

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.455.976 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S) : --
ADV.(A/S) : ELIANA BORGES CARDOSO
RECDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.
DIREITOS FUNDAMENTAIS DE
PROTEÇÃO À PARENTALIDADE, À
CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.
SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL.
LICENÇA A ADOTANTE. CONCESSÃO.
AUSÊNCIA DE LIMITE DE IDADE DA
CRIANÇA ADOTADA. TEMA 782 DA
REPERCUSSÃO GERAL. ACÓRDÃO
RECORRIDO DIVERGENTE DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO
EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.*

Relatório

1. Em 9.7.2020, o Recurso Extraordinário com Agravo n. 1. 270.797/SP, interposto por --, foi provido, para “anular o julgado recorrido e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem para decidir como de direito” (e-doc. 17). Essa decisão transitou em julgado em 17.9.2020 (e-doc. 20) e o processo foi remetido à origem (edoc. 21).

2. Em 29.6.2021, a Décima Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, em juízo de adequação do Tema 782 da repercussão geral, proferiu o seguinte julgado:

“Mandado de Segurança. Licença por adoção de maiores de sete anos de idade. Julgamento, no E. Supremo Tribunal Federal, do Tema nº 782. Direito líquido e certo conferido somente por conta de adoção de criança, não de adolescente. Compreensão jurídica desses termos na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente. Situação fora do alcance daquele julgamento. Sentença de parcial procedência mantida. Reexame necessário e apelo desprovidos” (fl. 2, e-doc. 44).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-doc. 50).

3. -- interpôs novo recurso extraordinário contra aquele acórdão, com a alegação de o Tribunal de origem ter contrariado o inc. IV do art. 3º, o *caput* do art. 5º, o inc. XVIII do art. 7º e os arts. 6º, 227 e 229 da Constituição da República e o Tema 782 da repercussão geral.

O recorrente argumenta que *“o entendimento lançado pela E 13ª Turma do TJSP colide com o entendimento proferido por este Excelso Tribunal Superior Federal, no RE 778889 de Relatoria do Ministro Roberto Barroso – Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, ao julgar tese de inconstitucionalidade da Lei Municipal, deliberando sobre a licença adotante e impondo tratamento diferenciado as crianças de idade avançada, sendo reconhecido, portanto, que estas crianças sofrem muito mais com as dificuldades para serem adotadas, necessitando portanto, do convívio e adaptação familiar”* (fl. 17, e-doc. 57).

Salienta que, *“em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, a elas há de ser concedido um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia quando da idade adulta”* (fl. 17, e-doc. 57).

Pede o provimento deste recurso extraordinário, para que *“seja declarada a inconstitucionalidade e a ilegalidade do artigo 1º da Lei Complementar*

Estadual 367/84, a fim de que seja reconhecido o direito do recorrente de usufruir plenamente do direito constitucional da licença adotante, tanto em relação ao menor K(...), assim como lhe foi concedido em relação ao menor N(...)" (fl. 17, e-doc. 57).

4. Em 20.6.2022, o Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu o recurso extraordinário, nestes termos:

"De início, deixo de enviar os autos à Turma Julgadora para realização do juízo de retratação, conforme o art. 1030, inc. II, do Código de Processo Civil, pois verifico que o acórdão recorrido, ao apreciar matéria semelhante à aqui tratada, pronunciou-se afastando a tese do Tema nº 782/STF (fls. 549/556).

(...) O ven. Acórdão está em dissonância com o julgamento definitivo do mérito do RE nº 782/STF (...)

A matéria controvertida foi exposta na petição de interposição examinada pelo acórdão recorrido, estando, atendido o requisito do prequestionamento. Há menção ao dispositivo constitucional lido como violado e não se vislumbra a incidência dos demais vetos regimentais e sumulares" (e-doc. 63).

5. Em 4.9.2023, este processo foi-me distribuído por prevenção ao Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.270.797/SP.

Examinados os elementos havidos no processo, **DECIDO**.

6. Razão jurídica assiste ao recorrente.

7 No voto condutor do acórdão recorrido, o Desembargador relator assentou:

"(...) passo ao exame considerando o decidido no E. Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, no RE nº 778.889/PE (Tema 782). (...)

Em que pese ao reconhecimento da constitucionalidade desse

dispositivo pelo C. Órgão Especial deste Tribunal na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0064850-44.2015.8.26.00001, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 778.889/PE, após demonstrar a evolução da disciplina da adoção, no plano doméstico e internacional, realçando o seu papel na proteção, dentre outros temas (...)

Por fim, e depois de incontáveis outros fundamentos, assim se fixou a tese para esse tema: 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 (...) e, por conta desse julgamento, volta-se a analisar este caso, adotada a matéria fática considerada quando do julgamento primevo para evitar repetições desnecessárias

Em 03/05/2017 foi concedida, ao impetrante, a guarda provisória, para fins de adoção, de K. S. B. (nascido em 31/07/2004) e N. S. B. (nascido em 31/03/2010), com idades de doze e sete anos, respectivamente (pág. 22).

Isso observado, a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, editada para proteção integral à criança e ao adolescente, considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente a pessoa entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º).

Então, K., com doze anos completos quando da expedição do referido termo, não pode ser considerado criança, e, por conseguinte, a pretensão de licença-adotante em relação a ele não pode ser deferida, por não protegida pelo referido Tema 782/STF, que, com devida vênia, especificou esse direito apenas à adoção de crianças.

Perceba-se, mormente nos textos trazidos do julgamento que culminou na tese fixada para o referido Tema 782, haver breves, brevíssimas referências a adolescentes, com nota de não haver referência a que a decisão acerca do resultado lá fixado seja extensivo a eles, pois, repito, aquele C. Supremo Tribunal Federal fixou, apenas, que, em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada.

Considere-se não ter o D. Ministro Relator usado o termo 'criança' divorciado da juridicidade nele contida, o que, com a devida vênia, seria herético, pois a definição foi

jurídica, calcada em lei federal (Estatuto da Criança e do Adolescente) e não se pode aceitar, nem mesmo por interpretação extensiva, dê-se à palavra criança entendimento para se aplicar a tese também a adolescentes.

Não bastasse, quisesse ser extensiva a decisão, haveria Sua Excelência de não escrever 'criança' e usar apenas em função do(a) adotado(a).

Por isso, não levo a interpretação além e entendo pertinente fixar a tese apenas na expressão criança.

Prossigo em ser despropositada a pretensão recursal, porquanto, concedida parcialmente a segurança pelo I. juízo, para conceder em caráter definitivo a licença-adotante em relação ao adotado de sete anos de idade, Nathan, nenhum resultado prático haverá a ampliação do direito quanto à adoção do adolescente de doze anos, K., por não haver cumulação de licenças, porquanto a guarda provisória para fins de adoção dos dois menores foi concedida em mesma data (03/05/2017) e em termo único.

Nem passe despercebido que, eventual concessão da licença, chegaria quando já decorridos mais de quatro anos do início dessas guardas.

É o suficiente para, realçado não ter havido violação a direito líquido e certo, tal qual reconhecido pelo I. Juízo, fixar não merecer reforma a r. sentença, também diante de seus próprios fundamentos, pelos quais, registro, bem se examinou a questão controvertida, aqui expressamente adotados para forrar este julgamento, com nota de não se caso de adequação ao julgamento, no C. Supremo Tribunal Federal, do Tema 782" (fls. 3-8, e-doc. 44).

É de se realçar que a distinção discriminatória entre crianças e adolescentes para fins de adoção mostra-se contrária às disposições constitucionais protetivas da criança e do adolescente, à Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, e à jurisprudência deste Supremo Tribunal.

No art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 99.710/1990, dispõe-se que, "Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano

com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

No ar. 21 dessa Convenção, determinou-se que *“os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança”.*

Com a concessão da licença a adotante também se objetiva proteger a criança, para integrá-la à família. Na adoção, são ainda mais necessários o acolhimento e a adaptação à nova família. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.348.854-RG, Tema 1.182 da repercussão geral, o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, assinalou:

“A ratio das normas constitucionais de proteção ao direito à maternidade (CF, artigos 6º; 7º, XVIII; 201); bem como de proteção à Família (CF, artigos 226, 227 e 229) tem, também, como finalidade a absoluta prioridade que a Constituição Federal, em seu artigo 227, estabelece para a integral proteção à criança, inclusive ao recém-nascido. (...)

Esta CORTE, portanto, tem reiteradamente realçado que a Constituição de 1988, no art. 227, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), adotaram a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta da crianças e dos adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento, aos quais dever ser asseguradas todas as condições para a convivência familiar de maneira harmônica e segura, quer seja o vínculo familiar biológico, ou estabelecido pelos institutos da guarda ou adoção” (DJe 24.10.2022),

8. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 778.889, Tema 782 da repercussão geral, Relator o Ministro Roberto Barroso, este Supremo Tribunal 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”.* Esta a ementa do julgado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008. 7. Provimento do

recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: ‘Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada’” (DJe 1º.8.2016).

No julgamento do Tema 782 da repercussão geral, ressaltou-se que a concessão de licença-maternidade para adotantes insere-se no rol das políticas públicas de alta relevância, exigindo-se que o Estado implemente medidas facilitadoras e incentivadoras da adoção, não importando a idade do adotado, seja criança ou adolescente:

“53. Diante de um quadro de grande dificuldade de adoção de crianças acima de 3 anos de idade, constitui um desestímulo para a adoção tardia e um contrassenso o fato de se conferir à mãe adotante uma licença irrisória ou desproporcional às necessidades emocionais do menor. Ao contrário, interessa ao Estado que tais crianças saiam dos abrigos (que dependem, em grande número, de verbas públicas) e sejam acolhidas com sucesso por famílias que zelarão por elas, em lugar de contribuírem para o incremento das estatísticas criminais.

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

55. Assim, só se pode concluir que o texto do art. 7º, XVIII da Constituição (c/c art. 227, §6º, CF), ao se valer da expressão ‘licença gestante’,

produziu, inadvertidamente, um comando cujo teor literal foi subinclusivo. O exame dos demais dispositivos constitucionais já invocados confirma o entendimento – sistemático – de que o referido dispositivo, em verdade, assegurou a ‘licença maternidade’ de 120 dias (tanto em caso de mãe gestante, quanto em caso de mãe adotante), sem diferenciar entre filhos biológicos e filhos adotivos, quaisquer que sejam as idades destes últimos. Por essa razão, são inválidas as normas infraconstitucionais que disponham em sentido contrário”.

Confirmam-se também os seguintes julgados, nos quais se reconheceu que a licença-maternidade e o salário-maternidade devem ser concedidos aos adotantes, independente da idade do adotado, sob pena de ofensa aos direitos fundamentais de proteção à parentalidade e à criança ou adolescente:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA ADOTANTE. PRAZO INFERIOR AO CONCEDIDO À GESTANTE. IMPOSSIBILIDADE. TEMA 782. CARÁTER PROTELATÓRIO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 778.889-RG, de minha relatoria, firmou a seguinte tese: ‘Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada’. 2. O Tribunal de origem proferiu acórdão que se ajusta a tal entendimento firmado. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015” (RE n. 982.460-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 8.8.2017).

“Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 3º da lei 13.109/2015. Licença maternidade às adotantes no âmbito das Forças Armadas. Proteção à mulher, à maternidade, à criança e à família. Distinção entre maternidade biológica e socioafetiva. Impossibilidade. Procedência do

pedido. 1. Nos termos da jurisprudência firmada por esta Suprema Corte, a Constituição da República não permite discrimen entre a mãe biológica e a mãe adotiva, de modo que se revela inconstitucional ato normativo que institui períodos distintos de licença maternidade para as hipóteses e, da mesma forma, mostram-se colidentes com a Carta Política prazos de licença diferentes em razão da idade da criança adotada. 2. O art. 3º, caput, § 1º e 2º, da Lei 13.109/2015, estabeleceu prazos distintos, em relação à maternidade biológica, para licença maternidade decorrente da adoção e, ainda, períodos diferentes em razão da idade da criança adotada, a evidenciar a manifesta inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. 3. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Pedido julgado procedente” (ADI n. 6.603, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 29.9.2022).

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROTEÇÃO DA MULHER, DA MATERNIDADE E DA INFÂNCIA. LICENÇA-MATERNIDADE. LEI ESTADUAL 2.578/2012. ESTATUTO DOS POLICIAIS E BOMBEIROS MILITARES DO ESTADO DO TOCANTINS. DIFERENCIAÇÃO ENTRE A MATERNIDADE BIOLÓGICA E A ADOTIVA PARA FINS DE DURAÇÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO PROCEDENTE. 1.

Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a não complexidade da questão de direito em discussão e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. A Constituição Federal estabelece a proteção à maternidade como dever do Estado, além de outros direitos sociais instrumentais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher e a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A formação do vínculo familiar por meio da adoção está igualmente protegida pelas garantias conferidas pela Constituição à maternidade biológica, inclusive no tocante à convivência integral da criança com a mãe de maneira harmônica e segura. A Constituição não diferencia a maternidade biológica da adotiva, pelo que é

inconstitucional qualquer disposição normativa que discrimine a mãe adotiva. 4. Medida Cautelar confirmada e Ação Direta julgada procedente para declarar inconstitucionais os artigos 92, II, a (parte final), b e c, e 94, I e II, da Lei 2.578/2012 do Estado do Tocantins” (ADI n. 6.600, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 5.5.2021).

Como assentado no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.270.797/SP, o acórdão recorrido diverge dessa orientação jurisprudencial, por não se reconhecer a licença ao adotante servidor público que adota criança acima de doze anos.

9. Pelo exposto, dou provimento ao presente recurso extraordinário (al. b do inc. V do art. 932 do Código de Processo Civil e § 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), para, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal, reconhecer ao servidor público recorrente o direito à licença por adoção, independente da idade do menor adotado, e determinar a remessa deste processo ao Tribunal de origem, para cumprimento desta decisão.

Publique-se.

Brasília, 13 de setembro de 2023.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora