

RECURSO ESPECIAL N. 1.172.067-MG (2009/0052962-4)

Relator: Ministro Massami Uyeda

Recorrente: L C B e outro

Advogado: Expedito Lucas da Silva e outro(s)

Interessado: A C da C

EMENTA

Recurso especial. Aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção *intuitu personae*. Aplicação do princípio do melhor interesse do menor. Verossímil estabelecimento de vínculo afetivo da menor com o casal de adotantes não cadastrados. Permanência da criança durante os primeiros oito meses de vida. Tráfico de criança. Não verificação. Fatos que, por si, não denotam a prática de ilícito. Recurso especial provido.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo;

III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade;

IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança;

VI - Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da *Terceira Turma* do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 18 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 14.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por L. C. B. e A. C. G. S. B., fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal em que se alega violação dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 29, 43, 50, 165, 166 e 201, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente; 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil, além de dissenso jurisprudencial.

Os elementos dos autos dão conta de que os ora requerentes L. C. B. e A. C. G. S. B. ajuizaram *ação de adoção* da infante L. C. da C., filha de A. C. da C., com pedido liminar de guarda provisória (e-STJ - fls. 33-44). Para tanto, notificaram que, antes mesmo do nascimento da menor, o qual se deu em 12 de dezembro de 2007, a mãe biológica da criança, durante a gestação, manifestara sua intenção de entregar a filha para a adoção, e, por um liame entre pessoas comuns às partes, direcionou tal manifestação ao casal, ora recorrentes.

É dos autos, ainda, que, após o nascimento de L. C. da C., compareceram em Juízo a mãe da menor, A. C. da C., e o casal, ora requerentes, onde assinaram o Termo de Declaração, no qual há expressa manifestação de vontade da primeira em consentir a adoção de sua filha por L. C. B. e A. C. G. S. B, sem coação ou benefício pessoal (e-STJ - fl. 48), razão pela qual o r. Juízo plantonista, em

28.12.2007, autorizou a permanência da menor, sob a guarda do casal, pelo prazo de trinta dias (e-STJ - fl s. 46-47).

Conclusos os autos ao r. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal e de Menores da Comarca de Sete Lagoas-MG, este determinou, em 25.01.2008, a imediata expedição de busca e apreensão da menor, pelos fundamentos assim expostos:

Em interpretação sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente - especialmente o artigo 50, onde se determina que a autoridade judiciária deve manter na comarca um registro de criança e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas em adotar, pode-se facilmente extrair que a vontade do legislador foi no sentido de que o casal devidamente inscrito e habilitado (observada a ordem cronológica de sua inscrição) teria, como tem, indiscutível prioridade na adoção de crianças ou adolescentes legalmente consideradas aptas para tanto.

[...] Faço ainda outras breves considerações. Os próprios requerentes, na petição inicial, afirmam que a mãe biológica é "jovem de vida desregrada, atrelada a uma conjuntura de envoltimentos escusos abrangendo desde dependência química até o comércio devasso do próprio corpo". Tais características da genitora, ao meu sentir (e se verdadeiras), tornam ainda mais possível, e pelo mínimo, a possibilidade de ocorrência de tráfico escuso de influência a que antes nos referimos. Esta possibilidade, ressalte-se, se agiganta ainda mais, levando-se em consideração que as Conselheiras Tutelares suscritoras do mencionado ofício de fls. 38, estiveram hoje em nosso gabinete e afirmaram que esta não é a primeira vez que esta mãe biológica (Aline) dá um filho seu a terceiro, o que faz com que este juízo não considere impossível que Alice esteja, até, recebendo alguma dádiva para tanto. Mas independentemente desta, o procedimento de toda sorte é escuso e inaceitável (e-STJ - fls. 68-72).

Decisão, contudo, que sequer chegou a produzir efeitos, porquanto o ilustre Desembargador-relator, em 26.01.2008, em sede de agravo de instrumento, deferiu o recurso efeito suspensivo, sob o argumento de que o procedimento para adoção não se sobrepõe ao princípio do melhor interesse do menor, determinando a imediata entrega da menor aos recorrentes, com a realização de estudo psicossocial destes, e a oitiva do representante do Ministério Público (e-STJ - fls. 78-79).

Em 29.07.2008, o Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001 restou julgado improvido pela 2ª Câmara Cível do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, restabelecendo-se, assim, a decisão que determinou a busca e apreensão da menor (e-STJ - fl s. 398-402). O acórdão restou assim ementado:

Agravo de instrumento. Ação de adoção. Busca e apreensão. Guarda provisória. Inconveniência. Recurso não provido. 1. A concessão de guarda provisória pressupõe atendimento ao melhor interesse da criança ou do adolescente. 2. Havendo forte suspeita de que foi obtida guarda de fato de

forma irregular e, até mesmo criminosa, impõe-se o indeferimento da guarda provisória com a *incontinenti* busca e apreensão da criança que ainda não conta com sequer um ano de idade. 3. Agravo de instrumento conhecido e não provido, mantida a decisão interlocutória que indeferiu a guarda provisória e determinou a busca e a apreensão da criança.

Decisum, que restou inalterado ante o desacolhimento dos embargos de declaração, com efeitos modificativos, opostos (e-STJ - fl. 461-464).

Em 1º de agosto de 2008, portanto, após aproximadamente 8 meses ininterruptos da guarda da criança pelos ora recorrentes (28.12.2008), cumpriu-se a ordem de busca e apreensão (e-STJ - fl. 501).

É certo, também, que o r. Juízo *a quo* determinou o desligamento da criança da entidade de acolhimento, onde se encontrava abrigada, para entregá-la à guarda do casal inscrito em lista de adoção, J. R. R. e T. G. C. R., a despeito de o Ministério Público ter se manifestado, nesse ponto, em sentido contrário (e-STJ - fl. 504), o que se deu em 07 de agosto de 2008.

Interposto recurso especial, este restou inadmitido pelo Tribunal de origem, ensejando a contraposição de agravo de instrumento, o qual, por decisão desta Relatoria, restou provido, convertendo-o no presente recurso especial (e-STJ - fl. 687).

Impende consignar, ainda, que, ao agravo de instrumento, bem como ao presente recurso especial, fora, por meio da Medida Cautelar n. 15.097-MG, atribuído efeito suspensivo (www.stj.jus.br).

Sustentam os recorrentes, L. C. B. e A. C. G. S. B., em síntese, que o Tribunal de origem incorreu em negativa de prestação jurisdicional. No mérito, alegam que a lista de adotantes não pode se sobrepor ao prioritário interesse da criança, que conviveu com os recorrentes durante seus primeiros oito meses de vida. Asseveram que o estudo psicossocial demonstrou a capacidade e a aptidão do casal para adotar a menor. No ponto, anotam a existência de dissenso jurisprudencial. Asserem, também, que a adoção *intuitu personae* não se revela espúria, restando demonstrado nos autos a forma lícita e legítima pela qual se deu a indicação do casal pela mãe biológica. Afirmam, ainda, que o referido laudo psicossocial restou completamente ignorado pelas Instâncias ordinárias (e-STJ - fls. 471-500).

Não houve apresentação de contra-razões (e-STJ - fls. 666).

O ilustre Representante do Ministério Público Federal ofertou parecer no sentido conhecer o recurso especial apenas pela alínea a do permissivo constitucional e, nessa parte, conferir-lhe provimento (e-STJ - fls. 695-700).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O recurso especial merece prosperar.

Com efeito.

A celeuma instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se, em processo de adoção, a observância do cadastro de adotantes prevalece ou não sobre a pretensão dos ora recorrentes de adotar criança que esteve sob a guarda destes - a partir de seu nascimento até os seus primeiros oitos meses de vida - por conta, ressalte-se, de decisão judicial.

Discute-se, também, se a adoção *intuitu personae*, na qual os pais biológicos da criança escolhem a família que a adotará, consubstancia, no caso dos autos, forma espúria de adoção. Controverte-se, também, no ponto, se o fato de a mãe biológica, nos termos da inicial e da decisão objurgada, possuir "vida desregrada, atrelada a uma conjuntura de envolvimento escusos abrangendo desde dependência química até o comércio devasso do próprio corpo" e ter anteriormente concedido outro filho à adoção, ensejam a conclusão de que a adoção *sub judice* encerra inaceitável tráfico de menor.

É possível, de plano, constatar que a controvérsia deve ser analisada sob a perspectiva dinâmica dos fatos, e não, simplesmente, aferir o acerto ou não da decisão combatida (que determinou a retirada da menor da guarda dos ora recorrentes), quando de sua prolação.

Veja-se, inicialmente, não se olvidar os nobres propósitos contidos no artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção, e legitimamente incentivado, recentemente, pelo Conselho Nacional de Justiça, com a edição, inclusive, da Resolução n. 54.

Indubitavelmente, a existência de cadastro de adotantes, de fato, tende a observar o melhor interesse do menor, além de encerrar inúmeras vantagens ao procedimento legal da adoção, na medida em que avalia previamente os pretensos adotantes por uma comissão técnica multidisciplinar, minimiza a possibilidade de eventual tráfico de crianças ou mesmo a adoção por intermédio de influências escusas, bem como propicia igualdade de condições àqueles que pretendem adotar.

É certo, contudo, que a observância de tal cadastro, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. E nem poderia ser. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro.

Assim, além da aferição da imprescindível capacidade e aptidão do casal pretendente à adoção em exercer efetivamente o Poder Familiar, sendo relevante para tanto, indubitavelmente, o parecer psicossocial em conjunto com toda a instrução processual, o que se dará durante o processo de adoção, *in casu*, preponderantemente, deve-se perscrutar o estabelecimento por parte da menor de vínculo afetivo com os ora recorrentes, que, como visto, poderá tornar legítima, indubitavelmente, a adoção *intuitu personae*.

No caso dos autos, deixando de lado a discussão doutrinária e até jurisprudencial acerca da chamada adoção *intuitu personae* ou adoção dirigida, em que há a intervenção dos pais biológicos na escolha da família substituta, em momento anterior ao pedido de adoção, até porque desinfluyente para a presente decisão liminar, é incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo ilustre desembargador relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001.

Nesse ínterim, oportuno ressaltar que, em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo.

No caso dos autos, tem-se que a guarda de uma criança, sem interrupções, durante os seus primeiros oito meses de vida, tem o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos. Na espécie, aliás, não é demasiado destacar, no parecer elaborado pelo Serviço Social e Psicologia do Tribunal de Justiça, em atendimento à determinação do ilustre desembargador relator, a identificação de traços de vínculo de afetividade já no início da guarda provisória (entrevista datada de 07.02.2008):

O forte desejo de ser mãe, aliado ao sentimento maternal que nela se desenvolveu, segundo relatou o casal em tela, levou a Sra. Angélica a buscar auxílio médico para que ela pudesse amamentar a pequena Laura. Assim, relatam, ainda, que ela começou a fazer uso de medicação destinada a estimular a produção de Prolactina, hormônio responsável pela produção de leite, e dessa forma a criança tem recebido uma alimentação mista, alternando o peito e a mamadeira com o leite NAN. [...] Em visita domiciliar fomos recebidos pela Sra. Angélica, que se encontrava nos cuidados com a pequena Laura, inclusive, a amamentando. Observamos que a Laura apresenta-se bem cuidada, e apesar da pouca idade procura pela voz da Sra. Angélica, já com alguma referência. Durante nossa permanência na residência do casal em tela, o Sr. Luiz Carlos também se fez presente, chegando ele logo após a nossa visita domiciliar. [...] O casal mostra-se capaz de estabelecer vínculos afetivos duradouros e demonstram estarem fortemente envolvidos com Laura, à qual, durante toda a entrevista se referiram como filha. Encaram a adoção com naturalidade e revelam-se responsáveis e maduros, capazes de exercer o Poder Familiar com responsabilidade e zelo, cientes dos deveres e da importância da educação formal e moral na constituição e desenvolvimento da filha (e-STJ - fl. 441-448).

Veja-se que autorizada doutrina, tecendo comentários acerca da adoção *intuitu personae*, de forma a afastar possíveis óbices quanto à legitimidade de tal adoção, desde que presente, ressalte-se, o vínculo de afetividade do menor com

o pretense adotante, com ênfase ao tempo de contato da criança com os pais adotivos, consignou que:

Um terceiro argumento apresentado contra a adoção *intuitu personae* refere ao desrespeito ao cadastro, considerando sua obrigatoriedade. [...] Como já tivemos oportunidade de expor no item 05 acima, sendo demonstrada a existência de vínculos afetivos entre a criança e os adotantes, conforme regra constante no art. 28, § 2º, do ECA, estes deverão prevalecer, tendo em vista o melhor interesse da criança. Para a verificação da existência do vínculo e pelo fato de nestas situações sempre estarmos diante de bebês, Júlio Alfredo de Almeida sugere critérios que devam ser utilizados, dividindo-se pelo tempo de vida da criança, entendendo que as crianças até seis meses de idade devam ser retiradas da guarda dos adotantes e entregues a pessoas cadastradas, afirmando que estas ainda não criaram vínculos afetivos àqueles. Para as demais crianças o autor entende que devam passar por avaliação da equipe interprofissional para que seja atestada a existência do vínculo. Não temos certeza se este critério proposto por Júlio Alfredo de Almeida é correto no que se refere às crianças com idade igual ou inferior a seis meses, já que se pode perceber que desde muito pequenas as crianças já reconhecem as pessoas com as quais convivem diariamente (Bordalho, Galdino Augusto Coelho, Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos, 2ª Edição - IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Editora Lumen Juris, p. 221)

Bem de ver, assim, mostrar-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

Civil. Família. Guarda provisória. Comércio de menor. Inexistente. Família afetiva. Interesse superior do menor. Observância da lista de adoção

- Mesmo em havendo aparente quebra na lista de adoção, é desaconselhável remover criança que se encontra, desde os primeiros dias de vida e por mais de dois anos, sob a guarda de pais afetivos. A autoridade da lista cede, em tal circunstância, ao superior interesse da criança (ECA, Art. 6º). (REsp n. 837.324-RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 31.10.2007)

Desta feita, em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, em que se denotou, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade, é certo que esta Relatoria

concedeu, por meio da Medida Cautelar n. 15.097- MG, efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento, bem como ao presente recurso especial, com o fito de preservar a referida situação jurídica, em tese, consolidada.

Tem-se, assim, por consectário lógico, que os referidos motivos que ensejaram, naquela ocasião, o deferimento da medida cautelar aviada, encontram-se, neste momento, indubitavelmente robustecidos, a considerar que criança se encontra com os recorrentes por período superior a dois anos.

Nessa dinâmica dos fatos, mostra-se insubsistente, inclusive, o fundamento adotado pelo acórdão objurgado quanto à suspeita de ocorrência de tráfico de menor. Primeiro, porque o argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, *não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda*. Segundo, porque a mãe biológica, em Juízo, de forma uníssona, assentou a voluntariedade de sua conduta, sem receber, por isso, qualquer contraprestação, o que, aliás, restou reafirmado quando da consecução do laudo do estudo psicossocial (e-STJ - fls. 48 e 441-448). Terceiro e principalmente, porque, como visto, em observância à primazia dos interesses do menor, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança.

Outra questão que merece ponderação, refere-se à determinação do Juízo de primeira instância, após a prolação do acórdão pelo Tribunal de origem, porém pendente de recurso a esta Instância Superior, para que a menor, após conviver os primeiros oito meses de vida com o casal, ora recorrente, fosse entregue para outro casal, este integrante do cadastro de adotantes. No ponto, conforme bem ponderado pelo ilustre representante do Ministério Público (e-STJ - fls. 538-545), não se afigurava razoável, sob o enfoque do superior interesse do menor, transferir a guarda para outro casal, esse cadastrado na lista geral e terceiro ao presente processo de adoção, gerando, tão-somente, insegurança jurídica.

É dos autos que o casal cadastrado já aviou o respectivo processo de adoção. Porém, como em qualquer processo de adoção, a guarda, durante o seu trâmite, é provisória. Provisoriamente, na espécie, potencializada com a existência deste processo anterior, com o mesmo objeto. Fato também não ignorado pelo casal adotante cadastrado.

Impende deixar assente, no ponto, que não se está a preterir o direito de um casal pelo outro, uma vez que, efetivamente, o direito destes não está em discussão. O que se busca, na verdade, é priorizar o direito da criança de ser adotada pelo casal com o qual, na espécie, tenha estabelecido laços de afetividade.

Já a aferição da aptidão deste ou de qualquer casal para exercer o Poder Familiar dar-se-á na via própria, qual seja, no desenrolar do processo de adoção.

Assim, dá-se provimento ao presente recurso especial para manter a infante L. C. da C. sob a responsabilidade dos ora recorrentes, L. C. B. e A. C. G. S. B., até o deslinde da presente ação de adoção.

É o voto.