

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Parecer nº 01/2010-DMAY

Ref.: Processo administrativo nº E-14/023099/2010

LICENÇA MATERNIDADE POR ADOÇÃO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO INDEPENDENTEMENTE DO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI ESTADUAL N. 3609/2001. EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS AINDA QUE PROGRAMÁTICAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ISONOMIA. PRIORIDADE ABSOLUTA DO ESTADO EM ASSEGURAR À CRIANÇA, AO ADOLESCENTE E AO JOVEM, DIGNIDADE, SAÚDE E CONVIVÊNCIA FAMILIAR (ART. 227, CRFB).

Exma. Sra. Procuradora-Geral;

I – A CONSULTA

01. Trata-se de consulta formulada pela Subsecretaria Jurídica e de Corregedoria da Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil, às fls. 19/23 desse processo administrativo, em que se pretende opinião sobre a concessão de licença maternidade por adoção de criança à servidora pública estadual, nos termos da Lei Estadual n. 3.693/2001, considerando a existência do parecer n. 06/2001 – LFRS/04 o qual concluiu pela inconstitucionalidade formal da referida lei.

02. A Assessoria Jurídica da SESDEC, por meio do parecer SESDEC-SJC nº 1.195/2010, opinou pela concessão da licença em razão o princípio de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

27
2

constitucionalidade das leis, considerando “(i) a inexistência de decisão que declare a inconstitucionalidade em medida judicial com escopo de afastar a aplicabilidade da referida lei estadual; (ii) a ausência de manifestação do Chefe do Poder Executivo estadual para negar-lhe eficácia na respectiva Administração Pública”.

03. Tendo em vista a existência de parecer de origem da Procuradoria de Pessoal (PG-04) opinando pela inconstitucionalidade da supracitada lei estadual, a qual instituiu a licença maternidade para a mãe adotante, este processo administrativo foi encaminhado à PG-04 para elaboração de parecer.

04. Este é o breve relatório. Passo a opinar.

II – A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI ESTADUAL 3.693/2001 NÃO IMPEDE A CONCESSÃO DA LICENÇA MATERNIDADE À MÃE ADOTANTE – EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS – OBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 5º; 7º, XVIII; 39, § 3º; 226; 227, CAPUT E § 6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

05. Conforme esclarecido às fls.19/23, o parecer nº 06/2001 – LFRS/PG-4, da lavra do i. Procurador Luis Fernandes Rodrigues dos Santos, com visto do i. Procurador Geral à época, o i. Procurador Francesco Conte, concluiu pela inconstitucionalidade do então Projeto de Lei n. 2.180/2001, nos seguintes termos:

“Afigura-se, destarte, lamentavelmente inconstitucional o Projeto de Lei nº 2.180/2001, porquanto incursão naquelas matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, constante do art. 61, § 1º, II, ‘c’ da Carta Magna c/c art. 112, § 1º, II ‘b’ da Carta Estadual, restando, outrossim, ao Exmo. Sr. Governador do Estado, s.m.j. a incumbência de vetar tal dispositivo, posto que em desacordo co as normas insertas nos diplomas constitucionais acima referidos”

06. Mesmo com a orientação para o veto, o projeto foi sancionado, entrando



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

em vigor a Lei Estadual n. 3.693/2001.

07. Ainda que particularmente discorde da opinião exarada no parecer de fls. 19/23, pois penso que, pelo princípio de supremacia da Constituição o Poder Executivo deve negar aplicação à lei manifestamente inconstitucional, penso que a licença maternidade por adoção deve ser concedida nos mesmos moldes da licença maternidade conferida às mães biológicas.

08. Isto porque, uma vez regulamentada a licença maternidade – que é um direito constitucionalmente assegurado, nos termos do artigo 7, XVIII da CRFB – não há porque distinguir a licença que beneficia o filho biológico da que beneficiaria o filho adotivo.

09. Ao contrário do que possa parecer, a licença maternidade tem como objetivo principal a proteção da criança, em um momento de criação de laços afetivos com a mãe e família, e não apenas para a recuperação fisiológica da mãe (caso fosse este o objetivo não seriam necessários 120 dias, tampouco ampliação da licença para amamentação).

10. Se a licença é direito da mãe biológica, com mais propriedade deve ser da mãe adotiva, que certamente terá maiores dificuldades na adaptação da nova família.

11. Importante que se esclareça que nos termos do artigo 226 da CRFB, a família é a base da sociedade e deve ter especial proteção do Estado. Ademais, é na Constituição que encontramos vedação expressa à discriminação dos filhos biológicos dos adotivos. Confira-se o disposto no artigo 227, da CRFB:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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. (grifei)

§ 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. (grifei)

12. Entendo que a norma constitucional que garante igualdade entre filhos por adoção e filhos biológicos, não depende de complementação normativa. Assim, a ausência de norma específica concessiva de licença maternidade à mãe adotante no âmbito dos servidores públicos estaduais (considerando a inconstitucionalidade da Lei Estadual n.º 3693/01), não pode justificar tratamento diferenciado daquele concedido às servidoras que são mães biológicas.

13. Neste sentido, confira-se o entendimento do E. TST, esboçado no julgamento dos Embargos de Divergência n.º, 232/2000-007-15-00.9, da lavra do Ministro João Batista Brito Pereira, *in verbis*:

“O já citado art. 227 da Constituição da República, insere-se no âmbito da Ordem Social, de sorte que a ordem jurídica constitucional ao tempo em que proíbe qualquer designação discriminatória atenta à filiação, assegura isonomia de tratamento entre os filhos biológicos e adotivos, isonomia que alcança a família e, em particular, a mãe a quem deve ser garantidos os mesmos direitos, seja mãe biológica, seja adotante.

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

A família, neste aspecto, é objeto de proteção social, a salvo de qualquer critério de discriminação. A empregada que adota uma criança, é mãe sem qualquer distinção comparativa a outra forma de maternidade, merecendo tratamento isonômico, por ser medida que atende ao princípio da dignidade humana (...).”

14. Ainda que se entenda que a norma do artigo 227 da CRFB teria caráter programático, não se pode afastar por completo a sua efetividade. Conforme esclarece o brilhante Procurador do Estado Luís Roberto Barroso¹, os efeitos imediatos das normas programáticas são: *"a) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; b) carreiam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis."* Quanto ao ângulo subjetivo, as normas programáticas conferem ao jurisdicionado direito a: *"a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos."*

15. Desta forma, ainda que não se considere a norma do artigo 227 da CRFB autoaplicável, não há dúvidas que ela torna qualquer discriminação entre filhos (e mães) adotivos (as) e biológicos (as) inconstitucional e que orienta interpretações da legislação infraconstitucional de modo a ampliar a proteção da família.

16. Sendo assim, mesmo que se considere inconstitucional a Lei Estadual nº. 3693/01, ao se tornar “mãe”, seja biológica, seja adotiva, as servidoras públicas estaduais têm direito a licença maternidade, de forma idêntica, de modo a preservar o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da proteção à família e da

¹ Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro, Renovar, 2ª edição, 1993



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

criança e adolescente.

III - CONCLUSÃO

17. Considerando o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana; Considerando que é prioridade do Estado a proteção à família, à criança e ao adolescente; considerando a efetividade das normas constitucionais; considerando a existência de lei que concede licença maternidade às mães biológicas e a inconstitucionalidade de se fazer distinção entre os filhos biológicos e adotivos; entendo que deva ser concedida a licença maternidade às servidoras mães adotivas nos mesmos moldes das licenças concedidas às servidoras mães biológicas, independentemente da existência de lei específica regulamentando a licença para as mães adotivas.

18. É o parecer, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2010.

DÉBORA MAY

PROCURADORA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DE PESSOAL

P.A. nº E-14/23099/2010

Estou **PARCIALMENTE DE ACORDO** com o Parecer nº 01/2010-DMAY, da lavra da ilustre Procuradora do Estado DÉBORA EUGÊNIA MAY, que conclui ser auto-aplicável o art.7º, XVIII da Constituição da República, de modo a deferir o pedido de licença-maternidade em virtude de adoção realizada por servidora estadual.

Neste sentido, endosso a divergência explicitada pela douta parecerista no que diz respeito aos fundamentos do parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria de Saúde, que entendia cabível a concessão do benefício por conta da presunção de constitucionalidade da Lei Estadual nº 3.693, de 26/10/2001. Com efeito, já consignado por esta Procuradoria Geral o entendimento de que o diploma legal padece de inconstitucionalidade formal, não pode ser chancelado opinamento em sentido contrário sem que tenha havido modificação na linha hermenêutica adotada por este Órgão Central do Sistema Jurídico.

Também concordo com a premissa adotada pelo mencionado Parecer nº 01/2010-DMAY relativamente ao propósito da licença-maternidade, que não se restringe a tutelar a recuperação fisiológica da mãe, mas também a adaptação da criança ao ambiente familiar.

32
P

P



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DE PESSOAL

Justamente na esteira de tal raciocínio é que expresso a única e pontual ressalva às conclusões do parecer em comento, pois, em que pese ratificar a auto-aplicabilidade do já mencionado dispositivo constitucional, parece-me que, em relação às mães adotivas, o mesmo comando pode ser considerado, nos termos da classificação consagrada por JOSÉ AFONSO DA SILVA, como sendo de *eficácia contida*, já que o legislador estadual pode restringir o alcance do benefício, já que a recuperação fisiológica da mãe adotiva, por óbvio, pode demandar tempo menor do que aquela que passou pela gestação e o parto.

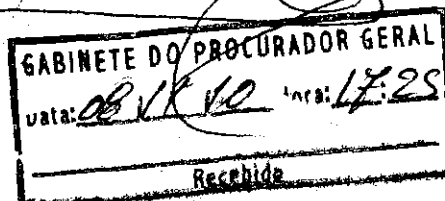
Do mesmo modo, a idade da criança – ou até mesmo adolescente – adotada também pode justificar uma redução do prazo de licença-maternidade em virtude de adoção, na medida em que a autonomia de tal criança ou adolescente aumenta conforme a idade.

Ante o exposto, chancelo a opinião que entende auto-aplicável o art.7º, XVIII da Constituição da República, impondo-se o deferimento do pedido da servidora, mas ressalvada a possibilidade do legislador estadual, *por iniciativa privativa do Chefe do Executivo*, restringir a extensão do benefício consoante as diversas variáveis fáticas que giram em torno de cada processo de adoção.

À douta PG-2, submetendo o presente entendimento ao superior crivo da Exma.Procuradora-Geral do Estado.

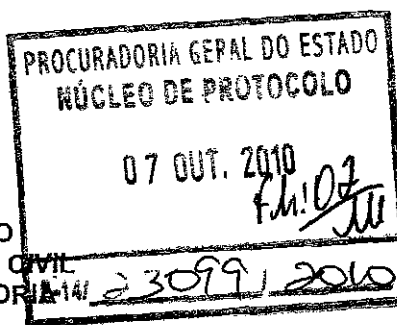
Rio de Janeiro, 7 de novembro de 2010.


FERNANDO BARBALHO MARTINS
Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal





GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE E DEFESA CIVIL
SUBSECRETARIA JURÍDICA E DE CORREGEDORIA
ASSESSORIA JURÍDICA



Ofício SESDEC/ SJC/AJ nº 210/2010 Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2010.

Ilmo. Dr.
FLÁVIO AMARAL GARCIA
Procurador-Chefe
Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico
Procuradoria Geral do Estado

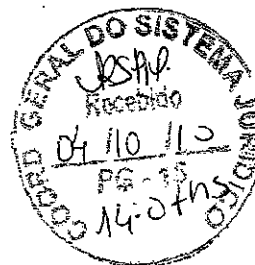
Rua Dom Manuel, 25 – Centro – Rio de Janeiro – RJ

Ilmo. Senhor Procurador-Chefe,

Com atenciosos cumprimentos venho através do presente encaminhar copia do Processo Administrativo E-08/600831/2010 e bem como copia do Parecer SESDEC-SJC-AJ nº 1195/2010, que trata de licença maternidade por adoção de criança, para ciência e visto deste Ilmo. Procurador.

Atenciosamente,

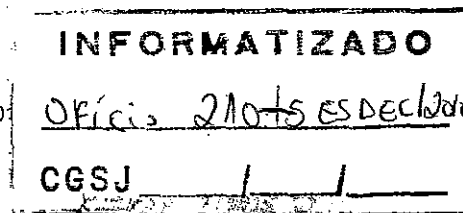
RICARDO LEVY SADICOFF
Procurador do Estado - Matr.: 899.423-8
Assessor-Chefe / Assessoria Jurídica
Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil-RJ



Lenine Ribeiro de Souza
Assessor - Matr.: 924037-5
Subsecretaria Jurídica e de Corregedoria
SESDEC-RJ



ASSESSORIA JURÍDICA
Av. Graça Aranha, nº 182 – 6º andar – Castelo – Rio de Janeiro / RJ – Brasil – CEP: 20.030-001
Tel.: 55 (21) 2333-3868 | Fax: 55 (21) 2333-3702
www.saude.rj.gov.br / e-mail: ajuridic@saude.rj.gov.br





PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Processo n.º E- 14/23099/2010

Data: 07/10/2010

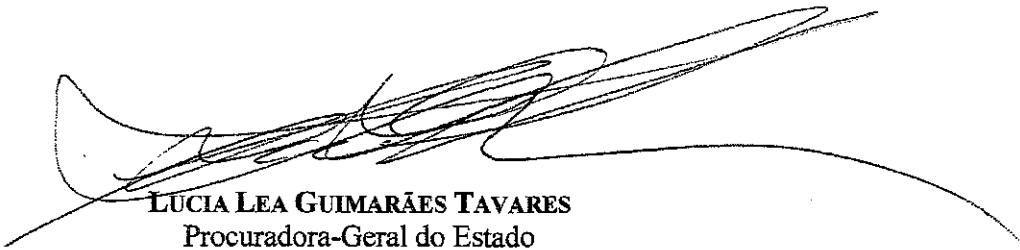
Fls.:34

VISTO

APROVO o parecer n.º 01/2010-DMAY, da lavra da Procuradora do Estado DÉBORA EUGÊNIA MAY, com as ressalvas feitas pelo i. Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal, FERNANDO BARBALHO MARTINS, fixando o entendimento desta Procuradoria-Geral no sentido da auto-aplicabilidade do art. 7.º, XVIII, da Constituição da República, impondo-se o deferimento do pedido da servidora, mas ressalvada a possibilidade do legislador estadual, por iniciativa privativa do Chefe do Executivo, definir a extensão do benefício consoante as diversas variáveis fáticas que giram em torno de cada processo de adoção.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, com vistas à Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil.

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2010.



LÚCIA LEA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado