu próprio bebê e, ao mesmo tempo, conferir licença de apenas 30 dias, prorrogável por mais 15 dias, para a mãe que abraça o desafio de receber uma criança mais velha, com a qual precisará construir, pedra por pedra, uma relação de afeto desejada, mas temida.

61. Assim, também com base nessas considerações, a única interpretação passível de compatibilizar o referido art. 7º, XVIII com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres é aquele que reconhece que o seu comando, em verdade, pretendeu alcançar toda e qualquer licença maternidade. Por idênticos fundamentos, são nulas as normas que diferenciaram entre as licenças aplicáveis a filhos biológicos e filhos adotivos e entre filhos adotivos de diferentes idades.

⁴⁶ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher: “Artigo 3º. Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, *para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher*, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais *em igualdade de condições com o homem*. (...). Artigo 11. (...). 2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-Partes tomarão as medidas adequadas para: (...) b) *Implantar a licença de maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antigüidade ou benefícios sociais; (...)*”.

VII. ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES POSTAS PELO CASO

62. Diante do exposto e em resposta às questões de direito postas pelo presente caso, concluo que: (i) a lei não pode instituir prazos diferenciados de licença gestante e adotante ou de suas prorrogações; e (ii) a lei não pode estipular prazo de licença adotante inferior, nos casos de adoções tardias. Entendimento diverso contrariaria a proteção constitucional à maternidade (CF, art. 6º e 7º, XIII), a prioridade do superior interesse da criança, a doutrina da proteção integral (CF, arts. 226 e 227), o direito dos filhos adotados à igualdade de tratamento com filhos biológicos (CF, art. 227, § 6º), o direito da mulher adotante à dignidade, à igualdade e à autonomia (CF, art. 5º, *caput* e inc. III) e o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição à proteção deficiente (CF, art. 5º, LV). Supero, assim, o entendimento afirmado no RE 197.807 e reconheço a ocorrência de mutação constitucional.

63. A despeito da alteração de interpretação que esta decisão representa, não há indício de que a atribuição de efeitos retroativos gerará grave insegurança jurídica ou ônus desproporcional ao Poder Público. Por outro lado, a fruição da licença adotante, mesmo que tardia, atende aos princípios que regem a tutela do menor. Por essa razão, *entendo que o prazo remanescente de licença das mães que adotaram em data anterior à presente decisão poderá ser gozado, a qualquer tempo, extinguindo-se tal direito apenas com a maioria da criança*. Registro, contudo, a impossibilidade de conversão da licença parental não gozada em indenização, uma vez que o pagamento em espécie não atende ao superior interesse do menor, nem tampouco poderia ser justificado a partir das razões que fundamentam este voto.

VIII. CONCLUSÃO

64. Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para reconhecer o direito da recorrente ao prazo remanescente da licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, seja de 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença, previstos no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, acrescidos dos 60 dias

de prorrogação, tal como permitido pela legislação. Assento, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: *“Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”*.

É como voto.