



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA DEFESA
CGDAM - COORDENAÇÃO-GERAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO E MILITAR

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO Q, SALA 733, CEP: 70049-900, BRASÍLIA-DF TELEFONE: 61-3312-4123. EMAIL: CONJUR@DEFESA.GOV.BR

PARECER n. 00154/2021/CONJUR-MD/CGU/AGU

NUP: 67107.025378/2019-17

INTERESSADOS: COMANDO GERAL DO PESSOAL - COMGEP

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

EMENTA: GUARDA PROVISÓRIA PARA FINS DE ADOÇÃO. LICENÇA-MATERNIDADE. LICENÇA-PATERNIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. ARTS. 3º E 6º DA LEI Nº 13.109/2015. AUXÍLIO-NATALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. ART. 33, § 3º DO ECA. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇA. .

I - Para os militares há expressa determinação legal para o deferimento de licença maternidade e licença paternidade para aqueles que obtiveram a guarda judicial de criança para fins de adoção, conforme se observa pelos arts. 3º e 6º da Lei nº 13.109, de 25 de março de 2015, que dispõe sobre a licença à gestante e à adotante, as medidas de proteção à maternidade para militares grávidas e a licença-paternidade, no âmbito das Forças Armadas.

II - O art. 33, § 3º do ECA, ao considerar que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, legitima o deferimento do auxílio-natalidade nos casos de conferência de guarda para fins de adoção.

III - A conferência desses direitos àqueles que obtiveram a guarda para fins de adoção de uma criança ou de um adolescente nos mesmos patamares monetários e temporais àqueles que obtiveram a adoção ou a filiação biológica é medida que vai ao encontro aos princípios constitucionais da igualdade e da proteção integral à criança e ao adolescente bem como se coaduna com o entendimento sobre o tema do STF, exarado nos autos do do RE-RG nº 778.889/PE.

IV - A tese jurídica uniformizada é a seguinte: **são devidos o auxílio-natalidade e as licenças maternidade e paternidade aos militares que obtiverem a guarda judicial para fins de adoção nos mesmos patamares monetários e temporais dos auxílio-natalidade licenças maternidade e paternidade conferidos aos pais biológicos e adotivos.**

1. DO CASO DOS AUTOS

1. Por meio do 4º Despacho nº 373/AJU/34235, de 27 de julho de 2020 (Seq. 01), o Comando-Geral de Pessoal (COMGEP) encaminhou à Consultoria Jurídica-Adjunta da Aeronáutica, consulta do GAP-GL sobre "*a possibilidade legal de concessão imediata do auxílio-natalidade e das licenças maternidade/paternidade, nos casos de adoção, por ocasião da aquisição da guarda provisória*".

2. Assim, a COJAER elaborou o Parecer nº 00477/2020/COJAER/CGU/AGU (Seq. 03), que restou assim ementado:

DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR. PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. AUXÍLIO-NATALIDADE. LICENÇA MATERNIDADE. ADOÇÃO. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL É DEVIDO.

I - A concessão judicial de guarda provisória para fins de adoção é documento apto a gerar a concessão do benefício, ao passo que promove a inclusão da criança ou do adolescente no seio familiar, em prestígio aos princípios da maior efetividade das normas constitucionais, da dignidade da pessoa humana, da absoluta prioridade e da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente (artigo 227, caput e §7º da CF/88, artigos 2º, inciso I, "f", 3º, inciso XIV, II, inciso V, e Tabela IV da Medida Provisória nº 2215-10, de

31 de agosto de 2001, e do artigo 77 do Decreto nº 4307, de 18 de julho de 2002, artigos 19-A, §§ 6º e 7º, 33, caput e §3º, 34, 35, 167 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - ECA).

II - A partir de uma interpretação literal do ato normativo, sem perder de vistas o comando constitucional, em especial o contido no artigo 227, §6º da CF/88, e os princípios da máxima efetividade da norma constitucional, da absoluta prioridade e da proteção integral ao menor (artigo 227, caput da CF/88), verifica-se que a licença maternidade/paternidade deverá ser concedida quando da obtenção de guarda judicial para fins de adoção, conforme artigos 3º e 6º da Lei nº 13.109, de 25 de março de 2015, com a redação dada pela Lei nº 13.716, de 24 de setembro de 2018.

3. Ao final, o aludido parecer, considerando que a presente manifestação jurídica poderia ter impacto no âmbito dos Comandos da Marinha e do Exército, recomendou seu encaminhamento à Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa (CONJUR-MD) para ciência e, se entendesse conveniente e oportuno, que fosse promovida a uniformização de entendimentos jurídicos.

4. Assim, esses autos foram encaminhados a essa Coordenação-Geral de Direito Administrativo e Militar da CONJUR-MD.

5. Tendo em vista que o assunto é comum às três Forças e diante da necessidade de uniformização de entendimentos sobre a questão, foi solicitado, por meio da Cota nº 00592/2020/CONJUR-MD/CGU/AGU (Seq.06) que fossem abertas tarefas para as Consultoria Jurídica-Adjunta da Marinha e Consultoria Jurídica-Adjunta do Exército, bem como para a SEPESD desse Ministério da Defesa para que expusessem seu entendimento jurídico sobre o tema, apresentando subsídios necessários aos trabalhos de uniformização.

6. Em atendimento a essa solicitação, a Consultoria Jurídica-Adjunta do Exército apresentou o Parecer nº 01249/2020/CONJUR-EB/CGU/AGU (Seq.08), que restou assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO MILITAR. ASSISTÊNCIA SOCIAL. AUXÍLIO-NATALIDADE. LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE. GUARDA PROVISÓRIA EM PROCESSO DE ADOÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO IMEDIATA DOS BENEFÍCIOS

I - A Constituição Federal equiparou os filhos adotados aos naturais, proibindo qualquer tipo de discriminação, ao dispor que "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação." (Art. 227, § 6º, da CF).

II - Considerando que a absoluta prioridade do menor compreende a destinação de recursos públicos, a formulação e execução das políticas sociais públicas, o atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública e o recebimento de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias (art. 4º do ECA), a interpretação que melhor se alinha à finalidade insculpida na CRFB é a de que deve ser garantido a todos os militares adotantes o recebimento do auxílio-natalidade a partir da concessão da guarda provisória.

III - Nos termos dos arts. 3º e 6º da Lei nº 13.109/2015, as licenças maternidade e paternidade deverão ser concedidas por ocasião da aquisição da guarda provisória para fins de adoção.

7. Por fim, a Consultoria Jurídica-Adjunta da Marinha apresentou o Parecer nº 00002/2021/CJACM/CGU/AGU (seq. 19), que possui a seguinte ementa:

UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO. ADOÇÃO. GUARDA PROVISÓRIA. LICENÇA À ADOTANTE. LICENÇA-PATERNIDADE. AUXÍLIO-NATALIDADE. MILITAR.

Referências: Lei 8.069, de 1990. Lei 8.112, de 1990. Lei 10.406, de 2002. Lei 13.109, de 2015. Medida Provisória 2215-10, de 2001. Decreto 4.307, de 2002. Resolução 02, de 2008, do CNJ.

8. O entendimento da COJAMAR pode ser vislumbrado no parágrafo 20 do aludido parecer, que assim consignou:

Desta forma, entendo, com a devida vênia e salvo melhor juízo, que a licença remunerada para a militar ou para o militar podem ser concedidas por ocasião do deferimento da guarda judicial para fins de adoção, seja ela provisória ou "definitiva".

9. Apesar de reiterados pedidos de manifestação, a SEPESD restou silente sobre o assunto.

10. Dessa forma, uma vez colhidos os posicionamentos das Consultorias Jurídicas-Adjuntas, os autos administrativos retornaram a esta Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União junto ao Ministério da Defesa para a emissão de parecer uniformizador de tese.

11. Esse é o breve relato do caso desses autos administrativos.

2. DOS FUNDAMENTOS

2.1 Considerações Iniciais

12. De início, destaca-se que o exame desta Consultoria Jurídica é feito nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993 e com base nos elementos dos autos, subtraindo-se do âmbito da competência institucional deste órgão, delimitada em lei, análises que importem em considerações de ordem técnica e de âmbito discricionário do administrador público.

13. Conforme supramencionado, a presente uniformização de tese tem por objeto definir sobre a possibilidade, ou impossibilidade legal de concessão imediata do auxílio-natalidade e das licenças maternidade/paternidade, nos casos de guarda provisória para fins de adoção.

14. Da leitura dos pareceres das Consultorias Jurídicas-Adjuntas da Marinha, do Exército e da Aeronáutica pode se observar que estamos diante de entendimento unânime no sentido de ser possível a concessão do auxílio-natalidade e das licenças maternidade e paternidade, nos casos de guarda provisória para fins de adoção, entendimento esse o qual essa Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União junto ao Ministério da Defesa também se coaduna, conforme passamos a demonstrar.

15. Para a melhor compreensão do tema, iremos dividir esse parecer em quatro subtópicos. Inicialmente iremos tecer comentários sobre os direitos relativos à licença maternidade, à licença paternidade e sobre o auxílio natalidade. Um segundo subtópico irá discorrer sobre o dever de equivalência entre os direitos da maternidade e paternidade e adoção também para os militares. Um terceiro subtópico irá discorrer sobre a equivalência dos direitos a serem conferidos quando uma pessoa ou um casal recebem a guarda de uma criança para fins de adoção e aqueles que adotam uma criança ou têm filhos biológicos. E um último subtópico que aventará as consequências práticas de uma decisão administrativa que não concedesse o auxílio-natalidade e as licenças maternidade e paternidade aos militares que obtiverem judicialmente a guarda judicial para fins de adoção.

2.2 Licença-maternidade, licença-paternidade e auxílio natalidade

16. A Constituição Federal de 1988 garante às mulheres que tiverem filho uma licença remunerada, denominada licença-maternidade ou licença à gestante, para que possam durante um tempo se dedicar exclusivamente à criança. Também a Carta Magna estabelece o direito à licença-paternidade ao homem que tiver filho.

17. Referidas licenças estão previstas no artigo 7º, incisos XVIII e XIX, da CF/88, assim dispondo sobre essas licenças nos seguintes termos:

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;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

18. A Constituição da República também garante, expressamente, às servidoras e servidores públicos o aludido benefício, consoante disposto no artigo 39, §3º:

Art. 39.

(...)

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

19. Os temas licença-maternidade e paternidade para os militares também são tratados pela Lei nº 13.109/15 e pela Portaria Normativa nº 520/MD, de 17 de abril de 2009, que assim dispõem respectivamente:

Lei nº 13.109/2015

Art. 1º Será concedida licença à gestante, no âmbito das Forças Armadas, conforme o previsto no inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal, para as militares, inclusive as temporárias, que ficarem grávidas durante a prestação do Serviço Militar.

§ 1º A licença será de 120 (cento e vinte) dias e terá início ex officio na data do parto ou durante o 9º (nono) mês de gestação, mediante requerimento da interessada, salvo em casos de antecipação por prescrição médica.

§ 2º A licença à gestante poderá ser prorrogada por 60 (sessenta) dias, nos termos do programa instituído pelo Poder Executivo federal.

§ 3º No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto.

§ 4º No caso de natimorto, decorridos 30 (trinta) dias do parto, a militar será submetida a inspeção de saúde e, se julgada apta, reassumirá o exercício de suas funções.

§ 5º No caso de aborto, atestado pela Junta de Inspeção de Saúde das Forças Armadas, a militar terá direito a 30 (trinta) dias de licença para tratamento de saúde própria.

(...)

Art. 3º À militar que adotar ou obtiver a guarda judicial de criança de até 1 (um) ano de idade serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Art. 6º Pelo nascimento de filho, adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção, o militar terá licença-paternidade de 20 (vinte) dias consecutivos, vedada a prorrogação. (redação dada pela Lei nº 13.717/2018)

Portaria Normativa MD nº 520, de 17-04-2009

Art. 1º O Programa de Prorrogação de Licença à Gestante e à Adotante criado pelo Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008, é aplicado às militares das Forças Armadas.

Art. 2º A Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante será garantida às militares que requeiram o benefício até o final do primeiro mês após o parto e terá duração de sessenta dias.

§ 1º A prorrogação a que se refere o caput iniciar-se-á no dia subsequente ao término da vigência da licença à gestante e à adotante.

§ 2º O benefício mencionado no caput será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança na seguinte proporção:

I - quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade; e

II - quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.

§ 3º Para os fins do disposto no § 2º, considera-se criança a pessoa de até 12 anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

20. O auxílio-natalidade é um benefício devido à servidora efetiva - ou ao pai servidor quando a mãe não for servidora pública - por motivo de nascimento do filho, em quantia equivalente ao menor vencimento do serviço público.

21. Para os militares esse benefício está previsto expressamente nos artigos 2º, inciso I, "f", 3º, inciso XIV, 11, inciso V, e Tabela IV da Medida Provisória nº 2215-10, de 31 de agosto de 2001, e do artigo 77 do Decreto nº 4307, de 18 de julho de 2002:

Medida Provisória nº 2215-10, de 31 de agosto de 2001

Art. 2º Além da remuneração prevista no art. 1º desta Medida Provisória, os militares têm os seguintes direitos remuneratórios:

I - observadas as definições do art. 3º desta Medida Provisória:

(...)

f) auxílio-natalidade;

Art. 3º Para os efeitos desta Medida Provisória, entende-se como:

(...)

XIV - auxílio-natalidade - direito pecuniário devido ao militar por motivo de nascimento de filho, conforme regulamentação;

Art. 11. Além dos direitos previstos no art. 10, o militar na inatividade remunerada faz jus a:

(...)

V - auxílio-natalidade; e

TABELA IV – AUXÍLIO-NATALIDADE

SITUAÇÃO	VALOR REPRESENTATIVO	FUNDAMENTO
a) Nascimento de filho do militar da ativa ou da inatividade remunerada.	Uma vez o soldo do posto ou graduação.	Art. 2º e art. 3º, inciso XIV.
b) Nascimento de filhos, em parto múltiplo, do militar da ativa ou da inatividade remunerada.	Uma vez o soldo do posto ou graduação, acrescido de cinquenta por cento por recém-nascido.	

22. Diversamente do que ocorre com os servidores civis, para o militar o auxílio-natalidade é direito pecuniário correspondente a uma vez o soldo do posto ou graduação devido ao militar por motivo de nascimento do filho.

23. Nesse sentido é a redação do art. 77, do Decreto nº 4307, de 18 de julho de 2002. *Ex vi:*

Decreto nº 4307, de 18 de julho de 2002

Seção VII

Do Auxílio-natalidade

Art. 77. O auxílio-natalidade é direito pecuniário correspondente a uma vez o soldo do posto ou graduação devido ao militar por motivo de nascimento do filho.

§ 1º Na hipótese de ambos os genitores serem militares, o auxílio-natalidade será pago apenas à parturiente, com base no soldo daquele que possuir a maior remuneração ou provento.

§ 2º Na hipótese de um dos genitores ser servidor público, o pagamento será feito na forma do §1º deste artigo, por renúncia expressa do outro genitor ao mesmo benefício, nos termos da legislação específica.

§ 3º Na hipótese de parto múltiplo, o auxílio-natalidade será acrescido de cinquenta por cento por recém-nascido.

§ 4º O militar, pai ou mãe do natimorto, faz jus ao auxílio-natalidade e ao auxílio-funeral, cujos pagamentos serão feitos mediante apresentação do atestado de óbito. (grifos inexistentes no original)

24. Umavez estabelecida a regulamentação normativa dos direitos à licença-maternidade, licença-paternidade e auxílio natalidade, faz-se necessário consignar sobre a equiparação de direitos quando a pessoa ou o casal adota uma criança. É o que passamos a fazer no subtópico seguinte.

2.3 Da equiparação das licenças maternidade e paternidade na adoção

25. Em relação ao tema, de se pontuar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, com Repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/90 e fixou a tese de que "os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada". A ementa está assim redigida:

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

1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.
2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.
3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.
4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas.
5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.
6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008.
7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, afim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante.
8. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada. (grifos inexistentes no original)

26. No citado julgamento, o STF faz uma abordagem profunda sobre a evolução dos direitos da criança, biológica e adotiva, que apesar de sua sapiência, não cabe aqui reproduzir. Todavia, pela importância para o caso em questão, extrai-se do julgamento o trecho no qual o STF consolida o entendimento de que o texto do artigo 7º, XVIII, da CF/88, ao se valer da expressão licença gestante, assegurou o benefício tanto para a mãe gestante quanto para a mãe adotante, sem diferenciar entre filhos biológicos e adotivos, razão pela qual são inválidas as normas infraconstitucionais que disponham em contrário:

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

VI.3. A AUTONOMIA DA MULHER

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

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

(...)

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

61. Assim, também com base nessas considerações, a única interpretação passível de compatibilizar o referido art. 7º, XVIII com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres é aquele que reconhece que o seu comando, em verdade, pretendeu alcançar toda e qualquer licença maternidade. Por idênticos fundamentos, são nulas as normas que diferenciaram entre as licenças aplicáveis a filhos biológicos e filhos adotivos e entre filhos adotivos de diferentes idades. (grifos inexistentes no original)

27. Com base na tese que restou fixada no citado Recurso Extraordinário e em consideração ao que estabelece o Decreto nº 2.346/1997, a Consultoria-Geral da União, nos autos do processo nº 00400.002244/2016-90, elaborou o Parecer nº 003/2016/CGU/AGU, concluindo que a Administração Pública Federal deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, em que declarou a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei n. 8.112/1990:

III. CONCLUSÃO

Estas são as razões pelas quais se conclui que a Administração Pública Federal deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 778.889/PE, Relator Ministro Roberto Barroso, declarou a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei n. 8.112/1990, fixando a tese de que:

'Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada.'

Em caso de acolhimento das presentes conclusões, este parecer poderá ser submetido à aprovação do Presidente da República, e uma vez publicado juntamente com o despacho presidencial, deverá vincular a Administração Pública Federal, cujos órgãos e entidades ficarão obrigados a lhe dar fiel cumprimento (artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73/1993), a partir da data dessa publicação.

28. O suprarreferido Parecer foi aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União, Seção 1, em 13 de dezembro de 2016, adquirindo, desta forma, caráter normativo e vinculando todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento, nos termos do que dispõe os arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73/93.

29. De se considerar que o aludido Parecer Vinculante abarca todos os servidores públicos civis, eis que foi declarado inconstitucional o artigo 210 da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. No entanto, como o referido Parecer faz menção apenas à inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/90, que é o estatuto dos servidores públicos civis, surgiu a dúvida quanto à sua vinculação aos militares, tendo em vista que possuem legislação própria, consoante acima citado, o que já foi sanado por esse Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa entendendo que os termos do Parecer nº 003/2016/CGU/AGU também deveriam ser estendidos às militares.

30. A questão foi analisada por meio do Parecer nº 00391/2017/CONJUR-MD/CGU/AGU, elaborado nos autos da NUP: 60582.000060/2017-15. O aludido parecer restou assim ementado:

LICENÇA À GESTANTE E À ADOTANTE E SUAS RESPECTIVAS PRORROGAÇÕES. IGUALDADE DE TRATAMENTO ENTRE OS FILHOS BIOLÓGICOS E ADOTIVOS.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, com repercussão geral reconhecida, em sede de controle difuso de constitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade do artigo 210 da Lei nº 8.112/90, o que significa dizer que a decisão transcende os interesses subjetivos das partes.

2. No julgamento, o STF consolidou o entendimento de que o texto do artigo 7º, inciso XVIII, da CF/88, ao se valer da expressão licença gestante, assegurou o benefício tanto para a mãe gestante quanto para a mãe adotante, sem diferenciar entre filhos biológicos e adotivos, fixando a tese de que os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações.

3. Para dar efetividade à tese fixada no RE 778.889/PE foi elaborado o Parecer Vinculante 003/2016/CGU/AGU que, além de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/90, que é específica dos servidores públicos civis, firmou a tese, extensível para todo o serviço público e aplicável às militares das Forças Armadas, que veda a diferenciação de prazos entre as licenças adotantes e gestantes, bem como a diferenciação de prazos em virtude da idade da criança adotada.

4. Por ter se tornado anacrônica e restritiva de direito à licença-adotante, recomenda-se a alteração do texto da Lei nº 13.109/2015 e da Portaria Normativa nº 520/MD, de 2009, em consonância com a tese fixada no RE 778.889/PE e orientação normativa e vinculante do Parecer 003/2016/CGU/AGU. (grifos inexistentes no original)

31. Assim, tendo em vista que o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que são nulas as normas que diferenciaram entre as licenças aplicáveis a filhos biológicos e filhos adotivos e entre filhos adotivos de diferentes idade, tendo em conta os termos do Parecer nº 003/2016/CGU/AGU da Consultoria-Geral da União e com base no Parecer nº 00391/2017/CONJUR-MD/CGU/AGU dessa CONJUR-MD entende-se que as licenças maternidade e paternidade devem ser conferidas às pessoas que adotam um criança nos mesmos moldes das licenças conferidas aos pais biológicos.

32. De se considerar, no entanto, que o entendimento exposto até aqui fala da extensão de direitos para que adota. e para aqueles que ainda não são pais adotivos e obtiveram apenas a guarda, haveria que se estender o raciocínio exposto até aqui? Consideramos que sim, conforme passamos a discorrer no próximo subtópico.

2.4 Guarda para fins de adoção e direito à licença-maternidade, licença-paternidade e auxílio natalidade

33. Conforme exposto, a presente uniformização de tese tem por objeto definir sobre a possibilidade, ou impossibilidade legal de concessão imediata do auxílio-natalidade e das licenças maternidade/paternidade, nos casos de guarda provisória para fins de adoção.

34. De se considerar que nesses autos administrativos vamos analisar apenas o específico caso daqueles que possuem a guarda com a finalidade de adoção, disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

35. De se pontuar que a guarda disciplinada no ECA não é a mesma que é tratada no Código Civil/2002. A guarda para fins de adoção é concedida a terceiros, na situação em que seja necessário o uso de uma das modalidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta.

36. Sobre o tema, observe-se as seguintes disposições normativas contidas nos arts. 33 e 34 do ECA:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (Vide Lei nº 12.010, de 2009)

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. (grifos inexistentes no original)

Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar. (Redação dada

pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 1º—A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º—Na hipótese do § 1º—deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 3º—A União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e adolescentes em residências de famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 4º—Poderão ser utilizados recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento em família acolhedora, facultando-se o repasse de recursos para a própria família acolhedora. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

37. Há que se pontuar que o instituto da guarda para fins de adoção é um instituto peculiar do ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em vista as inúmeras demandas que chegam nos fóruns todos os dias, há que se reconhecer que o Poder Judiciário nem sempre consegue prolatar suas decisões com celeridade. E a morosidade natural do sistema seria ainda mais nefasta se impedisse que menores retirados de suas famílias, ou entregues por elas, não pudessem ser colocados em famílias substitutivas, tendo que aguardar os trâmites judiciais em abrigos.

38. Por diversas vezes os juízes brasileiros identificam que diante da situação fática que envolve uma criança ou um adolescente dificilmente sua família biológica possuirá condições de prestar cuidados necessários àquele menor. Assim, para evitar que a criança ou o adolescente permaneçam em abrigos durante o longo processo de destituição de guarda dos genitores e adoção, reconhecem a necessidade que esse menor seja colocado em uma família substitutiva.

39. É nesses casos em que o Poder Judiciário defere a guarda para fins de adoção. De se considerar que as pessoas que aceitam essa guarda, apesar de saberem da precariedade da decisão, recebem em seus lares esses menores como filhos futuros. Como regra, posteriormente ao deferimento da guarda para fins de adoção, a adoção propriamente dita acaba sendo deferida àquele ou àqueles que obtiveram inicialmente a guarda para fins de adoção.

40. Assim, a guarda para fins de adoção é uma decisão provisória conferida a pessoas devidamente habilitadas para a adoção no CNA - Cadastro Nacional de Adoção que confere a guarda de uma criança ou um adolescente a uma pessoa ou a um casal disposto a acolher um menor como filho, embora a decisão de conferência da guarda não institua o *status* jurídico de filiação.

41. É dizer, quando alguém recebe a guarda de uma criança ou um adolescente não significa que essa pessoa já se tornou pai e mãe daquela criança ou daquele adolescente; a decisão é apenas provisória. Entretanto, por meio dessa decisão provisória o menor já é recebido no novo seio familiar como filho, já passando a integrar aquela família, nos mesmos moldes do que ocorre com a adoção.

42. Em assim sendo, há que se reconhecer que aquele menor já irá necessitar de cuidados emocionais e financeiros para a sua integridade física e psicológica. O tempo para a formação dos laços afetivos também será primordial nesse momento para a proteção integral dessa criança ou desse adolescente posto em um novo lar.

43. Nesse contexto fático-jurídico apresentado pela realidade brasileira entende-se que os mesmos direitos conferidos àquelas pessoas que adotam devem ser conferidos àquelas que obtêm guarda judicial para fins de adoção.

44. Há que se destacar que o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente norteia a construção de todo o ordenamento jurídico voltado à proteção dos direitos dos menores. Parte-se do pressuposto de que tais seres humanos não são detentores de capacidade de exercício, por si só, de seus direitos, necessitando, por isso, de terceiros (família, sociedade e Estado) que possam resguardar os seus bens jurídicos fundamentais, consagrados na legislação específica, até que se tornem plenamente desenvolvidos físico, mental, moral, espiritual e socialmente.

45. Sobre este princípio, Cury, Garrido & Marçura [1] ensinam que:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

46. Não é demais lembrar que o *caput* do artigo 227 da Constituição Federal confere a garantia de absoluta prioridade aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, neles incluso o direito à convivência familiar e à educação.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifos inexistentes no original)

47. Os direitos à licença-maternidade e licença-paternidade não são benefícios destinados somente à mãe e ao pai, mas são, essencialmente, a garantia à convivência familiar conferida ao recém-nascido. Por seu turno, o auxílio natalidade é um benefício destinado justamente a auxiliar nos gastos extras que a chegada de menor gera naquela nova família.

48. Nessa perspectiva, não se pode compreender a licença-maternidade, a licença-paternidade e o auxílio-natalidade como benefícios destinados precipuamente aos genitores, e sim, como um benefício à criança e à família como um todo, à qual, conforme previsto no art. 226 da Constituição Federal de 1988, constitui a base da sociedade, devendo ser-lhe garantida especial proteção do Estado.

49. Em face da previsão de tratamento privilegiado à criança e ao adolescente, não só pela Constituição Federal de 1988, mas por todo o ordenamento jurídico brasileiro, conferindo-lhe, inclusive, garantia de absoluta prioridade na defesa de seus direitos fundamentais, deve-se procurar aplicar às crianças e aos adolescentes sempre a norma que lhe seja mais benéfica, uma vez que sua hipossuficiência é latente.

50. Ressalte-se, ademais, que tal posicionamento visa assegurar a observância de um princípio jurídico adotado internacionalmente, o chamado princípio do melhor interesse da criança (*the best interest of the child*). Tal princípio, que visa garantir prioritariamente os direitos da criança, já havia sido reconhecido pela jurisprudência americana quando do julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks*, em 1813. No entanto, tal princípio somente receberia a importância e o tratamento internacionais merecidos em 1989 com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a qual foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/90, que assim dispôs:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (grifos inexistentes no original)

51. No referido julgamento, a observância desse princípio resultou no deferimento da guarda dos filhos à mãe acusada de adultério, entendendo a Corte da Pensilvânia pela prioridade do interesse da criança em detrimento dos interesses dos pais.

52. De se ressaltar que o entendimento acima exposto também vem sendo consignado na letra de diversas leis que, ao conceder um benefício que antes era reconhecido apenas em decorrência do nascimento de um filho biológico, passaram a reconhecer tais benefícios também para aqueles que adotam bem como para aqueles que obtêm a guarda judicial para fins de adoção.

53. Ressalte-se que, para os militares há expressa determinação legal para o deferimento de licença maternidade e licença paternidade para aqueles que obtiveram a guarda judicial de criança para fins de adoção, conforme se observa pelos arts. 3º e 6º da Lei nº 13.109, de 25 de março de 2015 que dispõe sobre a licença à gestante e à adotante, as medidas de proteção à maternidade para militares grávidas e a licença-paternidade, no âmbito das Forças Armadas. Ex vi:

Art. 3º À militar que adotar ou obtiver a guarda judicial de criança de até 1 (um) ano de idade serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Art. 6º Pelo nascimento de filho, adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção, o militar terá licença-paternidade de 20 (vinte) dias consecutivos, vedada a prorrogação. (redação dada pela Lei nº

13.717/2018) (grifos inexistentes no original)

54. Dessa forma, por expressa determinação legal, são devidas as licenças maternidade e paternidade para os membros das Forças Armadas que obtiverem guarda judicial de menores para fins de adoção.

55. De igual forma, observe a determinação do art. 210, da Lei nº 8.112/90 que reconhece o direito à licença-maternidade remunerada à servidora que obter guarda judicial:

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. (grifos inexistentes no original)

56. Também no mesmo sentido, o art. 392-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.509/2017, prevê que à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário. Ex vi:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei. (Redação dada pela Lei 13.509/2017) (grifos inexistentes no original)

57. Assim, como já pontuado no subitem 2.3 acima, o STF já considerou inconstitucional os prazos diferenciados entre licença gestante e licença adotante, entendendo também não ser possível a fixação de prazos diversos em função da idade da criança adotada.

58. Considera-se que os mesmos fundamentos apontados pelo STF para se conferir direitos e prazo de duração de direitos no que tange à licença gestante e à licença adotante também devem ser utilizados para se estender direitos para aqueles que obtiveram a guarda para fins de adoção, pois como já consignado nesse parecer, também a guarda para fins de adoção terá o condão de constituir faticamente uma nova família, que necessita do mesmo amparo daquela família que foi constituída pela adoção ou pelo vínculo genético.

59. Pelo mesmo motivo da constituição da família pela guarda para fins de adoção, o auxílio natalidade, que é o auxílio pecuniário devido ao militar por motivo de nascimento de filho também deve ser deferido àqueles que receberam um menor em seu lar mediante guarda para fins de adoção.

60. Inclusive, conforme se observa pelo art. 33, § 3º do ECA, supracolacionado, a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, legitimando assim o deferimento do auxílio-natalidade nos casos de conferência de guarda para fins de adoção.

61. Pede-se vênua para colacionar o aludido o § 3º do art. 33 do ECA novamente:

Art. 33

(...)

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. (grifos inexistentes no original)

62. Com efeito, caso o Poder Público estabelecesse os direitos às licenças maternidade e paternidade e auxílio natalidade apenas aos pais biológicos ou adotivos e não àqueles que obtiveram a guarda para fins de adoção ou estabelecesse patamares distintos de licenças ou auxílios para cada uma das hipóteses fáticas aduzidas, estaria tratando de forma desigual situações iguais, violando o princípio da igualdade, já consagrado por Aristóteles [2]:

E haverá a mesma igualdade entre as porções tal como entre os indivíduos, uma vez que a proporção entre as porções será igual à proporção entre os indivíduos, pois não sendo as pessoas iguais, não terão porções iguais – é quando os iguais detêm ou recebem porções desiguais, ou indivíduos desiguais (detêm ou recebem) porções iguais que surgem conflitos e queixas.

63. Ao tratar sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello [3] explica que pessoas em situações idênticas devem receber o mesmo tratamento e que a situação distinta é o que legitima o fator discriminante:

É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.

Em outras palavras: um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inidôneo para distingui-las. Então, não pode ser deferido aos magistrados ou aos advogados ou aos médicos que habitem em determinada região do País – só por isto – um tratamento mais favorável ou mais desfavorável juridicamente. Em suma, discriminação alguma pode ser feita entre eles, simplesmente em razão da área especial em que estejam sediados.

Poderão, isto sim – o que é coisa bastante diversa – existir nestes vários locais, situações e circunstâncias, as quais sejam, elas mesmas, distintas entre si, gerando, então, por condições próprias suas, elementos diferenciais pertinentes. Em tal caso, não será a demarcação espacial, mas o que nelas exista, a razão eventualmente substantiva para justificar discrimen entre os que se assujeitam – por sua presença contínua ali – àquelas condições e as demais pessoas que não enfrentam idênticas circunstâncias.

64. Conforme visto, tendo em conta a natureza do instituto da guarda para fins de adoção que foi adotada no Brasil para minimizar os efeitos nefastos que a morosidade processual poderia gerar na vida de uma criança, sendo tal guarda concedida a pessoas já devidamente habilitadas no CNA, considera-se que não conferir licenças maternidade e paternidade e auxílio-natalidade a quem obteve a guarda para fins de adoção feriria o princípio da isonomia, trazendo prejuízos especialmente aos menores colocados em família substituta em face da concessão de sua guarda.

65. Nessa contextura, essa Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União junto ao Ministério da Defesa compartilha do entendimento das Consultorias Jurídicas-Adjuntas da Marinha, do Exército e da Aeronáutica no sentido de que deve ser possível a concessão do auxílio-natalidade e das licenças maternidade e paternidade, nos casos de guarda provisória para fins de adoção,

66. Em assim sendo, considera-se que a Administração deveria conceder auxílio-natalidade e as licenças maternidade e paternidade, para os servidores e militares que obtiveram a guarda judicial para fins de adoção. Tendo em conta a competência dessa Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União junto ao Ministério da Defesa para uniformizar teses relativas apenas a militares, consigna-se que **são devidos o auxílio-natalidade e as licenças maternidade e paternidade aos militares que obtiverem judicialmente a guarda para fins de adoção.**

2.5 Consequencialismo

67. Por fim, resta imperioso aventar as consequências práticas de uma decisão administrativa que não concedesse o auxílio-natalidade e as licenças maternidade e paternidade aos militares que obtiverem judicialmente a guarda judicial para fins de adoção.

68. De se considerar que a doutrina do consequencialismo ganhou estatuto de determinação legal com a edição da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Foi acrescido à LINDB, o art. 20, que dispõe:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (grifos inexistentes no original)

69. Ora, como visto o reconhecimento das licenças maternidade e paternidade aos militares que obtiverem judicialmente a guarda judicial para fins de adoção está expressamente estabelecido na legislação, qual seja, a Lei nº 13.109, de 25 de março de 2015 que dispõe sobre a licença à gestante e à adotante, as medidas de proteção à maternidade para militares grávidas e a licença-paternidade, no âmbito das Forças Armadas. Além disso, a guarda confere à criança ou adolescente a condição de

dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, legitimando assim o deferimento do auxílio-natalidade nos casos de conferência de guarda para fins de adoção.

70. Nesse contexto, a conferência desses direitos àqueles que obtiveram a guarda para fins de adoção de uma criança ou de um adolescente nos mesmos patamares monetários e temporais àqueles que obtiveram a adoção ou a filiação biológica é medida que vai ao encontro aos princípios constitucionais da igualdade e da proteção integral à criança e ao adolescente bem como se coaduna com o entendimento sobre o tema do STF, exarado nos autos do do RE-RG nº 778.889/PE.

71. Inclusive há inúmeras decisões judiciais que conferem à guarda estabelecida no ECA, os mesmo direitos da adoção. Apenas a título de exemplo, colacione-se o seguinte julgado do TRF da 5ª Região sobre o tema:

TRF-5 - Apelação Cível AC 381948 CE 0008911-15.2006.4.05.0000 (TRF-5)

Data de publicação: 03/08/2012

Ementa: ADMINISTRATIVO. LICENÇA POR ADOÇÃO OU GUARDA DE CRIANÇA. GOZO. RETARDAMENTO POR CULPA DA ADMINISTRAÇÃO. CONVERSÃO. PECÚNIA. INDENIZAÇÃO. - O gozo da licença por motivo de adoção ou guarda judicial deve ser imediato, em face do objetivo legal de adaptação da criança à família substituta. - O atraso de pouco mais de dois meses no pedido de licença não acarretaria prejuízo ao objetivo da Lei, pois, neste período, a criança encontra-se, ainda, em pleno processo de adaptação. - Passados dois anos do requerimento, sem que a Administração se pronunciasse, é cabível a conversão da licença em pecúnia, a título de indenização. (grifos inexistentes no original)

72. Assim, conclui-se que caso a matéria fosse judicializada a Administração teria ínfimas chances de êxito.

3. DA CONCLUSÃO

73. Diante de todo o exposto, pontua-se que Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, com Repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/90 e fixou a tese de que *"os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada"*.

74. Destaca-se que, por diversas vezes os juízes brasileiros identificam que diante da situação fática que envolve uma criança ou um adolescente dificilmente sua família biológica possuirá condições de prestar cuidados necessários àquele menor e para evitar que a criança ou o adolescente permaneçam em abrigos durante o longo processo de destituição de guarda dos genitores e adoção, reconhecem a necessidade que esse menor seja colocado em uma família substitutiva, por meio de decisão judicial que confere a guarda para fins de adoção para pessoas habilitadas à adoção no CNA. Nesse contexto fático-jurídico apresentado pela realidade brasileira, entende-se que os mesmos direitos conferidos àqueles pessoas que adotam devem ser conferidos àqueles que obtêm guarda judicial para fins de adoção.

75. Ressalta-se que, para os militares há expressa determinação legal para o deferimento de licença maternidade e licença paternidade para aqueles que obtiveram a guarda judicial de criança para fins de adoção, conforme se observa pelos arts. 3º e 6º da Lei nº 13.109, de 25 de março de 2015, que dispõe sobre a licença à gestante e à adotante, as medidas de proteção à maternidade para militares grávidas e a licença-paternidade, no âmbito das Forças Armadas.

76. Entende-se que o art. 33, § 3º do ECA, ao considerar que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, legitima o deferimento do auxílio-natalidade nos casos de conferência de guarda para fins de adoção.

77. Considera-se que a conferência desses direitos àqueles que obtiveram a guarda para fins de adoção de uma criança ou de um adolescente nos mesmos patamares monetários e temporais àqueles que obtiveram a adoção ou a filiação biológica é medida que vai ao encontro aos princípios constitucionais da igualdade e da proteção integral à criança e ao adolescente bem como se coaduna com o entendimento sobre o tema do STF, exarado nos autos do do RE-RG nº 778.889/PE.

78. Dessa forma, consigna-se que a tese jurídica uniformizada é a seguinte: **são devidos o auxílio-natalidade e as licenças maternidade e paternidade aos militares que obtiverem a guarda judicial para fins de adoção nos mesmos patamares monetários e temporais dos auxílio-natalidade licenças maternidade e paternidade conferidos aos pais biológicos e adotivos.**

79. Assim, caso seja aprovado o presente parecer, solicito que a Coordenação Administrativa, inclua a tese uniformizada no item acima no "Quadro de Teses Uniformizadas e Análises Relevantes", disponível na pasta da Coordenação-Geral de Direito Administrativo e Militar - CGDAM, bem como registro no referido quadro das principais informações referentes ao presente processo.

80. Solicito, por fim, que sejam científicas as douts COJAMAR, COJAEX e COJAER, via Sapiens, bem como a SEPESD desse Ministério da Defesa, via SEI, sobre o conteúdo deste parecer.

À consideração superior.

Brasília, 17 de março de 2021.

JULIANA GOMES FALLEIROS CAVALHEIRO
ADVOGADA DA UNIÃO
COORDENADORA-GERAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO E MILITAR

[1] CURY, Munir *et al.* Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

[2] ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 1 d. Bauru: Edipro, 2002, p. 141.

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiro, 2011, p. 29-30.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 67107025378201917 e da chave de acesso fa29e3ec

Documento assinado eletronicamente por JULIANA GOMES FALLEIROS CAVALHEIRO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 587975612 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIANA GOMES FALLEIROS CAVALHEIRO. Data e Hora: 18-03-2021 08:35. Número de Série: 13528128. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.
