



# PARECERES

## ADOÇÃO E PATRIO PODER. RECUPERAÇÃO DA PÁTRIA POTESTAS PELOS PAIS NATURAIS ANTE O ÓBITO DO ADOTANTE

APELAÇÃO CÍVEL N.º 8.313

5.ª CÂMARA CÍVEL

Apelante: S. A. P.

Apelado : Juízo da Comarca de Miguel Pereira

**SUMÁRIO** — *Adoção e pátrio poder em favor do adotante face à nossa lei civil. Recuperação da pátria potestas pelos pais naturais ante o óbito do adotante. Em que pese a omissão do Código Civil, quanto a esse retorno do pátrio poder aos pais naturais, tem pleno apoio jurídico essa restituição ao statu quo ante face à morte do adotante. O papel do Juiz frente ao texto legal omissivo e lacunoso, na hermenêutica da Lei e da aplicação do Direito, em boa lógica judiciária, deve e não pode deixar de levá-lo a perquirir a função social da Lei. A aplicação do texto legal abstrato ao caso concreto não tem sentido na arte de julgar face à projeção social-finalística do Direito que faz, nos seus fins sociais, “sobrepassar à frente de todas as leis a da natureza” (Montesquieu). À mingua do texto legal expresso e taxativo, nesses pressupostos e na característica atualizadora e humanizadora da Jurisprudência, não se pode negar, *in casu*, a uma mãe o supremo direito natural de — à falta do adotante — voltar a zelar e velar pela guarda, posse e criação do seu próprio filho. Não só pelos fins sociais da Lei como, em ação de ideal jurídico, pelos princípios superiores da Equidade, do espírito cristão de amor ao próximo e solidariedade humana. Se o menor tem vivos os pais de sangue, não dar a estes o pátrio poder é denegação gritante do mais lúdimo direito dessa paternidade e maternidade — parentesco natural que a adoção, por motivos óbvios, não rompe. Despautério*

flagrante afigura-se-nos, por isso mesmo, *in hypothesis*, suprir a omissão legal fazendo-os *meros tutores do seu próprio filho*. Caso que sequer é considerado no Código Civil (art. 409). A sentença apelada é frontalmente contra os princípios basilares em que repousam a inteligência e a aplicação do Direito. É — *permissa maxima venia* — mais que ilegal, desumana. *Parecer pelo integral provimento do recurso*.

## PARECER

1. Trata-se, em síntese, de caso em que a apelante, ante a morte da adotante do seu filho — *mãe adotiva* de seu filho menor — pleiteia a recuperação do *pátrio poder*, sustentando, *verbis*, que “os direitos e deveres do parentesco natural não se extinguem com a adoção” (fl. 2, destes autos).

1.1 O Dr. Juiz *a quo*, entendendo que “a morte do adotante não rende, *ipso facto*, a restauração do pátrio poder, sobre o menor, ao pai natural, devendo o adotante ser posto sub tutela” (*ipsis litteris*, fl. 20, destes autos), porque *ex vi* do art. 392, inciso IV, do Código Civil “extingue-se o pátrio poder pela adoção”, denegou o pedido formulado pela mãe do menor, nos termos da sentença de fls. 19/21 destes autos.

1.2 A Promotoria de Justiça, pronunciando-se sobre a sentença apelada, teceu várias considerações sobre “a adoção no sentido de que “a adoção não rompe com o parentesco natural”, ponderando, *ne varietur*,

“Se o menor tem vivos os pais de sangue e não se encontrando eles impedidos para exercer o pátrio poder, sua restauração atenderá à natureza e finalidade do mesmo. Nomear o pai ou a mãe tutores do próprio filho será, *data venia* dos ilustres defensores da idéia, desnaturar o instituto da tutela, que é adequado aos menores sem pais impedidos. Tanto assim é que o art. 409 do Código Civil não estabelece a possibilidade de serem os pais tutores. A situação é estranha e até constrangedora” (fls. 31/32, destes autos).

2. As razões de apelação, a nosso ver, visualizam e equacionam o *thema decidendum* com seriedade de argumentação que convença da injustiça da sentença apelada. E, ademais, esta embasada em V. Acórdão, unânime, da Egrégia 6.<sup>a</sup> Câmara Cível, que transcreve, textualmente, e cujos termos se ajustam, qual luva perfeita, ao caso do presente recurso, que se nos parece absolutamente idêntico ao daquele Venerando Aresto (fls. 25/26 destes autos).



2.1 Por outro lado, assisado é o pronunciamento da ilustrada Promotoria da Justiça ao, reformulando sua opinião anterior, pronunciar-se pela reforma da sentença na correta compreensão do posicionamento do Ministério Público, instituição que, até com desassombro, deve, *promovendo Justiça*, sobrepassar a tudo e a todos como *fiscal da Lei e da sua execução*.

2.2 Também esta é a ótica e manifestação desta Procuradoria da Justiça face ao caso *sub examen*. Que, em síntese, mais objetivamente está no *Sumário* preambular. Mas que, *in concreto*, s.m.j., exige exposição de motivos desse *parecer*, assim resumido, no enfoque daquele *intróito*, uma visão panorâmica mais extensa e profunda. De que, com calor humano, não deve nem pode, honestamente, se esquivar o analista, à guisa de concisão, ao opinar *in foro conscientiae*. Muito mais e por superiores motivos o Julgador que, soberanamente, vai decidir.

2.3 Lateja nas emocionantes páginas do caso destes autos um direito vital para uma Mãe a quem, *data respecta*, o Dr. Juiz a quo, em nome de texto legal abstrato, frio e lacunoso, deixou de alçar, alijando da sua hermenêutica aquela *estética jurídica* tão enaltecida pelo imortal Mestre *Edmond Picard* ao referir-se à fala dos romanos sobre a *Elegantia Juris* como expressão da arte jurídica latina. Mestre que, como jurista exponencial, já, ao seu tempo, proclamava, com perfeita e ainda hoje admirável sensibilidade técnico-jurídica:

“O Direito e a Arte devem auxiliar-se. Separá-los é diminuí-los” (*in expressis verbis*, *O Direito Puro*, trad. Bertrand, Lisboa, José Bastos & Cia. Editores, pág. 351)

acrescentando, textualmente, na pulcritude dessa dignificante sensibilidade — que deve ser a de todo verdadeiro Juiz — que

“... expor o Direito não é menos comovedor do que expor uma obra de Arte” (obra cit., pág. 396)

certo e convencido estava esse Professor emérito da Universidade de Nova Bruxelas, nessa obra-prima que legou à melhor literatura jurídica universal, que

“o Direito Puro, pela sua majestade e amplidão, é também uma crença e uma Fé (*item*, pág. 350).

2.4 Entre nós, com igual convicção, no mesmo sentido pregou o eminente *Ministro Octávio Kelly* ao ressaltar que, *litteris*,

“a Estética é tão ligada ao Direito quanto a Ética” (*in “Estética do Direito”*, Ensaios, ed. Globo, 1927, pág. 72),

assim focalizando o Direito na sua autenticidade mais pura, fora da sua rotineira e mecânica aplicação, *por dever de ofício*. Enfim, encarrando a sua aplicação consciente ante as peculiaridades de cada

caso concreto *sub judice*. Enfocando, assim, suas singularidades para apresentar a sua imagem real como uma “*estética particular*”. E visualizando, neste prisma, o Direito como

“uma demonstração enérgica de vida. Vida rica, poderosa, referta, feita de embates e contradições, faltas e incoerências, desrespeito de códigos e reparações — toda a tragédia humana transposta ao plano dos tribunais” (obra cit., págs. 73/74).

2.5 Impossível negar, na dinâmica do Direito, por seus *fins sociais*, em cada caso em julgamento ou julgado, o seu *sentido conseqüencial sociológico*. Face onde sobressai, por sinal, o *punctum saliens* do seu *verdadeiro papel na Sociedade*. Afinal, o único que, diretamente, leva à sua característica marcante de *função social*, esta que, para *J. Cezimbra Jacques*,

“surge *a priori*, enquanto o Direito surge *a posteriori*.”

2.6 Evidenciada, nessas condições, a preeminência dos *fins sociais* da Lei à sua inteligência e aplicação na hermenêutica legal sobrepara o interesse social superior — o *bem comum* — sobrepondo-se, portanto, à pequenez dos ambiciosos e estreitos objetivos do interesse social indefensável.

Assim — à luz desse entendimento — para que se faça Justiça não basta, apenas, no prazo legal, concisamente, decidir o feito *por dever de ofício*. É preciso altanar a ação do Poder Judiciário no exercício das atribuições próprias dos seus membros. Mister se faz para uma vida dedicada à Justiça, objetivando distribuí-la com fé e ideal, trabalhar com gosto, com muita propriedade, dizem os juristas franceses — *avoir le coeur au*. Tal como, ao falar de “*l’esclavage de la toge*”, em trabalho de admirável crítica construtiva, com toda razão, adverte *A. de Monzie*, no “*best-seller*” que foi (e ainda continua sendo) sua obra, sempre atual, “*Grandeur et Servitude Judiciaires*”, do qual destacamos esta passagem que, com a *devida venia*, reproduzimos *in expressis verbis* e *ne varietur*:

“Il faut nous résigner à la survivance d'une justice de métier, à cette antinomie de la justice du métier, le métier deformant la justice, comme la fabrication en série deforme l'art (obra cit., éditions KRA, Paris, 1931, Chapitre I, pág. 36).

No mesmo diapasão, enaltecendo no Julgador “*l'esprit d'initiative et l'horreur de la routine*”, o conceituado Juiz, do Tribunal de Seine, *G. Ranson*, em seu “*Essai sur l'art de juger*” — que mereceu prefácio encomiástico de *M. R. Poincaré*, membro emérito da “Aca-



démie Française” — tecendo ponderoso comentário sobre a ARTE DE JULGAR onde, em seus “*conseils utiles à sa fonction*” propugna por eficaz reação a esse “conformismo judiciário” nesta exortação, *verbo ad verbum*:

“Combatez sans relâche la routine et l’endurcissement apellés non sans quelque raison, de *formation professionnelle, conséquences de fonctions uniformement répétées*. Soeyz convaincu que le sentiment d’humanité, de commiseration, de pitié, ne sont inconciliables avec la mission qui consiste a proteger les honnêtes gens contre les entreprises de ceux que ne le sont pas” (obra cit., Paris, éditeur A PENDONE, 1912, 12me. éditions, págs. 56/67).

2.7 Neste passo, quer no campo da lógica quer da arte judiciária, há, ademais, que se distinguir a *interpretação extensiva da aplicação legal como Eqüidade* face à obscuridade ou ao silêncio da Lei.

Quando a Lei é muda cabe ao Poder Judiciário preencher, com os princípios gerais do Direito, o seu silêncio. Ou, em palavras semelhantes, como enfatiza *M. P. Fabreguettes*, o Magistrado que tanto destaque mereceu, como Juiz e Presidente da “*Cour de Cassation*” da França:

“Quand la loi est muette — mais alors seulement — les magistrats doivent suppléer à son silence” (*La Logique Judiciaire et L’art de Juger*, deuxième édition, Paris, 1926, cinquième partie, pág. 397).

2.8 O não julgamento de uma postulação envolve, sem dúvida, uma forma de, por via oblíqua, *denegar Justiça*. O que é defeso pela Moral e pelo Direito. Mais ainda, lesivo do *suporte essencial* e, ao mesmo tempo, *do fim da lei* que é, em *ultima ratio*, a sua *Função Social*. Porque a Lei — sem que haja paradoxo — na sua motivação existencial e finalística nele tem, ao mesmo tempo, sua *ratio essendi* e seus *Fins Sociais*. É neste prisma, *princípio e fim do Direito*, que dela emana e que objetiva assegurar. Daí a necessidade de — por *interpretação extensiva* — o Juiz, muitas vezes, estar

“obligé de faire l’application de la loi à des matières, à des cases quelle n’avait pas prévu” (*Fabreguettes*, obra cit., pág. 370),

porque ela é aplicável a todos os casos

“bien que non littéralement indiqués dans rédaction, s’y trouvent cepedant virtuellement compris dans son esprit” (*idem, idem*).

Quanto à possibilidade dessa ocorrência, o emérito Magistrado assim, *ex cathedra*, a explica e justifica:

“... comme toute oeuvre humaine, elle avait des imperfections, elle avait des lacunes, que la marche des années, les transformations sociales ont rendues plus sensibles et que d'ailleurs avaient prévu ses auteurs mêmes” (obra cit., pág. 370).

2.9 Na perquirição da *ratio legis*, deve o intérprete ter a prévia convicção de que o espírito de seu texto — embora em sentido objetivo mutável — *subit une évolution nécessaire au sens philosophique du terme* porque *ela é flexível, isto é, tende a evoluir para se adaptar às novas circunstâncias da conjuntura*. A interpretação extensiva é um dos modos que permitem o alcance dessa adequação inevitável e realística da Lei, até para que se não torne letra morta.

2.10 Mas, com vistas aos seus *Fins Sociais*, a Eqüidade é outra maneira correta de tornar efetiva a *Justiça Distributiva*. Não, porém, aquela Eqüidade que se sobrepõe, em bom-mocismo, acima da Lei, mas aquela que se apresenta, ante o caso *sub juris*, visando a suprir “o silêncio, a obscuridade ou a insuficiência da Lei”, sentenciando com a aplicação “des règles de la raison naturelle, dominées par la conscience et le droiture”, como, com moderação e doçura razoáveis, alijando o rigor do texto abstrato da Lei, aconselha *Fabreguettes* como *arte de bem julgar*.

2.11 De tudo quanto foi dito emerge, insopitável, enfim, a força do *direito natural*, que sob a epígrafe *Das Leis da Natureza*, nessa seqüência de grandes obras, vale citar *Montesquieu*, que na sua clássica e altissonante *Ciência Política*, já a entronizava, na *hierarquia das leis*, pontificando:

“À frente de todas estas leis, acham-se as *leis da natureza*, assim denominadas porque *derivam unicamente da constituição do nosso ser*” (in *O Espírito das Leis*, trad. port. de *Rodrigues de Meréje*, ed. Cultura Moderna, S. Paulo, pág. 33).

2.12 Assim, aí estão aquelas Leis que *Roguin* denominava, na *preponderância da sua posição hierárquica*, como “*leis universais da natureza* (*La Science Juridique Pure*, vol. I, pág. 193), afirmando-se “um espaço imenso e livre sem considerações de lugar ou de época”, formando, por seu *quid proprium*, um “*direito natural de conteúdo progressivo* que, para *Renard*, acompanha a evolução do instituto jurídico, como o germe acompanha o desenvolvimento do organismo” (*O Valor da Lei*, apud *M. M. Serpa Lopes*, in *Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. I, ed. Rio, 1943, pág. 30). *Direito Natural* que encontra seu fundamento primário na sua *absoluta neces-*



sidade para a Sociedade humana (Cathrein). E, acentuando a sua grandeza maior, Geny (*Science et Technique en Droit Privé Positif*), define como "l'irreductible Droit Naturel".

2.13 Há, todavia, a nosso ver, que não levar ao absolutismo, no alcance dessa mira do *direito natural*, a um linde de onipotência em que, todo-poderoso, alcançaria e invalidaria a própria Lei, considerada, *per se*, como *força moral* disciplinadora, em prol do Direito, das ações da conduta dos homens em sociedade, para a consecução do *bem comum*. Nessa linha de raciocínio, está a prudente advertência preconizada em genial observação de *Georges Ripert* (*A Regra Moral nas Obrigações Civis*, 2.<sup>a</sup> ed., Saraiva, S. Paulo, 1937), de que nessa enfocação da *regra jurídica* "a Lei é a força e contra esta força só podem lutar outras forças" (obra cit., pág. 441). Nessa colocação, útil e pertinente, porém, ressaltar, com o mesmo Mestre da Faculdade de Direito de Paris, que

"A Lei não apresenta como fonte da *regra jurídica* senão a grande vantagem de fornecer regras abstratas, gerais e permanentes" (obra cit., pág. 404),

certo, nessa focalização, sobretudo, que

"A *regra* não pode ser fornecida e aplicada senão considerando o *ideal moral* que o legislador se propõe realizar e para o qual o Juiz deve concorrer" (*idem*, pág. 400).

2.14 Não pode, por isso mesmo, em via oblíqua, o *direito natural* ser explorado num sentido que se o coloque divorciado desse *ideal moral*, certo que, a rigor, cada indivíduo defendendo "com os seus atos — a nota é ainda de *Ripert* — uma certa *concepção moral do Mundo, luta pelo direito*" (obra cit., pág. 409). Luta pelo Direito onde, no entanto, não cabe o "*direito* de agir de má-fé, porque, como proclama também *Ripert*, "este *direito* não é um direito positivo a que se possa opor não sei — diz ele — qual outro direito chamado para distinguir do primeiro, *direito natural* ou *direito ideal*" (*idem*, pág. 409). Daí se impõe a lição de que a Lei como *regra jurídica* há de estar abroquelada para ser respeitada, na sua aplicação, no *substractum moral*, de um escopo superior. Que reside tanto na sua *função social*, como, igualmente, no seu *fim social*, ou, bem entendido, como preleciona o citado *Prof. Georges Ripert*, que "a Moral gira em torno do Direito" e só vencerá quando

"por uma ação bastante forte, *daqueles que lutam para realizar a sua concepção moral*, o legislador ou o Juiz tiverem que ceder" (mesmo livro cit., pág. 411).

2.15 Para lograr esse *desideratum*, que engloba a *função social* e os fins sociais da Lei é preciso que haja *ideal na aplicação*

do Direito, ou — que vale o mesmo — na *Justiça Social Distributiva*. Enfim, como enfatiza, na conclusão da sua obra magnífica, Ripert:

“Se se quiser que o direito fique *impregnado de ideal*, é preciso mantê-lo em comunhão com as *idéias morais que julgamos superiores a todas as outras*, quer por uma crença invencível, quer por uma confirmação científica de progresso que elas trouxeram à sociedade dos homens” (pág. 412, *in fine*).

2.16 Nesta altura, afigura-se-nos bem moldadas as vigas-mestras em que se alicerça a construção moral e estética, onde o *jus conditum* funda, básica e estruturalmente, a arte de julgar frente ao Direito Pátrio. Referimo-nos ao seguinte princípio magno consagrado no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil:

“na aplicação da Lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

2.17 Posteriormente à vigência do Código Civil — 01 de janeiro de 1917 — a sua Lei de Introdução, contendo 21 artigos, dispunha de outra maneira, disciplinando as respectivas matérias de modo sensivelmente diverso. Assim, inexistia essa regra no sistema anterior do nosso Código Civil. Com o advento da nova Lei de Introdução ao Código Civil — Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 — que diminuiu em três artigos a Lei primitiva, houve uma notável alteração no sentido da ampliação dos poderes do Juiz na aplicação da Lei, ao facultar-lhe o atendimento dos *Fins Sociais a que ela se dirige* e às exigências do *bem comum*, além de, nos casos de omissão, outorgar-lhe competência decisória de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (art. 4.º da Lei atual).

2.18 O *interesse social*, visado pela Lei, e o seu supremo objetivo ideal — a consecução do *bem comum*, alvo máximo nas sociedades democráticas — são hoje, no nosso Direito Positivo, de conseguinte, os parâmetros que devem figurar na equação do *thema decidendum* para que, julgando a lide, o Juiz aplique a Lei *in concreto*.

São, conseqüentemente, os casos julgados dando lugar à jurisprudência que, preenchendo as omissões ou lacunas da Lei, em especial nos casos dúbios ou de soluções opinativas diferentes, vão *adequando a Lei à realidade conjuntural* e — o que é mais importante — assim atuando para, como, certamente, comenta M. M. de Serpa Lopes,

“estabelecer o direito para um caso determinado, representando, rigorosamente, os Interesses Sociais” (Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil, vol. I, ed. Rio, 1943, n.º 42, pág. 100),



acrescentando, com não menos razão, que

“Esses precedentes jurisprudenciais, assim reiterados, adquirem um valor indiscutível” (obra cit., *in loco cit.*).

2.19 Vale aqui, a respeito desse valor da Jurisprudência, por sua justeza, transcrever este trecho do Acórdão prolatado pelo Colendo Tribunal de Apelação do antigo Estado do Rio de Janeiro, acatando o voto brilhante do eminente *Des. Ivair Nogueira Itagiba*, seu Relator, em Sessão de 17 de setembro de 1942, e que bem se pode alinhar entre aqueles que expressam, com autenticidade, a *arte de bem julgar*, a que já aludimos:

“O Juiz, órgão do poder estatal, não pode ser incondicionalista. Para criar na Justiça Mundos de incomparável beleza terá de dissipar a inteligência, a coragem e a bondade. O apego cego à letra da Lei, o feiticismo da forma sacramental, o misoneísmo jurisprudencial e a interpretação tradicionalista criam o império da rotina, da petrificação, da imutabilização do universo jurídico. Muita vez é necessário por à margem o elemento físico, material, da Lei, para se ater à sua substância incorpórea, intrínseca, atendendo, desse modo, à evolução, à necessidade social, à realidade da vida humana e à realidade social, à realidade da vida humana e à relatividade das cousas. Acima da justiça legal, a justiça moral, o direito justo sobre o direito legal. Os casos concretos, dest’arte, não podem deixar de ser apreciados à luz da realidade, com inspiração no bom senso, na brandura, no direito racional e científico, examinada a prova pelo critério da livre convicção, com humanização do texto legal. *A verdade formal deve figurar abaixo da verdade verdadeira, da verdade material.* As ficções de direito, os princípios rígidos e injustos, as regras apriorísticas, as presunções legais, tudo isso cede lugar, no campo do direito civil e criminal, à inteligência, ao entendimento, à percepção e ao raciocínio do magistrado que, de pesquisa em pesquisa, com elevado critério lógico e bom senso, busca a verdade fundamental da justiça íntegra, que é a própria equidade. Só por esse meio é permitido ao Juiz, examinando livremente o caso concreto no seu conjunto, em todos os seus múltiplos e variados aspectos, proferir uma decisão justa” (*in Arquivo Judiciário*, vol. 64, pág. 225).

2.20 Na solução deste caso, frente aos fins sociais da norma em que lastreia sua decisão o Dr. Juiz *a quo*, não se pode deixar de *viver esta causa*. Dissemos *viver*, propositadamente, na convicção que tinha da sentença judicial o saudoso *Desembargador J. A. No-*

gueira quando, alto e bom som, proclamava, em sua obra *Aspectos de um Ideal Jurídico*, que cada dia e cada vez mais valorizamos e admiramos, — *Viver e o Termo Próprio e Insubstituível* (obra cit., Rio, ed. 1926) onde, como raros juristas o fizeram, com plenitude de ideal de busca e alcance da Justiça, bem definiu a *verdadeira missão do Juiz* — executor e partícipe da Lei, como ele próprio se confessou. Juiz que, realmente, no estudo e na aplicação da disciplina que chamou "*disciplina artística do Direito*", sempre foi o hermeneuta atento para os motivos e fins humanos da Lei porque, para ele, na "terrível e difícil missão de julgar".

"a *hermenêutica dos fins sociais e humanos* constitui uma obra de franqueza, de lealdade do Juiz para consigo mesmo e para com os seus concidadãos" (*idem*, pág. 18)

ante a sua proclamada convicção de que

"Aplicar as normas legais às realidades mais ou menos informes e arestosas, que diariamente se apresentam sob forma de litígios, em conflitos muitas vezes surpreendentes pela sua complexidade e inadaptabilidade a quadros rígidos e abstratos, tem algo de semelhante ao gesto do escultor que tem de tirar, miraculosamente, da pedra bruta as linhas harmoniosas de suas estátuas: *Nam ut eleganter Celsus definit: jus est Ars bonit et aequit* (Ulpiano, fr. 1, pr. D.1, 1)" (*idem*, pág. 27),

para, enaltecendo a *sensibilidade jurídica*, inerente à arte de julgar, responsabilizando a missão do verdadeiro Juiz, divina e humana, há um só tempo, concluir, como que em peroração, numa das mais belas páginas que talvez se a tenha situada e apreciada, que, com a *devida venia*, não comportando resumos nem reproduções parciais, por isso, passamos a transcrevê-la, *in expressis litteris*:

"Ai do Juiz incapaz de sentir essa altíssima elegância da Arte do Direito! Suas sentenças dificilmente poderão ser *justas*, porque não vingarão ser *belas*.

A justiça é um ritmo e o amor a esse ritmo superior afasta, espontânea e irresistivelmente, de todas as dissonâncias de ordem moral ou social — é por si só uma garantia de serenidade. O desejo de estilizar ética e esteticamente uma decisão basta para conjurar as diabólicas intervenções dos "sofismas do coração", como lhes chama *Fabreguettes* ou dos sofismas da paixão, mais nefastos e terríveis do que tudo, porque *ante omnia integritas iudicium quasi portio est virtusque propria*. O Julgador que se eleva a essa hiperestesia jurídica sempre que termina uma sentença — *obra d'arte de equilibrio espiritual* — pode ex-



clamar, imitando *Picard* ao concluir sua obra admirável: Uma maneira superior, senão de compreender, ao menos de aplicar o Direito não é menos emocionante do que uma obra de Arte. Ao esperá-la o sangue circula mais rápido e mais ardente. Não experimento simplesmente o alívio vulgar de quem chega ao termo de um trabalho prolongado. É mais remontadamente, a *efusão grave e comovida do jurisconsulto que, às ironias e insídias com que tentariam em vão atingi-lo, a fim de abalar-lhe a Fé, responde com todas as forças de sua alma jurídica: Eu creio, eu Vejo o Direito em toda a sua Beleza, e isso me basta!* Aí está porque o grande *Celso* tinha razão de dar, elegantemente, ao Direito o nome de *Arte: Nam ut Celsus eleganter definit: Jus est ars boni et aequi*".

2.21 A estas nossas diretrizes, em palavras repassadas da nossa maior candura e sinceridade, não se pode nem deve emprestar significado de literatura jurídica ou poética do Direito e da Lei na arte de julgar. Nem se as diga *prolixas*, porque, para nós, até em termos de exemplaridade, são *necessárias*: definem, dentro da nossa mais pulcra formação jurídica, *conscientemente*, o nosso modo de, em milícia ativa de *Magistratura de Pé*", pugnar pelo *Direito Justo e Humano*, dentro das nossas limitações envidando todos os esforços para, em verdade, buscar *Promover Justiça* e, por outro lado, pugnar como *Fiscal da Lei e da sua Execução* para que, fielmente, esta seja aplicada com vistas, sobretudo, aos seus *Fins Sociais* e aos reclamos do ideal democrático superior da consecução do *Bem Comum*. Tal como, aliás, em princípio geral relevante de *Direito Puro*, exige o mandamento do art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Este modo de ser é, para nós, um *Credo*, que, até onde forem as nossas mais acrisoladas capacitações *na prática das afirmações do Ministério Público* e, ao menos, como estudioso e crente do Direito como o Direito é e deve ser, como juramos em nossa colação de grau em Direito, jamais haveremos de mudar ou desmerecer, sejam quais forem os embates, dificuldades, provações e decepções.

É a nossa Fé num ideal acendrado que cultivamos; e mais entusiasmados ficamos quando o encontramos esculpido em lições magistrais como as que citamos para abroquelar, *in specie*, a nossa repulsa veemente à desumana decisão apelada, na sua injustiça gritante, que se contém, *data respecta*, revoltante na sua errônea negativa de *restituição do pátrio poder à Apelante*. Para nós *pessoalmente* em absoluto uma desconhecida. Todavia, *como ente humano*, visível, respeitável e digna sob todos os títulos e ângulos na sua reivindicação, legítima e impostergável, do seu *Direito Natural Inegável de Mãe*.

O *fim da Lei* é um só e único — a *Justiça*. Que, por sua natureza e finalidade, perderá sua razão de ser se não for *Justiça Social, Voltada para o Bem Comum*.

Nesse sentido a Lei é mero *instrumento*, simplesmente um *meio*, nada mais, enfim, que uma *condição para alcançar uma solução humanamente justa*, que não pode ser, de nenhum modo, negatória ou aberrante dos seus *Fins Sociais* nem orientada para outra meta que não seja o *Bem Comum*.

É neste prisma que enfocamos o caso destes autos ao opinarmos pela reforma da cruel sentença recorrida.

2.22 No Direito de Família contemporâneo, no que tange à guarda e criação dos filhos menores, toda a preocupação legal está dirigida no sentido do seu amparo, qualquer seja a situação fática ou jurídica visualizada.

2.23 No Direito Romano, a *patria potestas*, face à própria organização da *antiga* família patriarcal, dominante à época, estava centrado no poder incontestável do *pater familia* e, que, como seu chefe, era o "*senhor de todos*", em termos de verdadeira escravidão. Mas, esse absolutismo de poder sobre os filhos, mesmo quando já maiores, sofreu, mesmo no organismo social romano, grande restrição.

Dessa evolução nos dá notícia *Luiz Fernandez Clerigo*, — *El Derecho de Familia en la Legislacion Comparada* (México, ed. Hispano-Americana, 1947). E nos dá este resumo que, *quantum satis*, bem a situa:

"El Derecho pretorio, en éste como em otros muchos aspectos, modifíco y suavizo tan dura constitución familiar; pero de todos os modos, su carácter rígido y civil sólo se transformó, sustancialmente, por la enorme influencia de Cristianismo y de Derecho germano" (obra cit., pág. 277).

Mais ainda, acrescenta o eminente tratadista, esse poder de carácter inflexível e rígido dos princípios consagrados pela Revolução Francesa se

"abolió en realidad la patria potestad, tal y como se concebía a través del Derecho de Roma, en las comarcas sujetas al llamado Derecho escrito, suprimiendo muchas de las facultades del poder paterno y singularmente el usufruto concedido a los padres sobre los bienes de sus hijos menores",

aduzindo, ademais, que

"El ejemplo del Código de Napoleón fué seguido por casi todas las legislaciones latinas que se inspiran em sus principios, y por la mayor parte de las latinoamericanas" (obra cit., pág. 278).



2.24 Neste particular, — e aqui já atingimos o ponto mais nevrálgico da *quaestio* — importa se assinale que há muitos mais modernos e bem orientados Códigos, a exemplo do francês (citado pelo douto Promotor de Justiça signatário da promoção de fls. 29/32), estabelecendo como causa expressa e taxativa de recuperação do pátrio poder, pelos *pais de sangue*, a morte do *pai adotante*.

Mesmo para aqueles Códigos que, como o espanhol, silenciam, sobre essa recuperação, a Jurisprudência tem decidido afirmativamente, isto é, “resultado que la patria potestad vuelva a los padres naturales” (Cf. L. *Fernandes Clerigo* in obra cit., pág. 242). E Códigos outros existem que não conferem um verdadeiro direito de pátrio poder ao adotante, porque dão a estes apenas certas faculdades assistenciais e tutelares sob controle jurisdicional do Poder Judiciário, reservando, porém, para aqueles a *patria potestas*, quando chamados a exercê-la em surgindo necessidade ou interesse do filho menor. Esta, aliás, a tendência predominante no moderno Direito de Família. Assim a adoção vem assumindo, pois, tão-só, uma feição de instituição de guarda e criação do menor, pelo pai-adotante, não mais um direito de pátrio poder sobre a pessoa e bens do filho menor adotivo. Tendência que é de Justiça Social, *fazendo desse modo sobrepor-se a quaisquer outros os Fins Sociais, que a Lei Consagrou*.

2.25 O Estatuto Civil pátrio, em verdade, é omissivo ou, melhor dito, silencia quanto à *patria potestas* quando, em havendo adoção, morre o adotante deixando, com esse evento, o adotado menor sem responsável pela sua guarda e criação, embora tendo pais de sangue vivos.

#### *Quid inde? Quid juris?*

A nosso ver, trata-se não de uma *omissão voluntária* da Lei, não de um *silêncio propositado*, mas, simplesmente, de uma *falha involuntária* — lapso ou olvido do legislador na visualização do problema — não, porém, uma *obscuridade intencional, proposital, premeditada*, enfim, para impedir a volta do *pátrio poder* que, por supremo e incontestado direito natural, tinham os pais de sangue. E que, até por elementar princípio de Equidade, lhes deve ser restituído. Em nosso ponto de vista, *de plano* se em bem do filho, sem maiores indagações ou quaisquer óbices. Até *corvée* de postulação formal ou súplica judicial. Justamente por ser, tão pura e simplesmente, *mero retorno de direito preexistente*.

*Ex hypothesi*, prudente e sábio é o ensinamento abalizado de *Carlos Maximiliano*, em sua obra clássica, que, por sua relevância no desate deste tema — típico problema de interpretação de Lei e aplicação de Direito — útil e pertinente se nos afigura reproduzi-lo, *ne varietur*:

“Nem sempre é fácil estabelecer a diferença, entre o *silêncio propositado*, que significa recusa de ação, e a

*deficiência ocasional, que se deve suprir pelos meios regulares — analogia, Direito subsidiário, Eqüidade” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio, 3.<sup>a</sup> ed., n.º 56, pág. 74). 74).*

Vale lembrar que essa obra notável, onde se contém magistrais lições de interpretação da Lei e do Direito, foi publicada ao tempo da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, certo que a atualmente em vigor — Decreto-Lei n.º 4.657 — foi promulgada em 4 de setembro de 1942, como já vimos. Isto é importante *in casu* porque na aplicação do Direito ao caso concreto, àquele tempo, não vigia o atual dispositivo do art. 5.º que, imperativamente, manda na aplicação da Lei o Juiz atender aos *finis sociais* a que ela se dirige e às exigências do *bem comum*, que outras não são as pertinentes à distribuição da *Justiça Social*.

Escrevesse *Carlos Maximiliano* após o advento da Lei 4.657, de 1942, o seu magnífico trabalho de hermenêutica, e, por certo, tão douto juriconsulto teria profligado, com rara veemência, a sentença tão desumana, além de, *data venia*, obviamente, legalmente errônea e inominavelmente injusta do Dr. Juiz a *quo*.

2.26 Numa visão panorâmica mais ampla e abrangente da norma fundamental da aplicação do Direito na legislação brasileira, que se contém no art. 5.º da Lei de Introdução ao nosso Código Civil, não há como deixar de focalizar-se a disposição em exame senão à luz da sua interpretação, porque — a observação é de *Serpa Lopes* — “a aplicação envolve necessariamente a interpretação” (obra cit., n.º 47-B, pág. 121).

Se aos pais de sangue cabe o direito ao pátrio poder, concedê-lo, em vida daqueles, a outrem — o *pai adotivo* — é outorgar a este, *excepcionalmente*, esse *direito natural*.

Nesse pressuposto, válida se nos afigura, no deslinde do *punctum dolens* desta causa a invocação do brocardo da *communis opinio* dos doutores romanistas — *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* — conceito que corresponde ao princípio geral e universal de Direito de que *interpretam-se restritivamente as disposições derogatórias do Direito Comum*.

Não nos repugna a invocação desse brocardo. Brocardos são, para nós, repositórios preciosos da *ratio essendi* do nosso próprio Direito, que tem suas raízes mais profundas na sabedoria, *sempre atual*, do Direito Romano, posta não raro em destaque pelas glosas dos seus maiores doutores. E até mesmo, muita vez, espelhando sínteses decisórias pretorianas ante a reação do bom senso das verdades do Povo contra preceitos legais informes, arestosos e injustos. Pensamos, com o insigne *Carlos Maximiliano* — sem favor, entre nós, o *primus inter pares* dos maiores Mestres da hermenêutica e aplicação do Direito — que



“Não há efeito sem causa: a predileção tradicional pelos brocardos provém da manifesta utilidade dos mesmos. Constituem sínteses esclarecedoras, admiráveis sùmulas de doutrinas consolidadas. Os males que lhes atribuem, são os de todas as regras concisas: decorrem não do uso, e, sim, do *abuso dos dizeres lacônicos*. O exagero encontra-se antes na deficiência de cultura ou do temperamento do aplicador do que no âmago do apotegma. Bem compreendido este, conciliados os seus termos e a evolução do Direito, à letra antiga e as idéias modernas, ressaltará ainda a vantagem atual desses comprimidos de idéias jurídicas, auxiliares da memória, amparos do hermeneuta, fanais do Julgador vacilante em um labirinto de regras positivas” (obra cit., n.º 287, pág. 283).

Não temos dúvida, por isso, do *caráter excepcional* da perda do *pátrio poder* pelos pais, *legítimos* ou *naturais*, em favor do *adotivo*, por força da adoção. E em se encarando o *pátrio poder* do adotante nesse *sentido de exceção*, desaparecendo, por qualquer motivo, como, *v.g.*, a morte desse titular excepcional da *patria potestas*, volta, obviamente, a prevalecer a *regra geral*: recuperam os pais de sangue esse direito natural sobre o filho menor que fora adotado.

2.27 Noutro prisma — haver-se a hipótese como conseqüente de lacuna da nossa Lei Civil quanto a essa restituição do *pátrio poder* em face ao óbito do adotante — outra não é a conclusão que, *de lege*, se impõe ao aplicador do Direito — aos pais de sangue retorna o *pátrio poder*.

Nesse ângulo, o enfoque, porém, já não mais é de *interpretação*. Esse entendimento se apóia na própria norma de *jure constituto* — a citada Lei de Introdução ao Código Civil quando, em art. 4.º, claramente, prevê:

“Quando a Lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito”.

Convencendo-nos, mais ainda, do acerto da nossa assertiva de que essa problemática de como, onde, para onde e até onde suprir a omissão da Lei transcende a simples solução da sua hermenêutica encontramos igual inteligência na magnífica monografia de *Serpa Lopes*, a que já antes aludimos, neste escorço de direito opinativamente aplicado.

A respeito, escreveu o saudoso Professor e Magistrado, que tanto honrou a Justiça local:

“Para nós — diz ele — entendemos não poder enquadrar-se no *conceito de interpretação* o problema da lacuna da Lei.

Este último envolve uma questão de *aplicação do Direito* e não de *interpretação*.

Já vimos, na análise feita ao *processo de aplicação do Direito*, que não prescinde da premissa maior — a *norma abstrata*.

Ora, quando há uma lacuna da Lei importa isso na *falta da norma abstrata*, da premissa maior. Que faz então o Juiz? Interpreta? Absolutamente. O seu papel consiste em *buscar a norma abstrata*. Só depois de achá-la é que irá interpretá-la, para sua aplicação se consumir.

Há em tal situação, uma *pesquisa do Direito* e não uma *interpretação*. É a necessidade, a imprescindibilidade da existência de uma norma que, não encontrada na regulamentação jurídica, *cumpra ao Julgador* descobri-la no sistema geral que o próprio Direito apresenta” (obra cit., n.º 47-B).

E, concluindo esse judicioso comentário, finaliza o inolvidável civilista ponderando que

“*Pesquisar uma norma para preencher um vácuo da legislação, não é o mesmo que perquirir o sentido de uma norma, encontrá-la e declará-la ajustada aos casos concretos (ibidem).*”

Nesta pesquisa, *in concreto*, cremos que para essa recuperação do *pátrio poder* em favor da mãe de sangue, — autora-apelante — por ser sobrevivente à mãe adotiva do menor, que se pode preencher a lacuna ou omissão legal, referida, de não haver o Código Civil pátrio previsto o *status* do menor diante do falecimento do adotante. Se há, nessa mesma nossa Lei Civil, norma assegurando, por um lado, que

“Art. 380. Durante o casamento, compete o *pátrio poder* aos *pais*, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. *Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo, com exclusividade*”,

e, por outro lado, prevendo que

“Art. 382. Dissolvido o casamento *pela morte* de um dos cônjuges, o *pátrio poder compete ao cônjuge sobrevivente*”,

com tais normas, por irrefutável lógica dedutiva e perfeita adequação analógica, *a fortiori*, força convir impõe-se, inegavelmente, essa volta, *por parentesco natural*, à mãe de sangue — *sobrevivente à adotiva*.



Esse *retorno* ou *recuperação* do *pátrio poder* pelo pai natural, em tal hipótese, é mais que justificável ante os *fins sociais da Lei*: é um lúdimo e incontestável clamor de Justiça Social.

Se, pela morte de um dos pais, passa a *patria potestas*, independente de qualquer ato judicial, *por sua própria força sucessória*, para o *pai sobrevivente*, com muito mais fortes razões, cessando com o óbito do adotante — mero pai adotivo — o seu retorno, *ao pai de sangue*. É exigido, desde logo ocorra o evento letal, *in articulo mortis*, pela razão superior do *parentesco natural*, não extinto pela adoção.

Há, portanto, repudiando o desalmado *decisum* objeto deste procedente recurso, mais que argumento, s.m.j., tão sério quão escoreito. Mesmo porquê — assevera *Biagio Brugi*, emérito Professor das Universidades de Pádua e de Pisa, em suas *Instituições de Derecho Civil*, tradução da 4.<sup>a</sup> edição feita por *Jaime Simo Bofarrul* (ed. Hispano-Americana, México, 1946) — “los efectos de la adopción no alteran en lo más mínimo los derechos y deberes del adoptado para con la familia por la sangre” (§ 87, pág. 479, *in fine* da obra cit.).

2.28 Vale recordar que o *pátrio poder* é mais que um instituto legal. É, por seu *quid proprium*, de muito mais elevado significado e efeitos jurídicos: é um *munus*, *centrado*, *exclusivamente*, *no bem do filho menor*. Daí o controle jurisdicional que sobre ele tem o Estado e se exercita através do Poder Judiciário, com arbítrio não só de controlá-lo, no interesse do filho, através de faculdade de, e.g., decidir sobre a sua extinção ou sobre a sua privação, quer *temporária*, quer *definitivamente*, conforme o justifique a sua *suspensão* ou *extinção*.

2.29 Além de vários V. arestos assecuratórios da volta, *ao pai de sangue*, do *pátrio poder* em caso de falecimento do pai adotivo, jurisprudências dos mais gabaritados têm se manifestado nessa mesma linha de entendimento.

Para não alongar mais este trabalho — *extenso*, *mas não tanto quanto o nosso ideal de promover Justiça* — vamos nos restringir a aqui transcrever, tão-só, as opiniões de um dos juristas do mais alto quilate e superior conceito atual — o grande Mestre baiano *Orlando Gomes* que aborda o tema da *extinção e recuperação do pátrio poder* deste modo douto e convincente:

“A *perda do pátrio poder* não implica sua extinção no sentido de afastamento definitivo ou impossibilidade permanente de continuar no seu exercício. O *pátrio poder perdido pode ser restabelecido*, provada a regeneração do pai ou *desaparecida a causa que a determinou*. A reintegração no exercício do *munus*, de que o pai foi privado, deve ser pleiteada judicialmente”, esta a única ressalva, deste brilhante civilista em seu livro *Direito de Família* (ed. Forense, Rio, 1.<sup>a</sup> ed., 1968, n.º 184, pág. 293).

2.30 Antes de encerrarmos este nosso pronunciamento, cabe, ademais, apreciar um outro aspecto que bem ressalta o grave erro em que, *data venia*, incidiu o Dr. Juiz sentenciante. Aspecto que, aliás, bem verberado foi, como de desnaturador da tutela, na promoção da ilustrada Dra. Promotora de Justiça em exercício junto ao Juízo recorrido chamando-o, com carradas de razão, de “situação estranha e até constringedora” (*verbis*, fls. 32).

A sugestão do Juízo *a quo* — que até poderia parecer, *ad instar* de equidade — quando diz:

“nada obsta, contudo, que o pai ou a mãe de sangue, que tem o direito e dever de cuidar do filho quando cessa, ainda menor, a adoção, seja nomeado, através de procedimento específico, *tutor desse menor*, cujos atos serão regidos pelas *regras relativas à tutela*, e não ao pátrio poder”,

é, *rogata maxima venia*, além de monstruosamente desumana, solução que aberrava não só do senso jurídico, mas até do mais elementar bom senso. É, mais ainda, frontalmente, *contra legem*. Nessa parte a sentença apelada é cega e surda ao que mostram e dizem as seguintes disposições do Código Civil, *em pleno vigor*, inseridas nos arts. 406 (onde, no elenco dos casos em que são postos os filhos menores, inexistente qualquer referência à perda do *pátrio poder* pelo adotante), 407, (que assegura a competência para nomear tutor aos parentes que enumera, dando, para esse fim, prioridade ao pai e à mãe), 409 (que só em falta de nomeação de tutor, pelos pais, dá esse direito a certos parentes consangüíneos) e 410 (que estabelece quando a nomeação de tutor cabe ao Juiz, sem incluir, na sua casuística, a perda do *pátrio poder* pelo adotante).

Sobre esta solução “salomônica”, aventada pelo ilustre Juiz de 1.<sup>a</sup> Instância, para finalizar, passamos a transcrever, *verbo ad verbum*, esta magna lição do douto Professor de Direito Civil da Universidade de São Paulo *Washington de Barros Monteiro*, altissonante na sua justeza de Doutrina e objetividade técnico-jurídica, além de adequada, sob medida e porporções, ao caso *sub judice*:

“Finalmente, o pátrio poder é incompatível com a tutela. Nessas condições, não se nomeia tutor a menor, cujo pai, ou mãe, não foi suspenso ou privado regularmente do pátrio. Suspende-se ou tira-se primeiro o pátrio poder ao genitor, para depois dar tutor ao incapaz.

*Nomear tutor a quem tem pai, ou mãe, no exercício dos seus direitos, não é jurídico, antes aberrava das disposições legais em vigor”*

(*Curso de Direito Civil* — 2.<sup>o</sup> vol. — *Direito de Família*, ed. Saraiva, São Paulo, 1968, pág. 295).



Com a juridicidade e eloquência desta assisadas palavras, nada mais temos a aduzir. *Legem habemus. Tollitur quaestio.*

*Ex positis*, não pode, a nosso ver, manter-se a sentença apelada — além de ilegal é injusta. Como pretendemos, exaustivamente, haver demonstrado, no cumprimento da nossa missão de Ministério Público, promovendo Justiça, representando os superiores interesses sociais e fiscalizando a Lei e a sua fiel execução.

Nessa sincera convicção, somos pela reforma, *in totum*, da sentença apelada e, em conseqüência, *pelo integral provimento desta apelação*, a fim de que seja reconhecido o retorno do *pátrio poder*, sobre seu filho menor, em favor da autora-apelante.

Este, de consciência, o nosso parecer — *sub censura* do Juízo douto e superior dos eminentes Desembargadores que compõem esta tão conceituada Egrégia 5.<sup>a</sup> Câmara Cível.

Rio de Janeiro, RJ, 12 de abril de 1979.

ARNALDO RODRIGUES DUARTE  
Procurador da Justiça

---

Nota: A Egrégia 5.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na forma do parecer *supra*, deu integral provimento ao recurso. Relator: Sr. Des. Graccho Aurélio.