

Apelação. Adoção por tio-avô, que já tem paternidade socioafetiva com o adolescente, preservando-se o poder familiar da genitora biológica. Inexistência de nulidade na prolação de sentença por juiz removido. Ausência de prejuízo. Juiz lotado na comarca que ratificou a sentença em sede de juízo de retratação. Estudos social e psicológico que demonstram o forte vínculo entre requerente e o adolescente, tal qual pai e filho. Paternidade socioafetiva configurada. Regularização que traz benefícios para o adolescente. Dignidade da pessoa humana. Direitos prioritários. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

6ª CÂMARA CÍVEL DO TJRJ

PROCESSO Nº 0079375-28.2012.8.19.0001

APELAÇÃO

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: XXX

RELATOR: DES. BENEDICTO ULTRA ABICAIR

Adoção - Vara da Infância, Juventude e Idoso da Capital

EMENTA: Apelação. Adoção por tio-avô que já tem paternidade socioafetiva com o adolescente, mantendo-se poder familiar da genitora biológica. Inexistência de nulidade pela prolação de sentença por juiz removido. Ausência de prejuízo. Juiz lotado na comarca que ratificou a sentença em sede de juízo de retratação. Estudos social e psicológico que demonstram o forte vínculo entre requerente e o adolescente, verdadeiramente de pai e filho. Paternidade socioafetiva configurada. Regularização que traz benefícios para o adolescente. Melhor interesse da criança. Interpretação sistemática e teleológica do art. 41, analisando-o sob a ótica do princípio da razoabilidade. Afetividade que não é facilmente modificável. Estudo psicológico. Danos à personalidade da criança e/ou adolescente pelo desrespeito aos seus vínculos afetivos preestabelecidos. Dignidade da pessoa humana. Direitos prioritários. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

**Exmo. Sr. Desembargador Relator,
Colenda Câmara,**

I - Relatório

Trata-se de pedido de adoção iniciado por XXX, narrando que desde o nascimento do menor Y, em 2002, este vive em companhia do requerente e de

sua genitora. O pai biológico só tivera contato com a criança duas vezes, nos seus 02 e 04 anos de idade, nunca tendo demonstrado qualquer carinho, sem possibilidade de vínculo afetivo.

Tal pai biológico, aliás, não teria registrado o menor, que sempre foi tratado pelo requerente como filho. A inicial alega que o pai biológico está em lugar incerto e não sabido, e que o menor sempre tratou o requerente como se fosse seu pai legítimo. A genitora consente com o pedido¹.

Ao final, a inicial pediu a dispensa do estágio de convivência e o deferimento da adoção, devendo o adolescente passar a se chamar Y de Tal (doc. 02).

Certidão de nascimento de Y no doc. 08, mostrando que ele nasceu em 19/10/2002 e está registrado apenas com o nome da mãe, Z.

Em audiência, foi ouvida a genitora, a qual informou que **Y chama XXX de pai** e que concorda com a adoção do filho em favor do requerente. Ouvido o menor, ele disse que nunca viu o pai biológico; que **desde 2009 chama XXX de pai**; que tinha 9 anos na data da audiência; que **deseja ser adotado por XXX; que o requerente lhe dá carinho, amor e atenção** (doc. 24).

Relatório social no doc. 26/28 alertou que o requerente é tio materno de Y e reside em casa situada no mesmo terreno onde este mora com a genitora. Narra que o **requerente é presente na educação e nos cuidados de Y**, embora tenha uma companheira:

"(...) Desde que a Sra. Z foi para a maternidade dar à luz, o Sr. XXX a acompanhou e passou a tomar as providências necessárias ao bem estar do infante, inclusive com vestimentas, sapatos, plano de saúde, pagando-lhe a escola, levando-o para viagens e participando ativamente da vida da criança, seja através de cuidados básicos, dos passeios, do comparecimento à escola, entre outros.

Informaram que Y passou a chamar o Sr. XXX de pai espontaneamente, talvez incentivado pelas pessoas conhecidas (da escola, do hospital, etc.) que se referiam a ele como pai do infante, fato que ele não corrigia. Acrescenta-se que o Sr. XXX reforçou esta relação, quando apresentava Y como filho.

A Sra. Z contou que Y é seu único filho e o genitor do mesmo não o reconheceu. Embora o tenha conhecido quando era recém nascido, nunca colaborou nem o visitou. Ela foi mãe aos 17 anos de idade. Há 04 anos mudou-se com a família para o atual endereço. Revelou que Y sempre teve a figura de XXX como pai e fica zangado quando alguém nega a paternidade."

¹ A genitora inclusive assinou a inicial junto com o requerente. Além disso, há uma declaração de concordância, sem firma reconhecida, no doc. 07.

O estudo constatou ainda que o requerente tem união estável há 12 anos com K, a qual aceita a adoção de Y. Ademais, diz expressamente que a criança está bem cuidada, frequenta a escola, tem boa saúde e *“afirma que XXX é seu pai”*.

O estudo anota também:

“A ausência da figura paterna biológica foi substituída pela do requerente que, não tendo filhos, passou a exercer a paternidade da criança. Ambos possuem uma identificação, possuem hábitos em comum, afinidade, se apresentam como pai e filho.

O Sr. XXX acompanha o progresso escolar da criança, verificando seu caderno, auxiliando-a nos deveres escolares e indo à Instituição. Também participa da sua situação de saúde, de seu lazer, de sua educação familiar e, por vezes, a criança dorme em sua casa e viaja com ele.

Relataram que há cerca de 03 ou 04 anos Y pediu para o Sr. XXX ser seu pai e, a partir de então, assim o tem tratado.

O requerente apresentou apego, afeto e cuidados com Y, considerando-se uma referência para a criança.”

O estudo então conclui que **há relação afetiva paterno/filial entre o Sr. XXX e Y**, que foi se estabelecendo e reforçando desde o nascimento do infante. Y e XXX se tratam como pai e filho e o requerente vem atendendo ao infante em todas as suas necessidades e participando ativamente de sua educação e cuidados. Há afeto e afinidade. Tanto a genitora como a família concordam com a adoção, embora o requerente seja tio-avô da criança.

Por isso, a equipe deu parecer favorável à adoção pleiteada, mesmo com a manutenção do nome materno na certidão de nascimento.

Estudo psicológico nos docs. 32/37, apontando que Y e XXX desenvolveram um *“vínculo paternal”*:

“Y sempre o chamou de ‘pai’ e XXX assumiu por ele esta função, responsabilizando-se afetivamente e financeiramente pelo mesmo. Como já existe de fato um relacionamento entre pai e filho, o requerente deseja regularizar esta situação para que Y possa ter legalmente os direitos que a adoção pode lhe garantir”. (doc. 33)

Neste estudo, XXX informou que havia se separado de sua companheira, que não tem filhos biológicos e nem adotivos, *“embora tenha uma relação parental com Y”*.

XXX também relatou que tem sentimento paterno e recíproco em relação a Y, que participa ativamente da vida da criança e quer garantir-lhe os direitos legais e selar o laço que já existe de fato entre eles.

Y relatou que deseja muito ser filho legal de XXX e que quer ter o mesmo nome do requerente, a quem chama e reconhece como pai.

Tanto XXX como Y “relatam que o grau de parentesco que antecede o vínculo que se formou entre os dois, ou seja, o requerente é também seu tio-avô, de nada interfere na vida social e psicológica dos mesmos, pois o assunto é discutido e claro para ambos” (doc. 35).

O estudo psicológico conclui no seguinte sentido:

“Durante as entrevistas, XXX, Y e Z demonstraram estar desejosos da regularização desta situação que é fato consolidado na vida deles, tranquilos e seguros do seu pedido e da situação de parentesco que fazem parte. Revelam estar conscientes dos ganhos reais que a adoção trará para Y e também das questões que tal regularização poderá suscitar, demonstrando que estão certos desta decisão.

O fato de o requerente ser tio-avô da criança em tela parece não trazer nenhuma questão ou embaraço para eles, demonstrando ser um fato consolidado e claro para todos os envolvidos. (...)

O requerente demonstra ter de fato assumido a paternidade da criança em tela desde o seu nascimento. Apresenta-se interessado e afetuoso com Y, referindo-se ao mesmo com espontaneidade e intimidade, demonstrando ocupar de fato o lugar de pai para o menino, que se revela desejoso da legalização deste pleito. O mesmo ocorre com a mãe de Y, sobrinha do requerente, apresenta-se segura e certa desta decisão.

Embora Y seja sobrinho neto do requerente, trata-se do pedido de uma adoção unilateral onde o lugar pleiteado a este juízo já é ocupado de fato, afetivamente e materialmente, demonstrando que as fronteiras entre eles estabelecidas vão além das regras e conceitos preexistentes. XXX demonstra estar consciente do seu pedido e adaptado ao seu lugar na vida de Y, apresentando-se emocionalmente preparado para continuar exercendo seu papel.

Diante do exposto entendemos que a adoção poderá trazer benefícios próprios da legalidade para a criança em tela, apoiados também no vínculo parental que já existe e é consolidado entre XXX e Y”.
(grifos nossos)

Apesar de o Ministério Público opinar pela improcedência do pedido, pelo fato de a adoção ser unilateral, envolvendo tio-avô (doc. 41), a sentença julgou **PROCEDENTE** o pedido (doc. 48), concedendo a adoção, de modo que a criança passaria a se chamar Y de Tal, como filho de XXX.

O Ministério Público apelou (doc. 56), arguindo: (i) nulidade da

sentença, já que foi prolatada pela juíza Katerine Jatahy Kitsos Nygaard, que não estava mais designada para atuar no juízo *a quo*, apenas por ter presidido a audiência na fl. 20; (ii) a adoção unilateral só é admitida quando o requerente é casado ou vive em união estável com o genitor, o que não é o caso dos autos; (iii) não há reais vantagens para o menor, já que a genitora é jovem e pode depois se relacionar com outrem, de modo que a atual adoção atrapalharia na regularização da futura e eventual relação paterna que viesse a se formar. Ao final, pugna pela anulação da sentença ou pela sua reforma.

Contrarrazões no doc. 72.

O juiz Sandro Pitthan Espíndola manteve a sentença por seus próprios fundamentos (doc. 68).

II - Admissibilidade

Conforme certidão no doc. 67, o recurso é tempestivo. Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, o presente apelo merece ser conhecido.

III - Fundamentação

O art. 132 do Código de Processo Civil prevê que o juiz que concluir a audiência julgará a lide. Prestigia-se assim o princípio da oralidade e a identidade física do juiz, evitando que o magistrado que não teve contato direto com as fontes probatórias orais sentencie o feito².

Portanto, a regra geral é que o magistrado que concluir a audiência de instrução e julgamento deverá proferir sentença. O artigo, porém, traça exceções: a convocação, licença, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria.

Embora a jurisprudência dominante do STJ reconheça que a remoção do magistrado se encontra entre as exceções do art. 132 do CPC³, ela não impede

² NEVES, Daniel Assumpção; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Código de processo civil para concursos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 155.

³ A despeito deste entendimento majoritário, parece-nos que o mais correto, pela letra da lei, seria a manutenção da vinculação. Isto porque o art. 132 CPC visou a tornar regra que o juiz que preside a audiência de instrução e julgamento também sentencie o feito, por ser aquele que melhor oportunidade teve de colher suas impressões pessoais a partir das provas. Ademais, o art. 132 do CPC coloca que a *regra* é a vinculação do magistrado que concluiu a audiência, traçando a seguir exceções. Como a exceção deve ser interpretada restritivamente (sob pena de acabar, na prática, tornando-se a regra), parece-nos que incluir a remoção entre as exceções na verdade esvaziaria o conteúdo da lei. Neste sentido:

PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CPC, ART. 132. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ DIVERSO DO QUE CONDUZIU E CONCLUIU A INSTRUÇÃO. "TRANSFERÊNCIA" (RECTIUS, REMOÇÃO) PARA OUTRA VARA DA MESMA COMARCA. RECURSO DESACOLHIDO.

I- ENCONTRA-SE JÁ ENCERRADA A INSTRUÇÃO DO FEITO, A SIMPLES REMOÇÃO DO JUIZ QUE A TENHA CONDUZIDO E CONCLUÍDO, MÁXIME SE REALIZADA PARA OUTRA VARA DA MESMA COMARCA, NÃO FAZ CESSAR A SUA VINCULAÇÃO, INCUMBINDO-LHE PROFERIR

que ele profira a sentença:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPREGADA DOMÉSTICA. SUSPEITA DE FURTO. TRANCAMENTO NO APARTAMENTO. QUEDA DO EDIFÍCIO.

SUSPEITA DE SUÍCIDIO. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE DOS PATRÕES. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. USO IMODERADO DO MEIO. DOCTRINA. RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS. FALSIDADE DE DOCUMENTO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA/STJ. ENUNCIADO Nº 7. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CPC. ART. 132. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUIZ DA INSTRUÇÃO, REMOVIDO PARA OUTRA VARA DA MESMA COMARCA. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ENFRENTAMENTO DE TEMAS NÃO PREQUESTIONADOS. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A relação de trabalho entre patrão e empregada doméstica confere àquele o poder de exigir tão somente as obrigações decorrentes do contrato de trabalho. Prender o empregado no local de trabalho, sob o argumento de averiguações quanto a eventual ilícito praticado, constitui uso imoderado do meio, nos termos da melhor doutrina.

II - O exercício regular de um direito não pode agredir o direito alheio, sob pena de tornar-se abusivo e desconforme aos seus fins.

III - O cerceamento ao direito fundamental de ir e vir encontra no ordenamento constitucional hipóteses restritas, não se podendo atribuir ao empregador o poder de tolher a liberdade do empregado, ainda que por suspeita de crime contra o patrimônio.

IV - Matéria concernente à falsidade documental, decidida A SENTENÇA.

II- INTERPRETAÇÃO QUE SE COADUNA COM A NOVA REDAÇÃO DO ART. 132, DADA PELA LEI 8637/93, QUE NÃO MAIS CONTEMPLOU A REMOÇÃO -IMPROPRIAMENTE DENOMINADA DE "TRANSFERÊNCIA" PELO LEGISLADOR DE 1973 - COMO CAUSA DE DESVINCULAÇÃO NAS HIPÓTESES EM QUE FINDA A FASE INSTRUTÓRIA.

(REsp 19.826/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/08/1993, DJ 20/09/1993, p. 19179).

Todavia, o fato é que a jurisprudência amplamente dominante inclui a remoção dentre as exceções do art. 132 (provavelmente pelas dificuldades práticas que seriam geradas pelo entendimento contrário), razão pela qual seguiremos esta linha no parecer recursal.

pelas instâncias ordinárias com base nos fatos da causa, não pode ser revista em sede de recurso especial, nos termos do veto contido no verbete nº 7 da súmula desta Corte.

V - Encontrando-se já encerrada a instrução do feito, a simples remoção do juiz que a tenha conduzido e concluído, máxime se efetivada para outra Vara da mesma comarca, não o impede de proferir a sentença.

VI - A técnica do recurso especial exige que os temas concernentes aos dispositivos legais apontados como violados pelo recorrente tenham sido debatidos no acórdão impugnado.

(REsp 164.391/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/03/1999, DJ 28/06/1999, p. 118) – grifo nosso.

Todavia, ainda que se entenda que a remoção excepciona o art. 132, impedindo o magistrado removido de sentenciar, não há que se reconhecer qualquer prejuízo às partes.

Inclusive, o magistrado que estava lotado na Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital à época da sentença, o Dr. Sandro Pitthan Espíndola, optou por mantê-la em juízo de retratação (doc. 68), o que demonstra que o seu entendimento sobre a questão não difere daquele esposado no *decisum*.

Caso entendesse pela ilegalidade da adoção, é forçoso concluir que o magistrado teria exercido o juízo de retratação quando a lei lhe conferia esta oportunidade, e não mantido a sentença por seus próprios fundamentos.

Logo, verifica-se que inexistiu qualquer prejuízo pela prolação da sentença pela Dra. Katerine Jatahy, devendo-se aplicar assim o princípio da instrumentalidade das formas e o brocardo *pas de nullité sans grief*.

Sobre a necessidade de demonstração de prejuízo quando se alega ofensa ao art. 132, manifesta-se a jurisprudência:

0023457-22.2001.8.19.0002 - APELAÇÃO

1ª Ementa

DES. RICARDO COUTO - Julgamento: 27/06/2012 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL - REMOÇÃO DE MAGISTRADO VINCULAÇÃO - USUCAPIÃO - RECONVENÇÃO - POSSIBILIDADE - POSSE MANSA E PACÍFICA - OBRIGAÇÃO DE RESIDIR NO IMÓVEL - INEXISTÊNCIA.
I- Transferência de magistrado que presidiu Audiência

de Instrução e Julgamento que não afasta a vinculação ao processo, se finda a instrução e não existe prejuízo para as partes. Exceção ao princípio da **identidade física do juiz**, em atendimento aos princípios da economia do *pas de nullité sans grief*. II- Reconhecimento da usucapião alegada em sede reconvenção, diante da impossibilidade de registro da decisão, que só produz efeitos entre as partes. III- Posse que se configura pelo exercício de poderes inerentes à propriedade, não sendo necessário o contato físico imediato. IV- Elementos que demonstram que os autores exerciam a posse legítima sobre o imóvel, a afastar a pretensão reivindicatória e de atentado. V- Recurso conhecido e desprovido.

INTEIRO TEOR

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 27/06/2012 (*)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REMOÇÃO DO JUIZ DA INSTRUÇÃO. SENTENÇA PROFERIDA POR OUTRO MAGISTRADO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ARTIGO 132 DO CPC). NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NA PROLAÇÃO DO DECISÓRIO.

1. A remoção do Juiz da instrução para assumir, definitivamente, outra Vara, se enquadra entre as exceções admitidas pelo artigo 132 do CPC, de modo a possibilitar a prolação da sentença por outro magistrado.

2. Para que se configure a violação ao Princípio da Identidade Física do Juiz, a ensejar a nulidade da sentença, a parte recorrente deve veicular e demonstrar, em suas razões de recurso, de forma inequívoca, qual o prejuízo concreto que a prolação da sentença, por magistrado diverso daquele que instruiu o processo, ter-lhe-ia causado.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 249.894/SC, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 01/12/2009).

Superada esta questão, insta analisar o mérito da ação, qual seja, a viabilidade de adoção pelo requerente.

Como se nota do relatório em epígrafe, o requerente e o agora adolescente possuem fortes laços afetivos, não apenas por residirem no mesmo terreno, mas principalmente porque XXX assumiu o papel de pai. Não

apenas dá atenção e educa o menino, como ainda participa ativamente de seu cotidiano, inclusive junto à escola e ao hospital, quando necessário.

Esta forte presença do requerente na vida do adolescente foi confirmada pelos dois estudos realizados, tanto o social como o psicológico, que opinaram pela concessão da adoção, apesar de Y ser sobrinho-neto de XXX.

A controvérsia versada nestes autos envolve a redação do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim redigido:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Como se nota, o art. 41 do ECA estipula que, em regra, a adoção desliga a criança ou adolescente de qualquer vínculo com seus genitores (exceto pelos impedimentos matrimoniais), exceto quando o requerente for cônjuge ou companheiro de um dos genitores.

O apelante, em seu recurso, prestigia a literalidade da lei, ao mesmo tempo em que tenta demonstrar que a adoção não oferece reais vantagens ao adolescente.

Embora a letra da lei deva ser prestigiada na grande maioria dos casos, é sempre preciso fazer uma leitura à luz dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, que existem no sistema jurídico, sobretudo quando a norma restritiva se encontra no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma norma editada para proteger crianças e adolescentes.

Portanto, é preciso sempre partir do pressuposto que o Estatuto foi criado com a intenção de proteger a criança e adolescente. Utilizá-lo para contrariar uma legítima expectativa do infante, por mera formalidade, é distorcer o espírito da norma.

A finalidade do Estatuto, aliás, fica muito clara já no seu art. 1º, segundo o qual *“esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”*.

Portanto, ao aplicar as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, é preciso fazer uma interpretação sistemática, considerando a norma como um todo unitário para impor uma análise conjunta e simultânea do texto normativo (o que inclui o seu art. 1º, consagrando a proteção integral).

Igualmente, é preciso fazer uma interpretação teleológica, considerando a finalidade da norma.

Por fim, faz-se imprescindível utilizar aqui o princípio da razoabilidade, que exige coerência entre os meios empregados pela norma e a finalidade que ela pretende alcançar, bem como a coerência entre o fato que gerou a norma e a aplicação desta última aos fatos em geral.

Isto é, se o ECA foi criado tendo por escopo proteger crianças e adolescentes, o princípio da razoabilidade exige que, por coerência, esta mesma norma não acabe sendo desvirtuada no caso concreto, com uma utilização que acabe justamente prejudicando quem deveria ser seu beneficiário.

O princípio da razoabilidade, portanto, impede que se dê uma leitura apenas literal à norma, olvidando o seu espírito e a sua finalidade:

“O princípio da razoabilidade é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. (...)”⁴

Todos os fatores acima impedem que o art. 41 do ECA receba uma leitura isolada e literal, que vede em todos os casos a adoção por um indivíduo sem que, automaticamente, o outro genitor seja destituído do poder familiar.

Tal leitura descompromissada com o espírito da norma acabaria por violar não apenas o art. 1º, 3º, 6º, 100, inc. I, II, IV do ECA, como também o princípio da dignidade da pessoa humana e o da proteção integral. Ademais, violaria a razoabilidade, porque a norma criada para proteger a criança estaria sendo usada em seu desfavor, uma distorção indesejável criada por apego à literalidade da lei.

O princípio da proteção integral vem consagrado no art. 1º e no art. 100, inc. II, do ECA, e seria violado por uma interpretação literal do art. 41 porque impediria que a criança fosse protegida no caso concreto, mantendo uma situação fática na irregularidade, negando assim direitos a que a criança faria jus caso o laço afetivo fosse reconhecido juridicamente.

O art. 3º reconhece que a criança e adolescente fazem jus a todos os direitos inerentes à pessoa humana, donde se nota que ela também é titular da dignidade prevista no art. 1º, inc. III, CF, e portanto não pode ser tratada como um objeto de interesses e decisões alheias. Como pessoa humana, a criança e/ou adolescente faz jus a ser considerada com todos os seus atributos, sentimentos e necessidades, sem ser tratada como um instrumento para atingir outros fins. Isso significa, inclusive, que os seus direitos não podem ser negados apenas para demonstrar que a norma jurídica foi cumprida a todo custo, nem mesmo para garantir direitos axiologicamente menos valiosos de outrem. Logo, a plenitude da realização pessoal, os sentimentos e a identidade da criança não podem ser sacrificados por formalidades legais de menor importância ou em prol de direitos patrimoniais alheios, o que representaria a sua coisificação e a violação de sua dignidade.

⁴ In <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/292526/principio-da-razoabilidade>.

O art. 6º do Estatuto determina que a interpretação leve em conta os fins sociais, as exigências do bem comum, direitos e deveres individuais e coletivos, bem como a condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Logo, o ECA expressamente elenca critérios interpretativos diversos da literalidade da lei. A extração do sentido da norma, pois, não pode ignorar a sua finalidade social – inevitavelmente ligada à proteção da criança e adolescente – nem a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Sobre a necessidade de avaliar a condição peculiar da criança e adolescente e o seu apego aos seus cuidadores, vale transcrever as lições a seguir:

“O padrão de comportamento conhecido como ‘vinculação segura’ é desenvolvido a partir da convivência da criança com adultos responsivos e disponíveis que propiciaram cuidados básicos, segurança e suporte emocional. Com estes comportamentos, o adulto ensina que a criança pode confiar e contar com os seus cuidados e proteção. Esta criança também apresentará preferência pelos adultos que atendem suas necessidades, mostrando sinais de irritação quando eles se afastam e alegria com a reaproximação. Este padrão de comportamento não é automaticamente transferido a outras pessoas, exceto quando há repetidas experiências de interação positiva com um mesmo indivíduo (Prather & Golden, 2009).

Um padrão de vinculação seguro com cuidadores gera uma série de benefícios para o desenvolvimento emocional e social. Crianças com padrão de apego seguro tendem a ser mais cooperativas e menos agressivas com os familiares e apresentam maior competência social na interação com pares. Crianças com este padrão de vinculação também têm uma probabilidade maior de apresentar um desenvolvimento psicossocial saudável, maior autoestima, autoeficácia e resiliência (Howe, 2006). (...)

Com base nos referenciais teóricos abordados, conclui-se que privar uma criança da relação segura de amor, carinho e estabilidade e não atender às suas necessidades emocionais representará um risco ao seu desenvolvimento, podendo comprometer o seu futuro tanto nos aspectos biológicos, psicológicos e cognitivos, quanto no âmbito social, prejudicando também sua relação com a cultura e com os seus valores tradicionais.

A construção de vínculos afetivos entre os humanos resulta de um processo de apego que percorre uma trajetória consentânea com a natureza de seu desenvolvimento, isto é: existe uma necessidade da conjugação de elementos pessoais na área da convivência, que possibilitem o conhecimento com insumo das referências que garantam segurança nas relações de convivência.

Uma vez estruturado o referencial de conhecimento afetivo, amplia-se o espaço para a formação da personalidade e o estabelecimento do apego às coisas e às pessoas. Qualquer mudança no curso dessa estruturação necessita de um delicado e cuidadoso processamento de substituição das referências já instaladas.

Retirar uma criança de uma família com a qual foi estabelecido um vínculo de cuidado amoroso trará danos ao seu desenvolvimento. Os vínculos afetivos não se mudam como se trocam as roupas das crianças a cada dia. Somos responsáveis pelas crianças a quem expomos as mudanças incompatíveis com o arcabouço afetivo que disponibilizamos para elas. Pessoas não são objetos manipuláveis para atender desejos e expectativas de terceiros. Perturbações no processo psicológico de formação de uma criança desorganizam sua personalidade até mesmo quando, em nome da lei estabelecida pela comunidade social, contraria às singularidades da individualidade dos humanos.

Às vezes, confundimos o que é 'correto' com o que é 'bom' (Bonder, 1998). Escolher para o outro, sobretudo para o 'outro-criança' o que é bom, fundamentado simplesmente no que foi estabelecido como 'correto' é andar pelo caminho da desumanização. No caso de uma criança, a prevalência da lei recai sobre o que é 'bom' para ela e não simplesmente sobre o que se supõe ser o 'correto'.

Difícil é escolher pelo outro, mas a escolha se impõe para aquele a quem o desenvolvimento pessoal não o premiou com a responsabilidade por suas escolhas pessoais. Nessas circunstâncias instala-se um conflito entre o que é bom para nós e bom para as demais. Ao escolher o que nos parece bom para uma criança poderemos estar correndo o risco de selecionar o que nos parece como bom sem que o seja para ela. Sabe-se que não bastam os laços genéticos para QUE seja construída uma família verdadeira, uma família que cria, que socializa, que ensina a amar e a ser amado, o que nos faz humanos. (...)"⁵

Como elucidada o estudo em epígrafe, a criança, até por uma questão de sobrevivência, apega-se aos seus cuidadores. A relação que mantém com eles influencia no desenvolvimento de sua personalidade e traz consequências que perdurarão durante toda a sua vida.

Este laço, essencial para formação psicológica do infante, não é facilmente substituído, não se podendo tratar a criança como se ela se apegasse e desapegasse com máxima facilidade e suas experiências afetivas fossem esquecidas.

⁵ Parecer psicológico coletivo sobre formação e rompimento de laços afetivos, elaborado pelos profissionais Luiz Schettini Filho, Lidia Natalia Dobrienskyj Weber, Marlizete Maldonado Vargas, Maria Antonieta Pisano Motta e Suzana Sofia Moeller Schettini. O parecer analisou a fundo a questão da separação da família socioafetiva para reintegração à família biológica, mas muitas de suas lições são amplamente aplicáveis a este caso concreto, o que justifica sua transcrição parcial.

Em suma, a condição peculiar de ser em desenvolvimento faz com que a criança, em sua formação afetiva, esteja intimamente ligada aos seus cuidadores, não se desapegando deles facilmente. Ela procura estabilidade e segurança, com pessoas receptivas, e adota-as como um referencial.

Tais peculiaridades fazem com que definir a guarda e as relações de parentesco de uma criança sejam algo extremamente delicado, que deve ser sempre apreciado com a responsabilidade que a condição da criança requer.

Isso demonstra, igualmente, que aplicar o que a sociedade entende como correto, e que resta assim consagrado na literalidade da lei, nem sempre é o melhor para a criança. Parafrazeando novamente o estudo em epígrafe, *“escolher para o outro, sobretudo para o ‘outro-criança’ o que é bom, fundamentado simplesmente no que foi estabelecido como ‘correto’ é andar pelo caminho da desumanização. No caso de uma criança, a prevalência da lei recai sobre o que é ‘bom’ para ela e não simplesmente sobre o que se supõe ser o ‘correto’”*.

Portanto, da leitura do art. 6º do ECA, conjugada com o art. 41 deste diploma, conclui-se que a restrição à adoção unilateral precisa ser devidamente interpretada com a condição peculiar da criança, como um ser em formação que se apega e cujos laços afetivos influenciam em sua personalidade e futuro, e com a função social.

Logo, essa restrição à adoção unilateral precisa considerar se, no caso concreto, a função social não está sendo justamente atendida pelo pedido do requerente. Isto é, se a adoção não representa formalizar uma relação fática afetiva já existente no caso concreto, que concede à criança direitos correspondentes a uma situação que já existe, reconhecendo que ela faz parte de uma família na qual faticamente já está inserida.

Igualmente, é preciso analisar se a restrição do art. 41 do ECA não está, no caso concreto, impedindo que a criança se veja inserida numa família onde já reside o seu afeto e apego.

Não se pode olvidar, afinal, que uma sentença de improcedência, em ação de adoção que visa regularizar laço afetivo preexistente, representa dizer àquela criança que quem ela reconhece como pai não pode ser seu pai. É dizer que ela formou laços com quem não deveria, que seus sentimentos se dirigem à pessoa errada porque assim preconiza a lei. É, enfim, negar o direito de ela amar a uma pessoa como pai, tratando como errado um afeto desenvolvido legitimamente entre duas pessoas.

Esta negação do afeto, tratando-o como contrário à lei, frustrando a expectativa da criança de ver-se inserida formalmente numa família em que de fato já convive, pode sim exercer consequências psicológicas graves.

Ademais, esperar que, pela simples negativa do Judiciário, esta criança aceite que o requerente não é de fato um pai, depois escolhendo outra pessoa para esta posição apenas porque o ordenamento assim prefere, é ignorar a sua condição de pessoa humana, bem como o fato de que afetividade e afinidade não são algo que se cria e se transfere com facilidade.

Novamente parafraseando o estudo em epígrafe, pelo seu imenso brilhantismo, *“os vínculos afetivos não se mudam como se trocam as roupas das crianças a cada dia”*.

Portanto, a interpretação sistemática do art. 41 com o art. 6º do ECA impõem que o intérprete verifique, no caso concreto, se a adoção unilateral excepcionalmente não está atendendo ao seu fim social e é justamente aquele que atende à criança, em sua condição peculiar de pessoa em formação psicológica, moral e física.

O art. 100, p. único, inc. I, do ECA coloca como princípio a condição da criança e adolescente como sujeitos de direitos, o que também nos força a recordar que não se pode mais – como no Código de Menores – tratá-los como objeto das decisões e interesses alheios. Isto impede que o juiz decida o caso concreto empregando conceitos preconcebidos do que seja “certo” e “errado”, obrigando-o a considerar as peculiaridades do caso e como os direitos fundamentais da criança e adolescente são melhor atendidos.

Por fim – e mais importante – o art. 100, p. único, inc. IV, estipula como princípio o melhor interesse da criança e adolescente, pelo qual *“a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses da criança e do adolescente”*.

Isto impõe que, diante do conflito, o magistrado observe onde reside o verdadeiro interesse da criança e adolescente. Livre de suas concepções pessoais ou de conceitos sociais em geral, o magistrado deve analisar, precipuamente, onde está o que é melhor para a criança (e, portanto, é a prevalência do “bom” sobre o “correto”, em muitos casos).

Esta previsão está em perfeita consonância com o art. 227 da Constituição Federal, que, por sua superior hierarquia, prevalece sobre as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente que lhe forem contrárias.

O art. 227, em seu *caput*, impõe que a família e o Estado assegurem, **com absoluta prioridade**, o direito da criança e do adolescente. Portanto, a criança e o adolescente, no nosso sistema jurídico atual, não apenas são sujeitos de direitos, como são sujeitos PRIORITÁRIOS. Chocando-se os seus interesses com o de adultos, são os primeiros que devem prevalecer, por elogiável escolha política do constituinte.

Assim, pelo superior interesse e pela absoluta prioridade, pode-se identificar que no caso concreto a solução preestabelecida na norma não seja aquela que atende aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, ou que os direitos de outras pessoas sejam bem diferentes daqueles que realizam o infante como pessoa humana.

E, diante deste choque entre os direitos fundamentais e a dignidade da criança/adolescente com normas de menor valor (hierárquico e axiológico) ou com direitos alheios, faz-se mister assegurar que prevaleça o da criança e adolescente.

O interesse da criança e adolescente, afinal, é SUPERIOR e PRIORITÁRIO. Deve ser assegurado, ainda que este interesse, no caso concreto, não seja aquele previamente imaginado pelo legislador.

Isso muitas vezes impõe a uma adaptação das normas, até porque o legislador não é capaz de antever todas as situações que podem se configurar no mundo dos fatos. Quando elabora uma norma vedando que a filiação se dê entre um terceiro estranho e um genitor, exceto em casos de companheirismo ou casamento, o legislador tenta preservar o psicológico da criança, evitando relações familiares distorcidas que prejudiquem sua formação, bem como medidas tomadas com fim meramente patrimonial ou que prejudiquem direitos alheios.

Na limitação inerente ao ser humano, porém, o legislador não consegue sempre antecipar as multifacetadas relações que podem se desenvolver socialmente. Dentre elas, o desenvolvimento de genuína paternidade socioafetiva entre um terceiro simultaneamente ao laço biológico com um dos genitores, sem que estes tenham união estável ou casamento.

Esta limitação natural do legislador, porém, não pode ser usada para prejudicar a criança no caso concreto. Se, em uma situação peculiar e excepcional, efetivamente se configura a relação socioafetiva com um terceiro, ao mesmo tempo em que se preserva o laço com a genitora biológica, e a criança toma este terceiro como o seu parâmetro, seu vínculo de afeto, seu cuidador, não se pode negar a condição de filho a quem se sente como tal, unicamente porque isso não se encaixa no padrão de comportamento previsto inicialmente pelo legislador ordinário.

Portanto, nesta sorte de situação, faz-se imprescindível empregar uma interpretação sistemática e teleológica, para buscar os fins da norma e conjugar o art. 41 com outros artigos do Estatuto da Criança e Adolescente, o que além de tudo atende o princípio da razoabilidade, evitando que a norma seja aplicada a fatos bem distintos daqueles que eram sua finalidade.

Esta é também a única medida capaz de prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 2º, inc. III, CF) e a absoluta prioridade dos direitos da criança e adolescente (art. 227, caput, CF), colocando-a inclusive a salvo de restrições legais que se mostrem descabidas do caso concreto (o que acaba por representar um arbítrio do Estado, através de sua legislação, perante aquela criança ou adolescente).

Assim, prestigia-se ainda a necessidade de que a criança cresça naquilo que considera como sua família, garantindo-lhe o clima de felicidade, amor e compreensão de que necessita para um desenvolvimento harmonioso⁶.

Diante desta necessidade de leitura flexível do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, releva a importância da paternidade socioafetiva, desenvolvida entre a criança e o terceiro que, mesmo não sendo seu pai biológico, consegue participar ativamente de seu cotidiano e assumir o papel paterno, mesmo sem excluir a presença da mãe biológica.

⁶ "Convencidos de que a família, unidade fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias para que possa assumir plenamente suas responsabilidades na comunidade; Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão;" (preâmbulo da Convenção sobre Direitos da Criança, adotada pela Resolução L. 44 da Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil em 1990).

Sobre a importância da paternidade socioafetiva, transcrevem-se as lições do próprio Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada.

Preponderância da preservação da estabilidade familiar.

(...)

- Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também parentescos de outra origem, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.

- Assim, **ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente.** Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

- **Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.**

Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança (hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo) preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. É a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

(...)

(REsp 1000356/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010)

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.593; 1.604 e 1.609 do Código Civil; ART. 48 do ECA; e do ART. 1º da Lei 8.560/92.

(...)

3. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. (...)

(REsp 1274240/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013)

Portanto, mesmo inexistindo relação genética de pai e filho, é mister reconhecer o parentesco socioafetivo quando alguém, espontaneamente, assume todos os encargos relativos à criação de outrem e lhe destina afeto, como se seu filho fosse, até mesmo como proteção à criança que assim é acolhida.

Trata-se de um reconhecimento da relação que se configura no mundo dos fatos. Isto é, o vínculo afetivo, típico de um pai para um filho, já existe no caso concreto. O Direito então se limita a reconhecer a sua relevância, de molde a regularizar algo que já preexiste.

No presente caso concreto, a paternidade socioafetiva é evidente, porquanto requerente e adolescente se tratam como se fossem pai e filho. Y passou a chamar XXX de pai espontaneamente, desde 2009 – isto é, há cinco anos – aborrecendo-se quando alguém nega tal vínculo entre eles.

Como atestam os estudos social e psicológico, XXX é responsável por Y perante o colégio, hospitais e terceiros em geral, portando-se não como um tio-avô, mas como verdadeiro pai.

Logo, diferentemente do que alega o apelante, a relação entre Y e XXX não é uma relação inerente à família extensa, mas uma paternidade socioafetiva evidente. O requerente representa – como ficou gritante nos autos – o papel de PAI, é a referência de Y. A criança tomou a iniciativa de escolher quem entendia por pai e, ao invés de rechaçar este papel, XXX o aceitou e o honrou, tratando o menino sempre como se fosse seu filho biológico.

Agora, o que se busca é unicamente regularizar algo que já existe no mundo dos fatos. Negar provimento a este processo equivale a dizer que o pai socioafetivo não serve para ser pai. Significaria o Estado-juiz dizer para um adolescente que aquele que o cria, que se apresenta como seu pai no dia-a-dia, que ele elegeu espontaneamente para ser sua figura paterna, não pode sê-lo, porque o legislador, no art. 41 do ECA (que teoricamente deveria proteger o direito infantil), cria uma restrição genérica que o impede de ser filho de quem, de fato, já é seu pai.

Isto não apenas contraria o bom senso e qualquer razoabilidade, como viola os princípios acima mencionados, a própria razão de ser do Estatuto da Criança e Adolescente e ainda deixa um adolescente desamparado, porque força que uma relação fática permaneça irregular, negando a Y os direitos que ele teria por ser – como já é no mundo concreto – filho de XXX.

A questão não é nova neste Tribunal, que já reconheceu, no ano passado, a adoção unilateral até mesmo em favor de um adulto:

0054981-57.2012.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
1ª Ementa

DES. MARIA REGINA NOVA ALVES - Julgamento:
22/01/2013 - QUINTA CÂMARA CÍVEL

ADOÇÃO DE MAIOR

ADOÇÃO UNILATERAL

POSSIBILIDADE

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO UNILATERAL DE PESSOA MAIOR REALIZADA POR PESSOA QUE NÃO VIVIA MARITALMENTE COM A MÃE BIOLÓGICA DO ADOTADO, MAS QUE HÁ MUITOS ANOS MANTINHA COM O MESMO RELAÇÃO PATERNAL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA NORMA DO ART. 41, §1º, DO ECA, À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E DOS PRINCÍPIOS QUE, ATUALMENTE, REGEM AS RELAÇÕES DE FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS PARTES ENVOLVIDAS. JURISDICIONALIZAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA EXISTENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA AUTORIZAR QUE O NOME DA MÃE BIOLÓGICA DO ADOTADO PERMANEÇA EM SEU REGISTRO DE NASCIMENTO.

Ementário: 19/2013 - N. 1 - 16/05/2013

INTEIRO TEOR

Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 22/01/2013 (*)

Por tudo o que se expôs, não podem prevalecer as razões do apelante, devendo-se manter a sentença, permitindo que o requerente formalize a paternidade socioafetiva que já mantém com o adolescente, como indicado nos estudos social e psicológico.

IV - Conclusão

Pelo exposto, o Ministério Público opina pelo **conhecimento e desprovimento** da apelação.

Rio de Janeiro, 2 de dezembro de 2014.

Sávio Bittencourt
Procurador de Justiça