

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
Secretaria de Gestão Pública
Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal
Coordenação-Geral de Aplicação das Normas

NOTA TÉCNICA Nº 150/2014/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP

Assunto: Licença Adotante a servidor do gênero masculino.

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Visa o presente expediente analisar a possibilidade de concessão de **Licença à Adotante** a servidores públicos federais do sexo masculino, face à literalidade do **art. 210 da Lei nº 8.112/90**, que faz referência expressa à servidora do sexo feminino, como destinatária do benefício.

2. Sobre o tema, esta Secretaria de Gestão Pública – SEGEP, após a análise acurada de todos os dispositivos legais de regência, calcada na interpretação que conceda à norma **sua máxima eficácia**, firma entendimento no seguinte sentido:

a) Pela **impossibilidade** de se igualar o período de usufruto da Licença à Adotante ao da Licença à Gestante, em respeito ao princípio da isonomia.

b) Pela extensão do benefício da Licença à Adotante, elencado no art. 210 da Lei nº 8.112/90, a servidores públicos federais, **independentemente de gênero**.

c) Nos casos de adoção por casal homoafetivo, em que ambos sejam servidores públicos federais:

c.1) **A licença à adotante será concedida somente a um dos adotantes, sendo ao outro concedida a Licença Paternidade nos termos do art. 208 da Lei nº 8.112/90**, por analogia obrigatória aos casais heterossexuais; e

c.2) Necessidade de o adotante que requerer a licença à adotante firme declaração de que companheiro não solicitou o mesmo benefício, com vistas a evitar concessões em duplicidade.

d) No caso de adoção realizada por casais heterossexuais, em que ambos sejam servidores públicos federais, a Licença à Adotante será concedida preferencialmente à servidora, já que na hipótese de concessão ao homem, à mulher não poderá ser concedida a licença paternidade. Nesta mesma hipótese, se a licença à adotante for pleiteada pelo homem, deverá ser firmada a mesma declaração a que se refere o item “c.2”.

e) É expressamente vedada a concessão da Licença Adotante de forma fracionada entre os adotantes; e

f) Somente poderá **ser concedida** a Licença à Adotante e à Paternidade, conforme o caso, na hipótese de adoção, mediante a apresentação de **Sentença Judicial emitida por Vara Especializada da Infância e da Juventude, que destitua o poder familiar dos pais biológicos da criança concedendo-a ao adotante, ou certidão de nascimento dos infantes na qual conste como pai(s) o nome do servidor (es).**

3. Sugere-se o envio desta manifestação à Coordenação-Geral de Elaboração, Consolidação e Sistematização das Normas – CGECS/DENOP, para a propositura das correspondentes alterações na Lei nº 8.112, de 1990, com cópia ao Departamento de Gestão de Pessoal Civil e Carreiras Transversais – DEGEP/SEGEP, para as devidas adequações sistêmicas necessárias à efetivação de tal direito.

4. Por ser a matéria de grande interesse e relevância ao SIPEC, propõe-se, ainda, a divulgação desta Nota Técnica nos meios eletrônicos, inclusive de comunicação social, disponíveis nesta SEGEP, para amplo conhecimento dos órgãos do referido Sistema e da sociedade.

ANÁLISE

5. Preliminarmente, informe-se que, como subsídio à presente análise utilizou-se como paradigma questionamento apresentado pela Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas do Ministério da Educação - COGEP/MEC que, por meio do Despacho s/nº de 26 de fevereiro de 2014, anexo aos autos do Processo de nº 23106.001431/2014-14, solicitou posicionamento deste órgão central do SIPEC quanto à possibilidade de concessão do benefício da licença à adotante e sua prorrogação, a servidor do gênero masculino, em consequência da obtenção de **guarda**

provisória de três menores, nos termos do art. 210 da Lei nº 8.112/90 e no Decreto nº 6.690/2008, respectivamente.

6. O órgão consultente, em pleno atendimento às suas competências de órgão setorial do SIPEC, apresentou seu posicionamento e fundamentação, na forma do Despacho s/nº de 26 de fevereiro de 2014. Por elucidativo, transcrevam-se:

11. Tendo em vista a prescrição constitucional acerca da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente com o objetivo de ampliar o próprio alcance da proteção dos direitos infanto-juvenis entendemos que, no tocante à concessão de licença em razão de adoção, a análise da norma deverá ser sistemática dos dispositivos constitucionais e da Lei nº 8.112/90, posto que a licença em voga não constitui somente direito do servidor submetido ao regime jurídico instituído por aquela lei, mas também da criança adotada a qual terá assegurado tempo para adaptação à nova família e ainda o seu bem estar por meio do contato com os pais.

12. Assim, nos manifestamos pela possibilidade de concessão de licença ao servidor adotante independentemente do gênero e, nesse sentido, alinhamo-nos ao entendimento esposado no Parecer PJU nº 102/2014 da Procuradoria Federal junto à Fundação Universidade de Brasília, às fls. 29/30, no tocante ao prazo da referida licença, uma vez que a Lei nº 8.112/90 e o Decreto nº 6.690, de 2008, preveem expressamente os prazos da referida licença e a sua respectiva prorrogação, razão pela qual não se vislumbra motivo em utilizar o prazo previsto para a licença maternidade.

(...)

15. Ressalto que a consulta em epígrafe, além, de ter por objetivo solucionar a demanda proveniente da Fundação Universidade de Brasília, visa à orientação às instituições vinculadas ao Ministério da Educação principalmente por se tratar de questão onde há omissão na norma, com o fito de uniformizar os procedimentos no âmbito deste órgão setorial e dos órgãos seccionais do SIPEC.

7. É o relato do essencial.

8. O caso concreto que impulsiona esta análise apresenta situação de servidor da Universidade de Brasília-UNB, que solicitou a Licença à Adotante e sua prorrogação, em razão da concessão de **Guarda Provisória (termo anexo aos autos) de três menores, respectivamente de 8 (oito), 6 (seis) e 4 (quatro) anos**, deferida pelo Juízo de Direito – Vara da Infância da Comarca de Caruaru – PE, em 17 de dezembro de 2013.

9. O referido Termo confere ao servidor e a seu companheiro o direito de manter os menores sob sua guarda e responsabilidade, **para fins de adoção**, na forma estatuída no **art. 33, § 2º, da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente**.

10. Feitas estas considerações preliminares, destinadas a garantir a melhor compreensão do objeto central dos autos, passa-se a avaliá-lo a partir da legislação de regência, todavia, interpretada à luz da Constituição Federal de 1988.

11. De saída, ressalte-se que o pleito do servidor, embora feito em requerimento próprio para solicitar **Licença à Adotante**, apresenta conteúdo e fundamentação ancorados no benefício de **Licença à Gestante**, previsto no art. 207 da Lei nº 8.112, de 1990, o que impõe a este órgão central a avaliação acerca da possibilidade de concessão de licença à gestante nas hipóteses em que caiba licença à adotante.

12. Apresente-se o que dispõe a Lei nº 8.112, de 1990 quanto aos benefícios da Licença à Gestante à Adotante e a Paternidade:

Da Licença à Gestante, à Adotante e da Licença-Paternidade

Art. 207. **Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração. ([Vide Decreto nº 6.690, de 2008](#))**

§ 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.

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. ([Vide Decreto nº 6.691, de 2008](#))**

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.**

Art. 208. Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.

13. Da leitura cuidadosa dos dispositivos acima transcritos percebe-se que os direitos apresentados, conquanto **voltadas mais fortemente à proteção da criança**, têm por inegável intenção, coexistente com a primeira, **a proteção ao direito da mãe, embora, àquele tempo, considerando o modelo tradicional de família.** Entende-se que não pode ter sido outro o motivo pelo qual o legislador optou por destacar o servidor do gênero feminino como

destinatário dos benefícios de licença à adotante e à gestante e, ao homem, somente a licença paternidade.

14. Todavia, se mais aprofundadamente observados os benefícios em questão podem ser interpretados à luz do princípio constitucional da isonomia, constante do art. 5º da Constituição Federal. Cite-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

15. O princípio da igualdade ou isonomia, vivente no texto Constitucional, é não menos que um dos pilares estruturantes do ordenamento Pátrio o qual, nas clássicas palavras atribuídas ao filósofo Aristóteles, significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, **na medida de suas desigualdades**.

16. Firme nisto, a igualdade de direitos não deve se limitar ao sentido unicamente formal, pois se assim o for nada mais significará do que um meio de desconsiderar as substanciais diferenças que existem entre os seres humanos desigualando-os ou igualando-os sem qualquer critério. A par de se evitar tal prática, necessário que o próprio direito, por vezes por meio da nobilíssima atividade de interpretar, forneça meios eficazes de garantir a igualdade real e concreta à norma.

17. Com este alvo, mesmo voltado à concretude do princípio da igualdade, não se pode olvidar que as **licenças à Gestante e à Adotante** são diferentes entre si, já que separam duas formas distintas em que se dá a inserção de uma criança no seio da família. A primeira, por meio de uma mulher que gera uma nova vida, e para tanto se submete a um período de grandes transformações físicas e psicológicas,¹ que justificam um período maior de afastamento das atividades laborais e, a segunda, **não menos nobre que a primeira, mas nem por isso fundamentalmente igual**, pelo ato de adotar, em que uma pessoa por livre disposição de vontade resolve ter em seu lar, como filho, uma criança ou adolescente que não foi gerada a partir dele.

¹ Que deverão ser acompanhadas por médico ginecologista/obstetra no período anterior ao parto, “pré-natal”, como também, necessariamente, no período pós-parto, “puerpério”.

18. Feita tal diferenciação, sobre a Licença à Gestante, pertinente anotar que esta Secretaria de Gestão Pública, por meio da Nota Informativa nº 759/2012/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, exarou entendimento de que esse é um benefício **irrenunciável** por parte da servidora, posto que, ainda que seja direito materialmente concedido à mulher que deu à luz, trata-se de direito inalienável da criança, razão pela qual não poderia a Administração permitir a disposição desse direito por parte da mulher.

19. Tão especial é a proteção conferida à mulher durante o referido período que o Estado tem adotado políticas públicas com clara finalidade de garantir a proteção e saúde da mulher e da criança, o que tem se efetivado por meio de diversos mecanismos legais, a exemplo da Portaria nº 1.459, de 24 de junho de 2011 do Ministério da Saúde, a qual instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a Rede Cegonha. Vejamos:

Art. 1º A Rede Cegonha, instituída no âmbito do Sistema Único de Saúde, consiste numa rede de cuidados que visa **assegurar à mulher** o direito ao planejamento reprodutivo e à atenção humanizada à **gravidez, ao parto e ao puerpério**, bem como à criança o direito ao nascimento seguro e ao crescimento e ao desenvolvimento saudáveis, denominada Rede Cegonha.

(...)

Art. 6º A Rede Cegonha organiza-se a partir de quatro (4) Componentes, quais sejam:

I - Pré-Natal

II - Parto e Nascimento

III - Puerpério e Atenção Integral à Saúde da Criança

IV - Sistema Logístico: Transporte Sanitário e Regulação

Art. 7º Cada componente compreende uma série de ações de atenção à saúde, nos seguintes termos:

I - Componente PRÉ-NATAL:

(...)

II - Componente PARTO E NASCIMENTO:

(...)

III - Componente **PUERPÉRIO E ATENÇÃO INTEGRAL À SAÚDE DA CRIANÇA:**

a) promoção do aleitamento materno e da alimentação complementar saudável;

b) **acompanhamento da puérpera** e da criança na atenção básica com visita domiciliar na primeira semana após a realização do parto e nascimento;

(...).

20. Sobre o puerpério, embora não haja um consenso entre os profissionais de saúde, em regra, sabe-se que varia de 30 a 40 dias, independentemente da forma de parto a qual foi submetida a gestante, sendo unânime, no entanto, o entendimento de que tal período é de suma importância para o restabelecimento do corpo da mulher que deu à luz, inclusive em função da

adaptação de mãe e filho à amamentação. Neste ponto da análise, relevante agregar as seguintes informações² que tratam do período de pré-natal e pós-parto:

Arcar com a responsabilidade de zelar por uma vida, totalmente dependente, é um desafio e tanto para a nova mãe. Mas não é o único. Existe ainda a preocupação de lidar com as novas emoções **e de restabelecer o corpo**, que encarou muitas transformações ao longo da gestação. Para se ter uma ideia, o útero de uma mulher que nunca teve filhos pesa cerca de 90 gramas e tem o tamanho de uma pera. No último trimestre da gravidez, ele pode chegar a um quilo para abrigar um bebê de 3,5 kg e 52 cm. **Isso significa que o abdômen cresce até 11 vezes! Por essa e outras razões, é preciso respeitar um período de cerca de 40 dias de recuperação, depois de dar à luz. É o chamado puerpério, conhecido como resguardo ou quarentena**, em que nem tudo é permitido – mas nem tão proibido como alardeavam nossas avós.

Essa fase, digamos, peculiar começa com a queda brusca dos níveis hormonais no pós-parto, capaz de provocar desânimo e cansaço, o que torna imprescindível o apoio do pai e da família. Aproximadamente 80% das novas mães experimentam sentimentos de tristeza e insegurança. Esse estado, que costuma durar até 15 dias, é classificado pelos médicos como baby blues. Se o mal-estar persistir e vier associado a problemas de apetite e de sono, falta de concentração e de interesse em qualquer atividade, pode se tratar de depressão pós-parto, que requer auxílio médico.

Em relação às condições físicas da nova mãe, nos primeiros dias costuma aparecer um sangramento de coloração avermelhada que, ao longo das semanas, passa a um tom marrom, amarelado e, por fim, transparente. O fluxo será mais intenso se o parto tiver sido normal. Isso porque a retirada da placenta estimula a expulsão dos tecidos remanescentes, **promovendo a regeneração uterina**.

(...) o aleitamento, que não só favorece o recém-nascido, como induz a liberação de hormônios para que o útero retorne ao tamanho normal. “Quando a criança suga o seio, a glândula hipófise, localizada no cérebro, recebe um estímulo para produzir o hormônio ocitocina que, entre outras funções, promove a redução do volume abdominal”, esclarece o ginecologista Walter Amaral, da Escola Superior de Ciências da Saúde (DF).

Devido a esse processo, é normal sentir cólicas nas primeiras semanas. Os benefícios de oferecer o peito vão além: um estudo da Coordenação dos Institutos de Pesquisa da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo provou que amamentar reduz o risco de câncer de mama, de ovário e osteoporose.

Outra boa estratégia para **recuperar a forma e a saúde física** é manter uma dieta equilibrada. A ingestão de minerais, como o ferro e o cálcio, continua fundamental. Portanto, as carnes, principalmente as vermelhas, e os laticínios são mais do que bem-vindos. Também é importante beber de dois a três litros de água por dia, especialmente um copo grande antes e outro depois de amamentar. “Frutas com cascas, como maçã, ameixa e pera, ajudam a prevenir ou a reverter a constipação, comum nessa fase por conta do útero aumentado, que comprime o intestino”, esclarece o obstetra Artur Dzik, diretor da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana.

21. Ainda, especificamente voltado à gestante, há que se ressaltar que o direito ao **puerpério** está previsto no § 4º do art. 207, da Lei nº 8.112/90, quando assegura à servidora que desafortunadamente sofrer um aborto, o período de 30 (trinta) dias de repouso remunerado. Salvo melhor juízo, em interpretação sistemática à Lei nº 8.112, de 1990, percebe-se que tal

² <http://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Pos-parto/noticia/2014/01/o-que-e-permitido-ou-nao-na-quarentena.html>

direito advém do fato de que, em que pese a gravidez não tenha sido levada a termo, a mulher que abortou passou por parte da transformação que decorre da gestação, necessitando do período de 30 (trinta) dias para recuperação. Essa concessão legislativa, quando estudada à luz das informações médicas, permite inferir que no mínimo os trinta primeiros dias da licença à gestante são voltados à recuperação da mulher.

22. Neste viés, a fim de marcar o porquê de o legislador conceder período maior à licença à gestante, qual seja, para a recuperação da mulher e adaptação à amamentação, cabível a transcrição de alguns julgados que reforçam a substancial diferença entre adotar e dar à luz, portanto, entre a licença à gestante e adotante. Veja-se:

STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA RMS 33255 PE 2010/0212237-9 (STJ)

Data de publicação: 08/06/2011

Ementa: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LICENÇA À ADOTANTE E SUA PRORROGAÇÃO. PRETENSÃO DE QUE O PRAZO DA LICENÇA SE EQUIPARE AO PRAZO DA LICENÇA À GESTANTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Recurso ordinário em mandado de segurança no qual servidora pública federal objetiva conferir à **licença à adotante** o mesmo prazo de fruição previsto para a **licença à gestante**. 2. Nos termos do art. 1º da Lei n. 12.016 /2009 e em conformidade com o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça". 3. "Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração [...] o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazerem si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais" (Hely Lopes Meirelles, in "Mandado de Segurança", Malheiros Editores, 26ª Ed., p. 36-37). 4. Havendo lei especial que rege a matéria de forma contrária à pretensão mandamental, qual seja a Lei n. 8.112 /1990, em seu art. 210, não há falar em direito líquido e certo de servidora pública federal ver aumentado o **prazo de licença à adotante** sob o pretexto de observância ao princípio da isonomia. **5. As peculiaridades jurídico-legais atinentes ao Plano de Seguridade Social dos Servidores Públicos e ao Regime Geral da Previdência social induzem ao raciocínio de que é possível, sem afronta à Constituição Federal, haver diferenças entre os benefícios previstos aos servidores públicos e aos trabalhadores submetidos ao regime geral.** **6. As disposições do § 12 do art. 40 da Constituição Federal não favorecem a pretensão mandamental, pois, de sua leitura, percebe-se que os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social só serão aplicados ao regime de previdência dos servidores**

públicos de forma subsidiária, quando não houver regramento específico sobre determinado tema, por isso a expressão "no que couber". 7. Servidora pública federal não tem direito líquido e certo de equiparar o prazo de licença à adotante ao da licença à gestante. 8. Recurso ordinário não provido....

TRF-5 - AC Apelação Cível AC 8002626720144058400 (TRF-5)

Data de publicação: 10/06/2014

Ementa: ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. LICENÇA À ADOTANTE. PRAZO DE 120 DIAS. DESCABIMENTO. LEI Nº. 8112/90. DECRETO Nº. 6690/08. ISONOMIA EM SENTIDO MATERIAL. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS. 1. Hipótese em que a autora requer a concessão do benefício de **licença à adotante** pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, assemelhando-se ao que é previsto para as mães biológicas, de modo a estender o período da **licença** já concedida administrativamente por 45 (quarenta e cinco) dias, por mais 75 (setenta e cinco) dias; **2. Os institutos da licença maternidade e da licença à adotante, embora, à primeira vista, aparentem similitude, são distintos, e, como tal, não podem ser equiparados, em obediência ao princípio da isonomia, já que este se aplica para tratar de forma igualitária os iguais e diferenciadamente os desiguais, no limite de suas distinções;** **3. A licença maternidade é destinada tanto à mãe, para recuperar-se do parto, quanto ao filho, que necessita dos cuidados específicos daquela (por exemplo, a amamentação). Em contrapartida, a mãe adotiva, por óbvio, não tem as mesmas necessidades da biológica, não havendo, por isso, que se falar em equiparação das duas situações;** **4. Apelação e remessa oficial providas.**

TRF-2 - AC APELAÇÃO CÍVEL AC 201051010133322 (TRF-2)

Data de publicação: 28/01/2013

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. LICENÇA À ADOTANTE. ART. 210 DA LEI 8.112 /90. PRORROGAÇÃO. DECRETO 6.690 /2008. AMPLIAÇÃO DO PRAZO. DESCABIMENTO. 1. A Lei 11.770, de 09/09/2009, ao criar o Programa Empresa Cidadã, destinado a garantir à empregada da pessoa jurídica, que aderir ao Programa, a prorrogação por 60 (sessenta) dias da duração da **licença-maternidade** prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal, autorizou a administração pública, direta, indireta e fundacional, a instituir programa que garanta prorrogação da **licença-maternidade** para suas servidoras. 2. O Decreto nº 6.690 de 11/12/2008, por sua vez, ao instituir o Programa de Prorrogação da **Licença à Gestante e à Adotante**, estabeleceu os critérios de adesão ao Programa e preceituou para as servidoras públicas, em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990. 3. A extensão da prorrogação da **licença-maternidade** às servidoras federais foi determinada em períodos diferenciados, a saber, 60 dias de prorrogação da **licença-maternidade** para as servidoras que recebem o salário-maternidade - benefício pago pelo INSS, na forma do artigo 71-A, da Lei no 8.213 /1991; e de 45 (quarenta e cinco) dias, para as servidoras contempladas com a **licença** remunerada de 90 (noventa) dias prevista no Artigo 210, da Lei no 8.112 /1990. 4. **Comprovando-se que a autora, na qualidade de servidora pública federal, adotou criança com idade inferior a um ano, a prorrogação da licença maternidade de que trata o Decreto 6.690 /2008 é de 45 dias, a teor do art. 2º, § 3º, II, "a", conforme solicitado e deferido pela Administração.** 5. **Inacolhível, assim, a pretensão da apelante de majoração de um benefício, obtida com um prazo maior de fruição e decorrente de aplicação de regra equivalente de outro regime jurídico, ainda que com escopo no princípio da isonomia, máxime quando o discrimine tem expressa previsão legal.** 6. **O princípio da divisão funcional do poder impede que, estando em**

plena vigência o ato legislativo, venham os Tribunais a ampliar-lhe o conteúdo normativo e a estender a sua eficácia jurídica a situações subjetivas nele não previstas, ainda que a pretexto de tornar efetiva a cláusula isonômica inscrita na Constituição (STF, RMS 21662). 7. Recurso desprovido....

TRF-1 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 37480 DF 94.01.37480-5 (TRF-1)

Data de publicação: 17/12/1998

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA À GESTANTE. LICENÇA À ADOTANTE. BANCO CENTRAL DO BRASIL. FUNCIONÁRIA. LEI 8.112 /90. APLICAÇÃO. ADIN N. 449-DF. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 251 DO RJU. 1. Decidiu o colendo Tribunal Pleno do STF, à unanimidade, ser inconstitucional o art. 251 da Lei n. 8.112 /90 (RJU), sendo aplicável o mencionado Diploma Legal aos funcionários do Banco Central do Brasil. 2. A licença à gestante tem origem na Constituição da República (art. 7º, XVIII), podendo ser discutida em mandado de segurança, ainda mais que a decisão repousa em ato administrativo de dirigente da Autarquia. 3. **Havendo previsão legal de licença à adotante (Lei 8.112 /90, art. 210), inviável a aplicação analógica do instituto da licença à gestante, que só seria possível se inexistente norma reguladora.** 4. Remessa oficial provida em parte. 5. Sentença parcialmente reformada. 6. Apelação prejudicada.

23. De tudo quanto se expôs, somos levados a entender pela **impossibilidade de se igualar** o período de usufruto da Licença à Adotante, previsto no art. 207 da Lei 8.112/90, ao da Licença à Gestante, presente no art. 210 da referida lei, o que significa dizer que, independentemente da situação em que se der a adoção, ao adotante não se poderá conceder a licença à gestante ou mesmo estender a licença à adotante ou paternidade ao período daquela licença.

24. Todavia, por não se esgotar aqui o objeto estudado, passa-se a analisar a **possibilidade de concessão da Licença Adotante** ao servidor do sexo masculino, mesmo diante da taxatividade do legislador quando concede o direito à licença à adotante à “servidora”, deixando reservado ao servidor do gênero masculino tão somente a licença paternidade.

25. Sobre isso, ainda sob a luz do princípio da isonomia, tem-se que a opção legislativa de diferenciação de gênero, no que tange à licença à adotante não mais se sustenta no moderno ordenamento constitucional brasileiro, sobretudo porque não se coaduna com a interpretação preponderante ao caput do art. 226 da Constituição Federal, o qual considera a família como a base da sociedade e, por isso mesmo, lhe confere a

especial e até incondicional proteção do Estado. Assim, é inegável que, modernamente, a Constituição Federal evidência a centralidade da instituição familiar, concedendo pouco ou nenhuma importância à forma como essa é constituída.

26. Deve-se considerar que a legislação aplicável aos servidores públicos federais foi editada no tempo em que vigia o Código Civil Brasileiro de 1916, que reconhecia e conferia proteção apenas à família tradicional, ou seja, aquela oriunda do matrimônio, cujo conceito era marcadamente patriarcal e hierarquizado.

27. No entanto, tais paradigmas, ao longo do tempo, e em consequência à louvável evolução do Direito de Família, foram sofrendo questionamentos, debates e evoluções, até se chegar ao conceito atual de família, hoje alicerçado nos vínculos da afetividade e não mais em formalidades legais.

28. Nesse contexto, inclusive, surgiu a figura das famílias monoparentais, forma de organização familiar completamente amparada pela Constituição Federal no § 4º do artigo 226. Vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

29. Também na legislação infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, introduzido pela Lei nº 8.069 de 1.990, trouxe tal previsão, mais precisamente nos arts. 19 e 25, ao retratar a questão da família natural ou substituta. Citem-se:

Art.19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado educado no seio da família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

30. Ainda marca a evolução do direito de família a Lei nº 12.010 de 2009 que, em seu art. 42, possibilita a adoção por pessoa solteira da seguinte forma:

Art.42. Podem adotar os maiores de 18(dezoito) anos, independentemente do estado civil.

31. Cabível, ainda ressaltar que, em que pese a presente manifestação ter por finalidade o reconhecimento do direito do servidor público federal à Licença Adotante prevista no art. 210 da Lei nº 8.112/90, independentemente do gênero, esta Secretaria de Gestão Pública, como órgão central do SIPEC, imbuída do dever e da necessidade de implementar políticas de melhoria da qualidade e eficiência dos serviços públicos, o que perpassa por reforçar e conferir maior assertividade a institutos legais de caráter meritório, já se manifestou sobre o cabimento da extensão dos benefícios previstos na Lei nº 8.112/90 a servidores que contraírem união homoafetiva, nos termos e manifestações abaixo, cujos excertos relevantes se transcrevem:

Nota Informativa nº 84/2012/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, de 05 de março de 2012:

7. Diante o exposto, haja vista que o assunto foi amplamente debatido, inclusive pela Corte Suprema do País (ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132), decisões essas consideradas exequíveis pelo órgão competente para tanto (Parecer AGU/SGTC/ARL/Nº105/2011), esta Divisão **entende que, neste ponto, caberia à Secretaria de Gestão Pública – SEGEP/MP, no uso de suas atribuições legais, informar aos órgãos e entidades integrantes do Sistema SIPEC sobre o cabimento da extensão dos benefícios previstos na Lei nº 8.112, de 1990, aos companheiros homoafetivos**, cujos direitos retroagem a 11 de janeiro de 2002, data da publicação do Código Civil Brasileiro em vigor, mas somente poderão produzir efeitos, inclusive financeiros, a partir do dia **13 de maio de 2011**, data da publicação da Ata de Julgamento das ADI nº 4.277 em da ADPF nº 132 no Diário Oficial (Ata nº 12/2011 – DOU de 13.5.2011).

8. Frise-se, por derradeiro, que à concessão de pensão previdenciária a companheiros homoafetivos aplica-se as disposições contidas na Orientação Normativa SRH Nº 10, de 5 de novembro de 2010.

Nota Técnica nº 191/2013/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, de 5 de julho de 2013:

7. Preliminarmente, sobre o tema – “ União Homoafetiva” – , cabe a este órgão normatizador ressaltar que diante do ordenamento jurídico brasileiro, a união entre duas pessoas de mesmo sexo unidas pelo afeto, de forma pública, **tem o objetivo de constituir família, passa a exercer os mesmos direitos e obrigações de uma união heteroafetiva.**

8. Desta feita, no intuito de adequar seus entendimentos às decisões da Corte Suprema do País (ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132), que reconheceu as uniões públicas e duradouras entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e concedeu os mesmos direitos e obrigações aos casais homoafetivos já previstos na lei e na Constituição às uniões estáveis entre homem e mulher, esta Secretaria de Gestão Pública – SEGEP se manifestou por intermédio da Nota Técnica nº 84/2012/CGNOR/DENOP/SRH-MP, de 05 de março de 2012.

9. Em que pese o foco da Nota Técnica supra ter sido o direito à pensão, observa-se que a mencionada manifestação teve por intuito uniformizar os entendimentos e esclarecer aos órgãos e entidades do SIPEC acerca da extensão de todos os benefícios previstos na Lei nº 8.112/90, aos companheiros homoafetivos. Vejamos:

8. Diante o exposto, haja vista que o assunto foi amplamente debatido, inclusive pela Corte Suprema do País (ADI nº 4.277 e na DDPF nº 132), decisões essas consideradas exequíveis pelo órgão competente para tanto (Parecer AGU/SGTC/ARL/Nº 105/2011), esta Divisão entende que, neste ponto, caberia à Secretaria de Gestão Pública - SEGEP/MP, no uso de suas atribuições legais, informar aos órgãos e entidades integrantes do Sistema SIPEC sobre **o cabimento da extensão dos benefícios previstos na Lei nº 8.112/90, aos companheiros homoafetivos, cujos direitos retroagem a 11 de janeiro de 2002, data da publicação do Código Civil Brasileiro em vigor, mas somente poderão produzir efeitos, inclusive financeiros, a partir do dia 13 de maio de 2011, data da publicação da Ata de Julgamento das ADI nº4.277 em da ADPF nº 132 no Diário Oficial (Ata nº 12/2011 – DOU de 13.05/2011).**

32. Por todo o exposto e diante do referido posicionamento já adotado por este órgão central, entende-se que a licença à adotante pode ser concedida ao servidor adotante **independentemente de gênero**. Todavia, na hipótese de se tratar de adoção por casal homoafetivo, em que ambos sejam servidores públicos federal, por analogia obrigatória aos casais heterossexuais, entende-se que a referida licença somente pode ser concedida a um dos adotantes, sendo ao outro concedido a Licença Paternidade.

33. Por derradeiro, vencida a questão de mérito, resta analisar os procedimentos a serem seguidos pelo solicitante e administração para a concessão do benefício. Relativamente a isso, faz-se necessário apresentar a diferença entre institutos da guarda provisória e definitiva, socorrendo-se, para tanto, de elucidativo texto que se encontra disponível no site do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id130.htm>). Vejamos:

4. OBJETIVOS DA GUARDA

A guarda destina-se a regularizar a posse de fato da criança ou de adolescente (ECA, art. 33, § 1º, início), mas já como simples situação de fato, mostra-se hábil a gerar vínculo jurídico que só será destruído por decisão judicial, em benefício do menor – criança ou adolescente. Já, judicialmente deferida, a guarda será uma forma de colocação em família substituta, como se fosse uma família natural, de maneira duradoura (ECA, art. 33, § 1º, início), ou será, liminarmente ou incidentalmente, concedida nos procedimentos de tutela ou adoção (ECA, art. 33, § 1º, fim) ou, ainda, atenderá, excepcionalmente e fora dos casos de tutela e adoção, situações peculiares ou suprirá a falta dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de certos atos (ECA, art. 33, § 2º).

5. TIPOS DE GUARDA

Do que consta no Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se classificar a guarda em permanente (duradoura, definitiva) e temporária (ou provisória). **É permanente** (ou duradoura, definitiva) quando o instituto é visto como um fim em si mesmo, ou seja, **o guardião deseja a criança ou adolescente como membro de família substituta e com as obrigações e direitos daí advindos, sem que o menor seja pupilo**

ou filho (ECA, arts. 33, § 1º, início e 34). Nesse sentido, são os regramentos para o Poder Público estimular a guarda de órfão e abandonado (CF, art. 27, § 3º, VI; ECA, art. 34). Deste modo, não envolve a situação jurídica maior, do que assistencial, não gerando direito sucessório, portanto.

Já, é temporária (ou provisória) quando visa a atendimento de situação limitada ou por termo ou por condição, não sendo, assim, um fim em si mesmo (ECA, art. 167). Finda quando se realiza o termo ou condição. Pode ser liminar, para regularizar situação de posse de fato, ou seja, guarda de fato de criança ou de adolescente pura e simples, **com vistas a uma situação jurídica futura**. Ou pode ser incidental, nos procedimentos de tutela e adoção, também para regularizar posse de fato ou com vistas a uma situação jurídica futura. E, ainda, pode ser especial, para atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, com o possível deferimento de direito de representação para a prática de atos determinados. Este tipo tem previsão, ainda, no art. 167, do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando possibilita ao Juiz concedê-la.

A primeira é mais duradoura e se esgota em si mesma, sem que seja decretada para buscar outra situação jurídica, tutela ou adoção, que não quer o guardião nem lhe pode ser imposta. E o interesse do menor, criança ou adolescente, é satisfeito com a colocação dele em família substituta. Já as demais são de menor duração e se exaurem quando se realiza ou se obtém uma situação peculiar ou se procede a um ato determinado.

34. Da leitura do conteúdo acima exposto, depreende-se que a Guarda Provisória é uma etapa do processo de adoção, o que significa dizer que aquele que detém guarda provisória não detém, ainda, o poder familiar, portanto, não poderia ser considerado, **a rigor**, adotante. Nesse sentido, **s.m.j.**, àquele servidor que detém guarda provisória, independentemente do gênero, não poderia ser concedida a licença de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112/90, tampouco a prorrogação concedida pelo Decreto nº 6.690 de 2008, posto que tal instituto não extingue o pátrio poder, ainda exercido pelos pais naturais do adotado.

35. Importante se faz ressaltar que, este Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais exarou entendimento contido na Nota Técnica nº 439/2011/CGNOR/DENOP/SRH/MP, de 27 de outubro de 2011, na qual se abordou a questão da impossibilidade de concessão de benefícios a servidores, com base em termo de guarda. Vejamos:

6. Conforme se pode observar, o auxílio-natalidade é devido quando do nascimento do filho da servidora ou do servidor, quando a genitora não for ocupante de cargo público federal efetivo.

7. No caso posto em análise, o pagamento foi realizado com base em termo de guarda definitiva, situação que foge ao estabelecido na legislação.

36. Em consonância com o entendimento supra, adotado por este órgão central, relevante agregar à presente análise o entendimento ofertado pela Consultoria Jurídica desta

Pasta Ministerial – CONJUR/MP, no bojo do Parecer nº 0655 – 3.33/2014/LFL/CONJUR/MP-CGU/AGU, do qual se transcreve os seguintes excertos:

18. A **guarda** do art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, “a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta lei”.

19. **É possível classificar a guarda em definitiva ou provisória. A guarda definitiva, também denominada guarda permanente ou duradoura, constitui forma de inserção da criança ou adolescente, eventualmente afastada dos pais ou responsáveis, no sei de um convívio familiar, sem que o menor de idade passe, contudo, à condição de filho do guardião. A guarda provisória ou temporária, por sua vez, consiste na guarda concedida para atender a situação limitada por termo ou condição, sem que se altere, igualmente, a filiação, como por exemplo a guarda federal liminar ou incidentalmente nos procedimentos de tutela ou adoção. (negritei)**

20. A tutela é instituto que se presta à proteção das crianças e adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar (art. 1.734 do Código Civil de 2002). Implica necessariamente, nos termos do art. 36, parágrafo único, do ECA, o dever de guarda, mas constitui poder mais limitado que o poder familiar exercido pelos pais.

21. **A guarda, definitiva ou provisória, e a tutela, têm em comum a possibilidade de sua revogação judicial e o fato de que não acarretam qualquer alteração na filiação ou no registro civil da criança ou adolescente, no que se distinguem da adoção, irrevogável, e geradora de um vínculo de filiação, ainda que jurídico e não biológico(...).**

37. Depreende-se do todo o exposto que, a conclusão do processo de adoção se dá com a lavratura de sentença judicial emitida por Vara Especializada da Infância e da Juventude, por intermédio da qual é destituído o poder familiar dos pais biológicos e concedido ao adotante, momento no qual será emitida nova certidão de nascimento em que constará o nome do adotante da criança/adolescente e do (s) pai (s), bem como fará surgir o direito à Licença à Adotante e à Licença Paternidade, conforme o caso.

CONCLUSÃO

38. Desta forma, em interpretação aos institutos aqui apresentados, à luz da Constituição Federal, e em adoção à linha interpretativa que já vem aplicando nos últimos anos, construída, inclusive, conjuntamente com o órgão de assessoramento jurídico deste Ministério – CONJUR/MP, entende este órgão central do SIPEC que o atual conceito de família afasta a **distinção de gêneros onde não houver justificativa para a diferenciação**, sobretudo quando envolva direitos fundamentais.

39. Desta forma, esta Secretaria de Gestão Pública na qualidade de órgão central do SIPEC, firma entendimento no seguinte sentido:

a) Pela **impossibilidade** de se igualar o período de usufruto da Licença à Adotante ao da Licença à Gestante, em respeito ao princípio da isonomia.

b) Pela extensão do benefício da Licença à Adotante, elencado no art. 210 da Lei nº 8.112/90, a servidores públicos federais, **independentemente de gênero**.

c) Nos casos de adoção por casal homoafetivo, em que ambos sejam servidores públicos federais:

c.1) **A licença à adotante será concedida somente a um dos adotantes, sendo ao outro concedida a Licença Paternidade nos termos do art. 208 da Lei nº 8.112/90**, por analogia obrigatória aos casais heterossexuais; e

c.2) Necessidade de o adotante que requerer a licença à adotante firme declaração de que companheiro não solicitou o mesmo benefício, com vistas a evitar concessões em duplicidade³.

d) No caso de adoção realizada por casais heterossexuais, em que ambos sejam servidores públicos federais, a Licença à Adotante será concedida preferencialmente à servidora, já que na hipótese de concessão ao homem, à mulher não poderá ser concedida a licença paternidade. Nesta mesma hipótese, se a licença à adotante for pleiteada pelo homem, deverá ser firmada a mesma declaração a que se refere o item “c.2”.

e) É expressamente vedada a concessão da Licença Adotante de forma fracionada entre os adotantes; e

f) Somente poderá **ser concedida** a Licença à Adotante e à Paternidade, conforme o caso, na hipótese de adoção, mediante a apresentação de **Sentença Judicial emitida por Vara Especializada da Infância e da Juventude, que destitua o poder familiar dos pais biológicos da criança concedendo-a ao adotante, ou certidão de nascimento dos infantes na qual conste como pai(s) o nome do servidor (es)**.

³ A concessão de licença à adotante em duplicidade não encontra respaldo legal e enseja responsabilização administrativa e civil de quem der causa.

40. Por todo o exposto, submetem-se os termos técnicos deste expediente às autoridades superiores e sugere-se, se aprovados, o envio desta manifestação à Coordenação-Geral de Elaboração, Consolidação e Sistematização das Normas – CGECS/DENOP, para propositura das correspondentes alterações a Lei nº 8.112, de 1990, com cópia ao Departamento de Gestão de Pessoal Civil e Carreiras Transversais – DEGEP/DENOP, para as devidas adequações sistêmicas necessárias à efetivação de tal direito.

À deliberação da Sra. Coordenadora-Geral.

Brasília, 03 de outubro de 2014.

EDILCE JANE LIMA CASSIANO
Técnica da DIPVS

TEOMAIR CORREIA DE OLIVEIRA
Chefe da DIPVS

De acordo. À concordância do Senhor Diretor de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal.

Brasília, 03 de outubro de 2014.

ANA CRISTINA SÁ TELES D'ÁVILA
Coordenadora-Geral de Aplicação das Normas

De acordo. À aprovação da Senhora Secretária de Gestão Pública.

Brasília, 03 de outubro de 2014.

ROGÉRIO XAVIER ROCHA
Diretor do Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal

Aprovo. Encaminhe-se a presente manifestação à CGECC/DENOP, com cópia ao DEGEP/SEGEP, para as devidas adequações sistêmicas no sistema SIAPE que se fizerem necessárias e, por ser a matéria analisada de grande interesse e relevância ao SIPEC, a divulgação desta Nota Técnica nos meios eletrônicos, inclusive de comunicação social, disponíveis nesta SEGEP para amplo conhecimento dos órgãos Sistema e da sociedade.

Brasília, 06 de outubro de 2014.

ANA LÚCIA AMORIM BRITO
Secretária de Gestão Pública