

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 210 DO ESTATUTO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL (LEI N. 8.112/90) E A EQUIPARAÇÃO ENTRE AS LICENÇAS GESTANTE E ADOTANTE

THE UNCONSTITUTIONALITY ART. 210 FEDERAL PUBLIC SERVER STATUS (LAW NO. 8,112 / 90) AND THE MATCH BETWEEN THE LICENSES AND PREGNANT ADOPTER

Selma Helena Pires Granja¹

RESUMO: O Estatuto do Servidor Público Federal, Lei n. 8.112/90, estabelece licenças diferenciadas para as mães gestantes e mães adotantes, contrariando os princípios constitucionais da isonomia, dignidade da pessoa humana e igualdade entre os filhos. O período de licença-maternidade tem como objetivo maior garantir o direito da criança de ter ao seu lado a presença da mãe para provê-la não só de suas necessidades alimentares básicas decorrentes dos primeiros meses de vida, mas também das psicológicas. É um período essencial na vida da criança e se todos os filhos são iguais perante a Lei Maior da nossa Nação, seus direitos devem ser respeitados por toda a legislação vigente. Nesse sentido, através de análise da legislação existente sobre o tema e aplicando-se os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proteção à criança e adolescente e do dever do Estado de assegurar à criança o direito à convivência familiar, demonstra-se a inconstitucionalidade do art. 210 da referida Lei e a necessidade da instituição de uma única licença-maternidade, aos servidores públicos federais, em substituição às licenças-gestantes e adotantes existentes atualmente.

Palavras-chave: Adoção, licença-maternidade, Estatuto do Servidor Público Federal, princípio da igualdade, inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The Statute of the Federal Civil Servants, Law n. 8,112 / 90 establishes different licenses for expectant mothers and mothers adopters, contrary to the constitutional principles of equality, human dignity and equality among children. The maternity leave period has the most to ensure the right of the child to have on your side mother's presence to provide it not only their basic food needs resulting from the first months of life, but also psychological. It is a key period in the child's life and that all children are equal before the highest law of our nation, their rights must be respected by all existing legislation. In this sense, through analysis of existing legislation on the subject and applying the constitutional principles of equality, human dignity, the protection of children and adolescents and the state's duty to ensure the child's right to family life, shows -If the unconstitutionality of art. 210 of this Law and the need for the establishment of a single maternity leave, to federal public servants to replace the licensing-pregnant and currently existing adopters.

¹ Graduada em Engenharia Civil - Unesp/Bauru – 1993. Especialista em Engenharia de Transportes - USP/São Carlos – 2002. Servidora Pública Federal - Técnico Judiciário - Justiça Federal São Paulo desde 2009. Graduada em Direito pela Faculdade Anhanguera Bauru/SP.

KEYWORDS: Adoption, maternity leave, Statute of the Federal Civil Servants, equality as unconstitutional.

1 INTRODUÇÃO

O estatuto dos servidores públicos federais apresenta tratamento diferenciado entre licença-gestante e licença-adoptante. Nos termos do art. 207 da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais), a servidora pública gestante tem direito a 120 dias consecutivos de licença, sem prejuízo da remuneração do cargo. Por sua vez, o art. 210 dessa mesma lei dispõe que a servidora que adotar ou obtiver a guarda judicial de criança de até um ano de idade, terá direito a apenas 90 dias de licença remunerada.

Esse tratamento desigual viola a Constituição Federal, especificamente a norma que assegura a igualdade entre filhos naturais e adotivos.

O art. 6º, *caput*, da Carta Magna estabelece como um dos direitos sociais à proteção à maternidade e à infância. Já o art. 227, *caput*, do texto constitucional, prevê como um dos deveres da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito, dentre outras coisas, à convivência familiar; e o § 6º do mesmo dispositivo reconhece a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos havidos ou não do casamento ou por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Se a própria Constituição Federal assegura a proteção à maternidade e à infância, tratando isonomicamente os filhos naturais e os adotivos, além de estabelecer como um dos deveres do Estado assegurar à criança o direito à convivência familiar, não há como se acolher a tese albergada no texto da Lei n. 8.112/90 – art. 207 e 210 – de que servidoras gestantes e adotantes devem ter direito à licença-maternidade com prazos diferenciados. Tais dispositivos legais devem então ser declarados inconstitucionais, proporcionando a unificação das licenças tanto para as mães gestantes como para mães adotantes.

Se a lei propõe que, uma mãe, que gera seu próprio filho, precisa de 120 dias para cuidar, mais de perto, dessa criança e, a partir daí, criar os laços de afeição e amor que unem a família, deveria ter previsto a situação das mães adotantes que, com certeza, sejam por motivos orgânicos ou mesmo psicológicos, precisam de

muito mais tempo para se adaptar à nova situação e para criarem essa relação de intimidade e cumplicidade com os filhos.

Esse período de licença-maternidade, na verdade, não deve ser entendido apenas como um direito da mãe, mas, também, como um direito da criança de ter ao seu lado a presença de sua genitora, provendo-a não só das necessidades alimentares básicas decorrentes dos primeiros meses de vida, como também das psicológicas.

Diante da incompatibilidade criada pela norma infraconstitucional entre situações semelhantes – arts. 207 e 210 da Lei nº 8.112/90 – pretende-se com o presente trabalho propor a alteração dos dispositivos infraconstitucionais elencados (artigos 207 e 210 da Lei n. 8.112/90) a fim de se tornarem compatíveis com a Constituição Federal e conferir isonomia nos prazos de licença adotante e licença gestante às servidoras públicas federais.

O objetivo maior é demonstrar a necessidade da instituição de uma única licença para garantir o provimento das necessidades básicas das crianças, independentemente se geradas ou adotadas: a licença-maternidade.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Os princípios jurídicos são as bases norteadoras do direito através dos quais se busca a melhor interpretação a ser dada a norma.

No atual sistema jurídico, a doutrina tem mostrado que o mais importante princípio de direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana.

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia, outro direito fundamental, serve para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

A dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência. Esta é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes. Constitui um valor incondicional e incomparável, em relação ao qual só

a palavra respeito constitui a expressão conveniente da estima que um ser racional lhe deve prestar.

A complexidade inerente ao conceito de dignidade torna dificultosa a determinação do seu conteúdo. O que venha a compor o conceito de dignidade é algo que não pode ser definido abstratamente, mas apenas em concreto, à luz de um determinado ordenamento jurídico e dos influxos históricos e culturais de cada sociedade. Toda essa dificuldade teórica em identificar com precisão o conteúdo da dignidade da pessoa humana decorre da circunstância de que o conceito de dignidade se insere na categoria dos denominados conceitos jurídicos indeterminados, caracterizados pela vagueza e subjetividade de sentido, a exigir do intérprete a formulação de juízos intelectivos mais ou menos complexos.

A introdução do princípio da dignidade humana no texto constitucional é essencial para a sua efetiva proteção e o seu amplo desenvolvimento pelos órgãos públicos em geral e, em especial, pelos órgãos de aplicação do direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base de onde partiram todos os outros princípios e visa assegurar que o direito à vida seja exercido em sua plenitude, sendo resguardado, a todo ser humano, todos os direitos fundamentais, desde o direito à vida privada, à intimidade e à honra.

Diniz (2007) conceitua o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana ligando-o ao direito de família como “Garantia do pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar”. Assim resta imperioso ressaltar que a Constituição protegeu amplamente o direito da família, garantindo-lhe, principalmente entre outros, a dignidade, a liberdade, o direito de permanecer unida e o dever de proteger e educar os filhos.

Ao estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, e em razão do qual, estabelecendo também, direitos e mecanismos para estabelecimento e garantias destes direitos, ao homem, cidadão, a Constituição Federal está a dizer que o homem – ser humano - deve ser respeitado como e tão só por ser tal, não podendo sofrer tratamento, ou ser deixado de lado, ou não ser considerado como pessoa, ou ser privado dos meios necessários a tal condição, como à sua sobrevivência física, moral, psicológica, afetiva, econômica, jurídica, enfim, humana.

Outro princípio fundamental ao Direito de Família e também previsto pela Constituição Federal é o princípio da igualdade, disposto no art. 5º da Constituição. Decorre do princípio da dignidade da pessoa humana uma vez que dignidade pressupõe a igualdade entre os seres humanos. Este é um de seus pilares. É da ética que se extrai o princípio de que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais.

Tal princípio impõe, dessa forma, um tratamento igualitário a todas as pessoas perante a lei, sem favorecimentos ou privilégios por quaisquer motivos. Ocorre que muitas vezes, para garantir a igualdade de condições, uma igualdade no plano fático, torna-se necessária certa distinção. É nesse ponto que a isonomia difere da igualdade, enquanto isonomia significa apenas garantir a igualdade formal perante a lei, segundo o qual todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza, o princípio da igualdade traz o seguinte brocardo como lema “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades”. (Aristóteles).

No tocante ao Direito de Família o princípio da igualdade é encontrado ao se falar em princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e princípio da igualdade jurídica de todos os filhos.

A igualdade entre os cônjuges acabou com a figura da subordinação que antes a mulher era submetida bem como a igualdade entre os filhos adotados e extraconjugais foi estabelecida visando assegurar a união da família e a sustentar os laços afetivos.

De grande importância também o princípio da solidariedade familiar que deve ser entendido como:

Solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde a exigência da pessoa de ser cuidada até atingir idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. A convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4º). (LÔBO, 2008, p. 41).

Dias conceitua o princípio da solidariedade como o princípio que “tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade”. (DIAS, 2013, p. 69)

Já o princípio da afetividade “especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I) e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos” (LÔBO, 2008, p.48).

A importância do afeto nas relações de adoções é destacada por Maldonado, acerca da discussão da necessidade de licença às mães adotantes:

Por isso é muito importante que os legisladores se sensibilizem para essa questão: a licença-maternidade não se justifica apenas por conta da recuperação do corpo do pós-parto, mas, essencialmente, pela importância da disponibilidade de tempo de estar junto ao filho para cuidar dele. (...) A mesma necessidade existe no caso da adoção, seja de recém-nascido, seja de crianças maiores: é fundamental a disponibilidade de tempo, além da disponibilidade do afeto, para receber a criança adotada no seio da família e dar início ao longo processo de adoção recíproca entre criança e família. (MALDONADO, 1995, p.24).

O princípio da convivência familiar “é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum” (LÔBO, 2008, p.52). Como ambiente deve ser entendido o local tido como pertença de todos. “É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças” (LÔBO, 2008, p.52) e não somente o lar, a casa ou espaço da moradia da família ou parte dela.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. (DIAS, 2013, p. 73).

A proteção à criança deve estar sempre no cerne das famílias. Foi essa a concepção trazida pela Constituição Federal de 1988 e reafirmada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Este princípio, assim como outros já estudados, veio para mudar a forma de organização e pensamento das famílias. Se antes os filhos eram submetidos à vontade dos pais visando a maior comodidade e interesse deles, hoje em todas as situações vividas na família deve prevalecer sempre em primeiro lugar o interesse dos filhos. E conclui dizendo que “o desafio é converter a população infanto-juvenil em sujeitos de direito”. (LÔBO, 2008, p. 55)

No antigo Código Civil utilizava-se a expressão “*patrio poder*” que significava o poder do pai sobre o filho, sendo que o pai poderia mandar no filho como bem entendesse, buscando sua satisfação. Com o Código Civil de 2002 essa expressão foi alterada para entrar em consonância com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente utilizando-se a partir de então a expressão

“poder familiar” onde a família continua a exercer poder sobre o filho incapaz, mas com a finalidade de fazer com que ele seja educado, esteja em segurança e tenha uma vida digna e saudável.

Para Diniz (2007, p. 26), essa mudança enquadra o princípio da consagração do poder familiar, que conceitua como sendo “o poder-dever de dirigir a família é exercido conjuntamente por ambos os genitores, desaparecendo o poder marital e paterno”.

O poder paternal ou poder familiar traduz-se, então, num conjunto de responsabilidades e direitos que envolvem a relação entre pais e filhos. Essencialmente são os deveres de assistência, auxílio e respeito mútuo, e mantêm-se até aos filhos atingirem a maioridade.

3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Nacional e Adoção

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado em 1990 com o intuito de renovar o modo como as crianças e os adolescentes eram tratados. Por conter matéria de direito civil, penal e processual é considerado um microsistema jurídico que tem como objetivo a proteção integral da criança e do adolescente, aplicando medidas socioeducativas e de proteção. O Estatuto é o marco legal e regulatório dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

Já é comprovado pela psiquiatria que a qualidade dos cuidados parentais que uma criança recebe em seus primeiros anos de vida é de importância vital para a sua saúde mental futura.

[...] o que se acredita ser essencial à saúde mental é que o bebê e a criança pequena tenham a vivência de uma relação calorosa, íntima e contínua com a mãe (ou mãe substituta permanente – uma pessoa que desempenha regular e constantemente, o papel de mãe para eles), na qual ambos encontrem satisfação e prazer. É essa relação complexa, rica e compensadora com a mãe, nos primeiros anos, enriquecida de inúmeras maneiras pelas relações com o pai e com os irmãos e irmãs, que os psiquiatras infantis e muitos outros julgam, atualmente, estar a base do desenvolvimento da personalidade e saúde mental. (BOWLBY, 2006, p. 4)

Chama-se “privação da mãe” a situação na qual uma criança não encontra este tipo de relação. É uma expressão ampla que abrange um grande número de situações diferentes. Assim, uma criança sofre privação quando, vivendo em casa, a

mãe (ou mãe substituta permanente) é incapaz de proporcionar-lhe os cuidados amorosos de que as crianças pequenas precisam.

A privação parcial traz consigo a angústia, uma exagerada necessidade de amor, fortes sentimentos de vingança e, em consequência, culpa e depressão.

A privação total tem efeitos de alcance ainda maior sobre o desenvolvimento da personalidade, e pode mutilar totalmente a capacidade de estabelecer relações com outras pessoas. Assim, são de grande importância as primeiras experiências da criança num lar.

Uma criança precisa sentir que é objeto de prazer e de orgulho para a sua mãe, assim como uma mãe necessita sentir uma expansão de sua própria personalidade na personalidade de seu filho: ambos precisam se sentir profundamente identificados um com o outro. Este prazer e esta profunda identificação de sentimentos só são possíveis para cada um dos dois se o relacionamento for contínuo.

Tem-se enfatizado muito a necessidade da continuidade para o desenvolvimento da personalidade de uma criança; contudo, deveria ser igualmente ressaltada a necessidade de continuidade para o desenvolvimento da mãe. Assim como o bebê precisa sentir que pertence à sua mãe, esta também tem necessidade de sentir que pertence a seu filho, e somente quando este sentimento é satisfeito é que pode se dedicar ao filho. Uma mulher só será capaz de dispensar atenção constante a seu filho, noite e dia, sete dias por semana e 365 dias por ano, se sentir uma profunda satisfação por ver seu filho crescer e passar pelas diversas fases da infância, desde bebê, para se tornar um homem ou uma mulher independente, sabendo que foram seus cuidados de mãe que tornaram isto possível. (BOWLBY, 2006, p. 70)

Por esse motivo, o amor materno de que uma criança necessita é tão facilmente encontrado no seio da família e extremamente difícil fora dela. Não há nenhum outro tipo de relacionamento no qual um ser humano se coloque de maneira irrestrita e contínua à disposição de outro.

A criança pequena não é um organismo capaz de vida independente e, por isso, necessita de uma instituição social especial que a ajude durante o período de imaturidade. Esta instituição social deve auxiliá-la de duas maneiras: primeiramente, ajudando-a a satisfazer suas necessidades animais imediatas, tais como alimentação, calor, abrigo e proteção; em segundo lugar, proporcionando-lhe um ambiente no qual possa desenvolver ao máximo suas capacidades físicas, mentais e

sociais, para poder lidar eficazmente, quando adulta, com o seu meio físico e social. Para tanto, é necessária uma atmosfera de afeição e segurança.

Assim, sempre que uma criança ou adolescente tem seus direitos violados ou ameaçados ela deverá estar sujeita às medidas de proteção previstas no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Uma das medidas de proteção à criança e adolescente é a colocação em família substituta feita por meio da adoção.

A adoção corresponde a uma relação jurídica voluntária uma vez que não decorre de relação biológica ou legítima, resultado apenas de uma manifestação de vontade.

Segundo o art. 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa.

Para Oliveira, a adoção é “um instituto jurídico que procura imitar a filiação natural” (2001, p. 147).

A adoção atribui ao adotado a condição de filho do adotante, com todos os direitos e deveres daí decorrentes da filiação, inclusive os sucessórios e, por esse motivo, todos os vínculos existentes, entre o adotando e sua família biológica, são extintos.

4 LICENÇA-MATERNIDADE

A licença-maternidade está prevista na Constituição Federal em seu art. 7º, inciso XVIII, com a seguinte redação:

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.

Assim como o processo de adoção passou por várias mudanças até chegar à garantia de igualdade entre filhos adotados e biológicos, o salário maternidade também sofreu algumas alterações para garantir a igualdade de direitos e garantias do menor.

O convívio familiar entre mãe e filhos nos primeiros meses de vida, mais do que aconselhado, é necessário para o bom desenvolvimento da criança. Assim, foi

assegurado à gestante o direito ao salário-maternidade através do qual a mesma pode, a partir o vigésimo oitavo dia antes do parto, se afastar do emprego por um período de cento e vinte dias. Nesse período irá receber do Instituto Nacional do Seguro Social o chamado salário-maternidade. A gestante também irá gozar de estabilidade temporária, ou seja, do momento em que a gravidez for confirmada até o término da licença a empregada gestante só poderá ser demitida por justa causa.

Inicialmente, a mãe adotiva não tinha direito ao salário maternidade. Só conseguia uma licença através de ação judicial com fundamento no art. 227, § 6º, da Constituição Brasileira: “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”. Com base em inúmeras ações repetitivas e na equiparação, judicialmente reconhecida, das mães adotivas às mães biológicas, em 2002, a Lei n. 10.421 estendeu à mãe adotante o direito à licença e ao salário-maternidade.

A licença-maternidade para a mãe adotiva era proporcional, de acordo com a idade do filho adotado. Se a criança tivesse até um ano de idade a licença seria de 120 dias, se tivesse entre um e quatro anos a licença seria de 60 dias e se tivesse quatro anos ou mais a licença seria de 30 dias.

Em obediência ao princípio da convivência familiar e pela igualdade de direitos entre os filhos biológicos e adotados, a norma foi alterada por meio de decisão judicial para garantir que, independentemente da idade do adotando, a licença-maternidade será concedida pelo prazo de 120 dias. Apesar de já estar sendo aplicada há alguns anos a mudança foi regulamentada apenas em outubro de 2013, através da Lei n. 12.873.

A Lei n. 11.770/2008, também conhecida como Lei da Empresa Cidadã, foi publicada em setembro de 2008 e tem por objetivo a prorrogação da licença-maternidade por mais dois meses. Durante a prorrogação o empregador é quem realizará o pagamento do salário-maternidade e em troca receberá um incentivo fiscal referente ao desconto do imposto de renda do valor pago à empregada, nos termos dos artigos 5º e 7º da Lei.

O Programa Empresa Cidadã não é uma obrigação imposta à empresa e sim uma faculdade onde a pessoa jurídica irá decidir se adere ou não a ele. No entanto, uma vez que o empregador tenha aderido ao programa, a prorrogação será

garantida à empregada “desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade, de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal” (§1º, art. 1º da Lei 11.770/08).

A empregada adotante terá garantido o mesmo direito que a empregada gestante, ou mãe biológica, ainda que a mãe adotante tenha apenas a “guarda judicial para fins de adoção da criança” (art. 1º, §2º, da Lei 11.770/08).

A administração pública direta ou indireta poderá instituir o Programa Empresa Cidadã garantindo às suas servidoras a prorrogação da licença-maternidade por até dois meses, conforme o previsto no art. 2º da Lei n. 11.770/08.

Durante o período da prorrogação da licença-maternidade a empregada não pode exercer nenhum tipo de atividade remunerada. A criança não poderá frequentar creche ou organização similar, sob pena de se perder o direito à prorrogação em caso de descumprimento. (art. 4º, caput e parágrafo único da Lei n. 11.770/08)

A empregada continuará a receber sua remuneração integral, “nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social”. (art. 3º da Lei n. 11.770/08)

5 O REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS

Enquanto os trabalhadores de empresas privadas são regidos pelo sistema previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas, os servidores públicos federais, estaduais e municipais, os trabalhadores das autarquias e fundações públicas e, de modo geral, os ocupantes de cargos públicos, em regra, seguem o regime estatutário, onde é elaborada uma lei que regulamenta as normas que regerão o trabalho realizado por esses servidores.

No caso dos servidores públicos federais o estatuto é apresentado através da Lei n. 8.112/90. Ela traz o conjunto de princípios e regras referentes a direitos, deveres, cargos, meio de nomeação, vantagens, regras de aposentadoria, penalidades, procedimento dos processos administrativos dos servidores públicos federais, ou seja, os servidores de qualquer órgão público federal serão regidos pela Lei n. 8.112/90.

No tocante à licença-maternidade observa-se o direito à licença-gestante prevista no artigo 207 da Lei n. 8.112/90:

Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

§ 1º A licença poderá ter início no primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica.

§ 2º No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto.

§ 3º No caso de natimorto, decorridos 30 (trinta) dias do evento, a servidora será submetida a exame médico, e se julgada apta, reassumirá o exercício.

§ 4º No caso de aborto atestado por médico oficial, a servidora terá direito a 30 (trinta) dias de repouso remunerado.

O estatuto protege a servidora gestante da mesma forma que a Previdência Social, a Constituição Federal e a Consolidação das Leis Trabalhistas protegem as demais trabalhadoras gestantes, sendo que nos casos onde o filho nasce morto ou a gestante aborta, a Lei n. 8.112/90 é mais benéfica do que as outras legislações mencionadas concedendo até trinta dias para que a gestante retorne ao trabalho.

Ocorre que, quando o assunto passa a ser a mãe adotante a situação muda de figura, pois, segundo o disposto no art. 210 da Lei n. 8.112/90, a servidora pública adotante só terá direito a 90 dias de licença remunerada se o adotando tiver, no máximo, um ano de idade e, 30 dias se o adotando for maior de um ano de idade.

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até um ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. (Vide Decreto nº 6.691, de 2008). Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de um ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

Como se vê, no que concerne à licença-adotante a lei não obedece aos princípios da isonomia, igualdade ou da convivência familiar. Ao contrário, mesmo com as mudanças na Legislação da Previdência Social e na Consolidação das Leis Trabalhistas, o Estatuto dos Servidores Públicos continuou com a previsão da concessão parcial e proporcional da licença-maternidade à mãe adotante.

Além da licença-maternidade prevista no Estatuto do Servidor Público, o Decreto n. 6.691/08 traz a possibilidade de prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, a todas as servidoras públicas federais que estão designadas ou exercem suas atividades nos órgãos públicos federais ou entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

O parágrafo primeiro do art. 2º do Decreto menciona que “a prorrogação é garantida à servidora pública que requeira o benefício até o final do primeiro mês

após o parto e terá duração de sessenta dias”. Conforme previsão no parágrafo segundo do mesmo artigo, a prorrogação começará no dia subsequente ao término da vigência da licença-maternidade.

§ 2º A prorrogação a que se refere o § 1º iniciar-se-á no dia subsequente ao término da vigência da licença prevista no art. 207 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou do benefício de que trata o art. 71 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.

Com relação à adoção, a regra da proporcionalidade foi mantida:

§ 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:

- 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:

- 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.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, inciso II, alínea “b”, considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.

Verifica-se que os artigos, acima mencionados, afrontam diretamente o princípio da igualdade e isonomia, da proteção à convivência familiar e do melhor interesse da criança ou adolescente, podendo, ainda, ser observada outra inconstitucionalidade tendo em vista que o benefício só é dado quando o adotando for criança, ou seja, se for maior de doze anos de idade, a mãe adotante não fará jus ao benefício.

Com a mudança das outras legislações caiu por terra o argumento de que a licença-maternidade seria para que a mãe pudesse amamentar e se recompor do parto. O Estatuto da Criança e do Adolescente reafirmou isso com o princípio da prioridade ao interesse da criança e do adolescente fazendo com que a licença-maternidade passasse a ser um direito do filho e não apenas da mãe. O afastamento do trabalho para as mães não intenciona apenas a recuperação pós-parto, mas, principalmente, a proteção da criança que nasce ou que é acolhida no seio de uma família que não a sua biológica. Assim, nos casos de adoção, onde obviamente a fase gestacional é inexistente, o afastamento do trabalho para dedicação à criança é tão ou mais importante quanto a licença para as mães

naturais, pois é através desse período de dedicação ao adotado que se estreitam os laços familiares artificiais.

Se um bebê recém-nascido necessita de cuidados especiais, aleitamento materno, contato com os pais para a solidificação do vínculo familiar, a criança que é adotada ou tem sua guarda concedida a alguém tem essas necessidades ainda mais aguçadas posto que, além dos cuidados normais, há ainda a adaptação ao novo lar, aos novos pais, à nova família, à nova casa e tantas outras novidades com as quais a criança terá que aprender a lidar.

Por ser um direito dos filhos e pelos filhos serem considerados iguais independentemente de adotivos ou biológicos, a licença-maternidade também deveria ser igualitária, resguardando ao filho adotado o direito de permanecer com seus pais pelo mesmo tempo que o filho biológico. Afinal, seja fruto de uma gestação ou de uma adoção, a troca afetiva intensa com os pais nos primeiros momentos da vida extrauterina é essencial.

Vários regramentos jurídicos evidenciam a proteção dos filhos e da família em si, não mais limitando o manto protetor apenas à mãe ou ao filho, mas sim ao convívio familiar. Não se deve esquecer de que a proteção à família deve ser priorizada por parte do Estado.

Afirmar que, a um filho adotivo, em qualquer idade, não é necessário dispensar a mesma atenção que a um filho natural, é afrontar diretamente o Princípio da Igualdade disposto na Constituição Federal, princípio basilar e norteador de todo o ordenamento jurídico nacional em busca da justiça social e do equilíbrio entre os indivíduos, buscando suprimir e minimizar as diferenças.

A inconstitucionalidade do art. 210 do Estatuto dos Servidores Públicos é tão clara que diversas decisões judiciais têm manifestado no sentido de oferecer a mãe adotiva e servidora pública federal, a licença-maternidade por 120 dias prorrogáveis por mais 60 dias, sem aderir à proporcionalidade estipulada de acordo com a idade do adotado.

De acordo com os julgamentos recentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como em obediência aos princípios constitucionais da igualdade, da proteção à família e proteção à criança e ao adolescente e, ainda, visando incentivar a adoção no Brasil e tornar menos burocrático o direito da mãe adotiva em gozar da licença-maternidade, no período integral de 120 dias prorrogável por mais 60 dias, se torna

necessária a declaração de inconstitucionalidade, bem como a mudança do texto da lei referente ao art. 210 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da leitura do presente trabalho conclui-se que visando à proteção da mulher, da criança, do adolescente e da família como um todo, se tornou necessária a criação de um auxílio que garantisse à mulher o direito de permanecer ao lado de seu filho nos primeiros meses de vida, a fim de constituir para a criança um ambiente familiar seguro e estável, bem como, desenvolver, junto à criança, a criação de vínculos afetivos.

Através de um demorado processo de mudança o ordenamento jurídico, doutrinadores e juristas passaram a verificar a necessidade da proteção da convivência dos filhos adotivos com os pais, guardiões e tutores, estendendo às mães adotivas o auxílio que antes era dado apenas às mães biológicas na época do nascimento de seus filhos. Com esse benefício as mães adotivas teriam direito de ficar perto de seus filhos, com dedicação exclusiva, por um tempo razoável e, assim, conseguir maior êxito na tentativa de reestabelecer o adolescente ou criança adotada, fazendo-lhes, enfim, membros de uma nova família.

Inicialmente a licença-maternidade para as mães adotivas não durava o mesmo período que a licença das mães biológicas. Com o passar do tempo ficou ultrapassado o entendimento de que, devido ao desgaste do parto e da gravidez as mães biológicas teriam direito a uma licença maior que as mães adotivas. A licença-maternidade não é apenas um período de descanso concedido à mãe após o parto, mas sim, um período concedido para que mãe e filho possam estreitar seus laços de afeto e conhecer um ao outro. Período de cuidados especiais com a criança que necessita, integralmente, de alguém que supra suas necessidades básicas, materiais e afetivas, para que se desenvolva com saúde plena, física e intelectual.

Porém, apesar da mudança do entendimento quanto à proporcionalidade do período de duração da licença de acordo com a idade do filho adotado, algumas leis ainda não foram alteradas. É o caso do Estatuto dos Servidores Públicos Federais que, até o presente momento, prevê que a servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até um ano de idade terá direito à concessão de apenas noventa dias de licença remunerada e, se a criança adotada for maior de um ano de idade, o

prazo será somente de 30 dias. Ainda, se o adotando for um adolescente a mãe adotiva não terá direito a licença, pois a lei só menciona a adoção de crianças, ou seja, até doze anos de idade.

Inúmeros julgados e posições doutrinárias defendem a necessidade de mudança no art. 210 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, mas até o momento não há previsão nem proposta de alteração da referida legislação, o que torna necessária a interposição de ações, visando à declaração de inconstitucionalidade do mencionado artigo.

O processo de adoção no Brasil não é simples e já envolve vários e exaustivos procedimentos judiciais a serem cumpridos pelas pessoas que desejam adotar. Aliado a esses complexos procedimentos, as servidoras públicas federais ainda se encontram diante da necessidade de nova ação judicial para ter garantido o seu direito a licença-maternidade em tempo integral (com duração de 120 ou 180 dias, de acordo com o local onde a servidora estiver lotada), o que provoca um desgaste ainda maior em todo o contexto da adoção. Ora, a Constituição não prevê que se devam instituir práticas de incentivo à adoção? A licença-maternidade não tem como princípio maior a proteção da criança? Como afastar de tal benesse aquela criança que é introduzida no seio de uma nova família por meio da adoção?

O Estatuto do Servidor Público Federal está afrontando, diretamente, as diretrizes estabelecidas constitucionalmente quando trata diferentemente a licença-gestante da licença-adotante. O menor adotado precisa ser bem acolhido e sentir-se em sua casa. Precisa ver que toda a sua nova família está feliz por tê-lo por perto e esse sentimento só é alcançado com o estímulo à criação de vínculos afetivos duradouros que, por consequência, somente serão alcançados com a criação de um lar saudável, estável e seguro.

Por óbvio que a previsão da proporcionalidade da duração da licença-adotante, apresentada no art. 210 do Estatuto dos Servidores Públicos da União, é inconstitucional. Atenta contra os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e isonomia, da proteção à família e da proteção à criança e ao adolescente.

Conclui-se, enfim, que é clara a necessidade da alteração desse dispositivo, eliminando-se a previsão da licença-gestante diferente da licença-adotante. Imperiosa a necessidade de criar-se uma única licença, que fosse denominada

simplesmente “*licença-maternidade*”, e que trate com igualdade tanto filhos biológicos como filhos adotivos, assegurando assim o cumprimento efetivo das normas constitucionais e garantindo condições iguais de desenvolvimento, amparo, proteção e afeto, não apenas aos filhos dos trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, mas também aos filhos dos servidores públicos federais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Brasília/DF, Senado, 1988.

BRASIL. Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências. Decreto n. 6.690/2008.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069/1990.

BRASIL. **Estatuto dos Servidores Públicos Federais**. Lei n. 8.112/1990.

BOWLBY, John. **Cuidados maternos e saúde mental**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **DATAPREV**, disponível em: http://www.dataprev.gov.br/servicos/salmat/salmat_def.htm. Acesso em: 31/03/2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º Volume: Direito de Família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: LED, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6º Volume: Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIA Trabalhista. Disponível em:
<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/estabilidadeadocao.htm>, atualizado em 17/06/2013. Acesso em 31/03/2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALDONADO, Maria Tereza. **Os Caminhos do Coração**. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

MOTA, Tércio de Sousa; ROCHA, Rafael Ferreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. Disponível em
http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8845. Acesso em 19/03/2014.

MAUX, Ana Andréa Barbosa; DUTRA, Elza. A adoção no Brasil: algumas reflexões. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**. UERJ, Rio de Janeiro, ano 10, n. 2, p. 356-372, 2º quadrimestre de 2010 Disponível em
<http://www.revipsi.uerj.br/v10n2/artigos/pdf/v10n2a05.pdf>. Acesso em 26/03/2014

MONTEIRO, Washington de Barros e SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil**. Volume 2, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2010.

OAB, Disponível em <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-adocao/breve-historico/adocao-pequeno-historico>. Acesso em 26/03/2014.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PANTALEÃO, Sergio Ferreira. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema15/pdf/309191.pdf>. Acesso em: 26/03/2014

RIO DE JANEIRO. **Câmara Municipal de Campos**. Lei cria Semana Municipal de Incentivo à Adoção de Crianças e Adolescentes. Disponível em: <http://www.camaracampos.rj.gov.br/lei-cria-semana-municipal-de-incentivo-a-adocao-de-criancas-e-adolescentes/> Publicado em 27/01/2014. Acesso em: 27/03/14.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **O Regime Jurídico da Adoção Estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA JUNIOR, Assis Moreira. SEVERINO, Luis Fernando. Licença-maternidade e estabilidade da gestante para homens. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 14, n. 2, p. 207-230, jul./dez. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil**. Volume VI: Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.