

RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.649 - SP (2016/0273312-3)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : A M

RECORRENTE : M DE L M

ADVOGADO : SÉRGIO DORIVAL GALLANO E OUTRO(S) - SP156486

RECORRIDO : A M

ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por A M e outra, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Atribuição ao Gabinete em: 04/11/2016.

Ação: de adoção promovida pelos recorrentes com o intuito de adotarem P H A M, neto do qual mantém guarda definitiva.

Narra-se na inicial, que o adotando P H A M, nascido em 16/10/2000 é filho biológico da filha dos adotantes (neto), e sua concepção decorreu de violência sexual praticada contra sua mãe biológica, circunstância que lhe provocou grave trauma psicológico que a impediu de exercer a maternidade, quando do nascimento de seu filho.

Em face desse cenário, o casal recorrente assumiu a criação do então infante, como se filho fosse, situação que se prolongou durante todo o desenvolvimento do menor, de quem, inclusive, obtiveram a guarda judicial.

Declina-se, ainda, que como fruto do prolongamento dessa relação familiar e a comprovada incapacidade da mãe biológica de assumir sua maternidade, os recorrentes estabeleceram com o adotando - seu neto - verdadeiro e indiscutível vínculo de parentalidade socioafetiva, que agora pretendem ver reconhecido, a despeito do quanto disposto no art. 42 do ECA

Sentença: Extinguiu o processo, sem resolução do mérito, ante a impossibilidade jurídica do pedido.

Acórdão: negou provimento ao apelo interposto pelos recorrentes, em julgado assim ementado:

MENOR - ADOÇÃO - Extinção na origem a pretexto de impossibilidade jurídica do pedido - Confirmação - Adoção de menor pelos avós maternos - Violação de norma cogente, art. 42, § 1º do ECA - Parentesco diz respeito à organização da sociedade e a equidade adequada, proposta no apelo, não cabe - Recurso desprovido. (e-STJ, fl. 100).

Extrai-se da fundamentação do voto condutor o excerto que sintetiza o posicionamento do Tribunal de origem:

Ainda que os apelantes tenham proposto interessante desafio hermenêutico, patrocinado pelo caráter humanitário da pretensão, não nos é dado desatender norma de organização social, que regulamenta o parentesco, pena de contribuir para o desarranjo da ordem jurídica n'outros casos.

Fundamental rememorar que o Direito de Família, nele inseridos o parentesco, a filiação e a adoção, é microssistema jurídico, integrante do denominado direito social, na zona intermediária entre o direito público e o direito privado, formado a partir essencialmente, de normas imperativas para ordenar as relações entre seus membros, na lição de Silvio Venosa (cf. p. 11 do Col. VI de sua colação 'Direito Civil' - Direito de Família, décima ed. Atlas, S. Paulo, 2010).

E se adota a rigidez não o faz para permitir inserção do Estado nas relações interpessoais de cunho familiar, mas, exatamente no sentido contrário, para prevenir confusões que desarranjariam a estrutura fundamental.

Daí, porque, impedimentos de casamento, impedimentos de adoção, impedimentos para percepção de herança etc.

A pretensão dos apelantes, nobre por excelência, não autoriza nem mesmo por seus contornos a quebra da legalidade, pena de abrir espaço para outras exceções. (e-STJ, fls. 103/104).

Embargos de declaração: interpostos pelos recorrentes, foram rejeitados.

Acórdão em Recurso Especial 1.416.628/SP: deu provimento ao recurso especial, para reconhecer a violação ao art. 535 do CPC/73, e determinar novo julgamento dos embargos de declaração pelo Tribunal de origem.

Novo julgamento dos embargos de declaração: integrou o acórdão com pronunciamento expresso sobre dispositivos de Lei e da Constituição Federal, sem efeitos infringentes (e-STJ, fls. 353/362).

Recurso especial: alega violação dos arts. 3º, 4º, 6º e 42 do ECA, além de divergência jurisprudencial.

Sustentam que a vedação do art. 42 do ECA deve ser lida de forma sistemática e se submeter à norma princípio do art. 6º do mesmo diploma - melhor interesse da criança.

Narram que o adotando é filho da própria filha do casal, e foi concebido após agressão sexual sofrida por sua mãe biológica, razão pela qual, não conseguiu assumir a maternidade do filho biológico, encargo do qual se desincumbiram os recorrentes - avós do menor e pais da mãe biológica - desde o nascimento do menor.

Parecer do Ministério Público Federal: de lavra do Subprocurador-Geral da República Humberto Jacques de Medeiros, pelo desprovimento do recurso. (e-STJ, fls. 471/489).

RELATADO O PROCESSO, DECIDE-SE.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.649 - SP (2016/0273312-3)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : A M

RECORRENTE : M DE L M

ADVOGADO : SÉRGIO DORIVAL GALLANO E OUTRO(S) - SP156486

RECORRIDO : A M

ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO

O propósito recursal está em dizer se, a despeito da vedação disposta no art. 42,§ 1º, do ECA, é possível, em circunstâncias excepcionalíssimas, possibilitar que avós adotem um descendente.

Algumas questões jurídicas trazidas a desate neste Tribunal, mormente no âmbito de família, são de difícil solução, porque contrapõem regulamentos estatuídos com o objetivo de preservar regras mínimas de organização família , a anseios singularidades, e nem por isso menos legítimos do que as fórmulas gerais, que são decorrentes de circunstâncias excepcionalíssimas.

É assim a hipótese colocada sob lume neste recurso especial:

Criança concebida em circunstâncias traumáticas para a sua mãe biológica que, não obstante isso, optou por prosseguir com a gestação, mas que ao cabo desta, quando do nascimento de seu filho biológico, não reuniu condições psicológicas para criá-la.

A família estendida – *in casu* – os avós maternos do então infante, prontamente supriram a justificada impossibilidade materna de assumir os cuidados do seu filho, acolhendo-o, e dispensando para aquela criança, igual cuidado com que criaram a própria prole.

Como decorrência desse tratamento equânime, os recorrentes, após 10 anos de íntima relação estabelecida com o adotando, e também entre ele e os filhos do casal (mãe biológica e tio do infante) – que se tratavam como irmãos –,

entenderam que as relações familiares internas com o menor, não eram de avós cuidando de neto, ou de mãe/filho e tio/filho, mas sim de pais cuidando da prole – aumentada em mais um filho, desta feita, socioafetivo – e que o conjunto daí forjado era, para todos os efeitos práticos, uma família arquetípica.

Desse singular cenário, nasceu, sem dúvida, o pedido de adoção, que tinha por objetivo, regularizar uma situação fática na qual o neto, na verdade era filho e a mãe e tio biológicos, eram seus irmãos.

No entanto, choca-se o pedido, como bem se declinou nas instâncias ordinárias, e foi evidenciado no parecer do Ministério Público Federal, exarado nestes autos, com a peremptoriedade da norma disposta no art. 42 da Lei 8.069/90 – ECA – que veda a adoção por ascendentes.

Cabe então, na linha do quanto exposto, e com calque no pedido formulado em recurso especial, dizer se esse expresso comando pode ser flexibilizado diante desse histórico ímpar.

1. Da possibilidade de flexibilização do art. 42, § 1º, do ECA

01. Princípio por dizer que concordo, em parte, com a assertiva do Ministério Público Federal, de que não é dado ao Poder Judiciário se imiscuir em ponderação de princípios, se o próprio legislador já o fez, e normatizou práticas sociais à luz dos valores sociais que entendeu, devam ser preponderantes.

02. Contudo, quando é o próprio legislador quem outorga ao Estado-Juiz a possibilidade de, em linha de excepcionalidade, suplantar ou suplementar normas em nome do melhor interesse do menor, diz, implicitamente, que embora tenha regulado as relações intrafamiliares, há inúmeras circunstâncias, ditadas pela imprevisível dinâmica social, que podem fazer o sistema protetivo legislado conspirar contra os melhores interesses do menor e do adolescente, a quem pretende proteger.

03. Aqui, não só pode, mas deve o julgador fazer valer a *summa* teleologia do Estatuto da Criança e do Adolescente, que nas palavras de Guilherme

de Souza Nucci, tratando do art. 6º do ECA, diz ser a aplicação do “**Prumo hermenêutico**”, pois:

“(…) este dispositivo pretende indicar aos operadores do Direito, basicamente ao Poder Judiciário, a forma mais adequada para interpretar o conteúdo deste Estatuto: na dúvida, em prol da criança e do adolescente. Fazemos questão de frisar: o interesse mais relevante é o da criança e do adolescente. (Nucci, Guilherme de Souza: Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pag. 27)

04. É dizer:

05. O princípio do melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação concreta onde se analisa.

06. Nesse sentido, o escólio de Andrea Rodrigues Amin¹:

Trata-se [Princípio do interesse superior] de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. (Amin, Andrea Rodrigues: **Curso de Direito da criança e do adolescente**; Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade: (Coordenadora); 9ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, pag. 72).

07. Assim, tenho que o pedido inicial merece acurada análise para desvelar se os superiores interesses do menor são efetivamente atendidos pela norma de regência ou, se na hipótese em comento, essa norma conspira contra os interesses daquele que busca proteger.

08. Para tanto, é preciso buscar os fins teleológicos perseguidos pelo legislador, quando fixou a vedação de adoção por ascendentes.

1.1. Do lastro teleológico que informa a vedação de adoção por ascendente

09. Usualmente são elencados como elementos justificadores da vedação à adoção por ascendentes a prevenção de i) confusões na estrutura familiar; ii) problemas decorrentes de questões hereditárias; iii) fraudes previdenciárias e, iv) a inocuidade da medida em termos de transferência de amor/afeto para o adotando.

10. Analisando esses “objetos de proteção” da norma restritiva, tangencio qualquer debate relativo à questão previdenciária e às questões hereditárias, tanto pela idade do adotando – hoje prestes a completar 18 anos –, quanto pela anuência dos herdeiros diretos do casal adotante, para com o pedido.

11. Restringe-se a discussão, então, ao que efetivamente releva na hipótese: dizer se a adoção conspira contra a proteção do menor, ou ao revés, se essa vai ao encontro de seus interesses.

12. Sob esse prisma, de se ver que a proibição da adoção de descendente por ascendente, que está prevista no art. 42 § 1º do ECA, têm por substrato finalístico principal, a necessidade de se evitar indevida confusão na estrutura familiar pela qual neto/bisneto deixaria essa condição, passando a ser filho dos avós, irmão de tios; tio de primos etc.

13. Realmente, é fácil se imaginar a usual confusão que provocaria uma adoção por ascendentes, dentro de uma estrutura família tradicional e já formatada, pois as relações intrafamiliares, que passam por normas hierárquicas e de organização internas, passariam a sofrer grande turbulência, que tenderia a erodir e embaralhar, na mente do infante, os papéis familiares.

14. Daí a renitência legislativa em permitir a adoção por ascendentes.

15. Na hipótese citada, usualmente se analisam adoções que ocorrem após algum tempo de nascimento do adotando, quando sua inserção em um novo

ambiente familiar decorre de problemas em sua família originária (óbitos, separações, abandono e outras situações de estresse).

16. Mesmo quando a recepção da criança no novo núcleo familiar é precocemente realizada, se os próprios familiares fazem e agem com as distinções internas próprias das famílias ampliadas, uma posterior mudança no *status* familiar interno, traz inevitável esgarçamento dessas relações pré-constituídas, com graves consequências para o equilíbrio psicológico do adotante, em área tão sensível para a psique, como a família e a ideia de pertencimento.

17. No entanto, essa regra social, facilmente compreendida, pode encontrar algumas exceções quanto aos superiores interesses dos menores, que devem orientar o interprete.

18. P H A M, foi criado, desde a tenra idade, dentro do mesmo núcleo familiar e, pelos relatos trazidos pelos adotantes, criado como se filho fosse.

19. Nessa linha para o adotando, seus pais eram, efetivamente, os recorrentes, sendo irrelevante o real *status* biológico dos mesmos, e de igual forma, sua mãe biológica e seu tio, eram tidos como irmãos, com as relações próprias desses papéis familiares.

20. Criado dessa forma – como se filho fosse – pelos dez anos que antecederam o pedido de adoção, inevitável se ter por consolidada, para este grupo familiar, a condição de P H A M dentro do núcleo familiar: filho e irmão.

21. Aqui, todo o substrato teleológico que dá suporte à vedação de adoção por ascendentes, fica esvaziado, pois a confusão e desequilíbrio psicológico e até mesmo social ocorrerá, na hipótese dessa relação ser descontinuada.

22. Hoje, há uma família consolidada - os recorrentes, os filhos biológicos e o adotante –, e note-se, isso decorreu, originalmente, de uma tragédia familiar que foi contornada com o amor desprendido pelo casal adotante e a aceitação incondicional do novo membro da família, pelos filhos dos recorrentes-adotantes.

23. Sob esse cenário, tenho que os objetivos teleológicos que informam a vedação de adoção por ascendentes não se mostrarem presentes na hipótese sob análise.

24. Ao revés, a aplicação simplista da norma, sem as ponderações do “prumo hermenêutico” do art. 6º do ECA, criaria a extravagante situação da própria lei estar ratificando a ruptura de uma família de fato, construída ao longo de quase duas décadas com os papéis intrafamiliares bem definidos.

25. Em outra linha de argumentação, cabe ponderar sobre a motivação de adotantes que, não obstante já deterem a guarda do menor, buscaram incrementar essa relação, via adoção, para uma situação de parentalidade socioafetiva, vale dizer, pretendiam agregar à assistência material e psicológica o desejo anímico da maternidade/paternidade em relação a seu neto, criado como se filho fosse.

26. Não há motivação maior do que está: a de cunho íntimo, pois os demais poderes próprios da parentalidade já era/são exercidos pelos recorrentes, que agora buscam cristalizar, tão-só, a relação de fato, que se enquadra perfeitamente na parentalidade socioafetiva, pois nela se acha, inequivocamente, a “posse do estado de filho”

27. A respeito dessa, vale citar as palavras de Rolf Madaleno²:

Não obstante a codificação em vigor não reconheça a filiação socioafetiva, inquestionavelmente a jurisprudência dos pretórios brasileiros vem paulatina e reiteradamente prestigiando a prevalência da chamada posse do estado de filho, representando em essência o substrato fático da verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou mãe, em suma de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial. (Madaleno, Rolf – Curso de Direito de família – 6ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 525/526).

28. Ora, se na busca do melhor interesse da criança/adolescente, alguém, *in casu*, os avós, querem subir um tom na relação já existente, para dar a máxima inserção familiar possível ao menor, por certo, isso configura o melhor interesse da criança, mormente quando se evidencia pelas circunstâncias, que não há interesses escusos nesse pleito.

29. Assim tenho que o art. 42, § 3º, submetido, como deve estar, ao arcabouço principiológico de proteção e preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, pode ser superado quando suas bases teleológicas são frágeis, ou mesmo inexistentes, como na espécie, pois é certo, pelo quadro traçado na origem, que os recorrentes foram além do agir por dever, mas potencializaram, numa construção diária, as relações próprias entre avós e netos (quando aqueles detém a guarda), para construírem uma relação filial, que foi igualmente assumida pelo resto do grupo familiar.

30. Registro, por fim, que esta Turma, em outra circunstância singularíssima, que guarda proximidade com a que ora se debate, também abrandou a norma para permitir a adoção por avós. Leia-se:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, CAPUT, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART.

267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS.

PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA.

INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração.

3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade.

4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual "confusão mental e patrimonial" decorrente da "transformação" dos avós em pais.

5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva.

6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1448969/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 03/11/2014).

31. Em idêntica linha, tenho que na hipótese, os melhores interesses do menor serão atendidos pelo deferimento do pedido de adoção.

34. Forte nessas razões, dou provimento ao recurso especial para, reformando o acórdão julgar procedente o pedido de adoção inicialmente deduzido.
