



COMENTÁRIOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.338.616/DF: INTERPRETAÇÃO DO ECA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Luíza Souto Nogueira¹

Resumo: O objetivo do presente trabalho é, a partir da análise Recurso Especial nº 1.338.616/DF, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, demonstrar que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser observado em todos os processos que envolvam direitos do público infantojuvenil, até mesmo de forma a permitir a relativização ou o afastamento de norma positivada no Estatuto da Criança e do Adolescente quando a mera subsunção do fato à norma não for a melhor solução a ser dada para o caso concreto. O caso teve por objeto a análise da flexibilização da norma que impõe a idade mínima de dezesseis anos entre adotante e adotando, por meio do método hipotético-dedutivo, realizou-se pesquisa de natureza bibliográfica, com revisão sistemática da doutrina acerca das temáticas da adoção e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com o objetivo de sintetizar seus resultados e conclusões. E com o uso do método indutivo, por meio da abordagem dos argumentos apontados no julgamento do Recurso Especial nº 1.338.616/DF, buscou-se entender os fundamentos utilizados para possibilitar a flexibilização da regra do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que permitiu concluir que com essa decisão o Superior Tribunal de Justiça deixou clara a importância do princípio do melhor interesse na interpretação de direitos da população infantojuvenil.

Palavras-chave: adoção; melhor interesse; idade mínima; adotante; adotando.

COMMENTS TO SPECIAL APPEAL NO. 1.338.616/DF: INTERPRETATION OF ECA IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD

Abstract: The aim of this work is, based on the analysis of Special Appeal nº 1.338.616/DF, reported by Minister Marco Buzzi, to demonstrate that the principle of the best interest of the child and adolescent must be observed in all processes involving the rights of the children and adolescents, even in order to allow the relativization or removal of the positive norm in the Statute

¹ Doutora em Direito Civil pela USP. Mestre e bacharel em Direito pela PUC/SP. Professora de Direito Civil na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). luizasnogueira@yahoo.com.br





of the Child and Adolescent when the mere subsumption of the fact to the norm is not the best solution to be given for the concrete case. The object of the case was the analysis of the flexibility of the norm that imposes a minimum age of sixteen between adopting and adoptee. Through the hypothetical-deductive method, bibliographical research was carried out, with a systematic review of the doctrine on the themes of adoption and the principle of the best interest of the child and adolescent, with the objective of synthesizing its results and conclusions. And with the use of the inductive method, through the approach of the arguments pointed out in the judgment of Special Appeal nº 1.338.616/DF, it was sought to understand the fundamentals used to make possible the flexibility of the rule of the Statute of the Child and the Adolescent, which allowed to conclude that with this decision the Superior Justice Tribunal made clear the importance of the principle of best interest in the interpretation of rights of the child and youth population.

Keywords: adoption; best interest; minimum age; adopter; adoptee.

Introdução

O Direito de Família é ramo do ordenamento jurídico que se pensa e repensa no dia a dia. As relações interpessoais se formam e dissolvem conforme a realidade social, o momento histórico, as vontades e desejos e as liberdades ou restrições de cada época. Entretanto, quando essas relações envolvem direitos de crianças e adolescentes há normas a serem observadas, posto que essas pessoas, por estarem ainda em fase de desenvolvimento, merecem especial atenção da família, da sociedade e do Estado no momento da tomada de decisões que as envolvam.

A adoção é instituto de Direito de Família regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para os casos em que diga respeito a pessoas menores de dezoito anos. O Estatuto, com vistas a proteger essas pessoas, estabelece regras a serem observadas pelos operadores do Direito durante todo o processo de adoção, dentre as quais estão os requisitos mínimos a serem preenchidos pelo pretendente à adoção, como a idade mínima de dezesseis anos entre o adotante e o adotando.

Entretanto, os direitos da criança e do adolescente não se regem apenas pelas normas positivadas na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nos demais dispositivos legais. Há que se interpretar o direito infantojuvenil de modo a dar efetividade ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.





Em junho de 2021 a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.338.616/DF e proferiu decisão que flexibilizou a regra da idade mínima entre adotante e adotando, exarando posicionamento justamente no sentido de que o aplicador do Direito deve adotar o postulado do melhor interesse da criança e do adolescente como critério primordial para a interpretação das leis e para a solução dos conflitos.

É esse o objeto de estudo no presente trabalho, que tem por objetivo específico analisar os motivos pelos quais o Estatuto da Criança e do Adolescente positivou norma estabelecendo uma diferença de idade mínima a ser observada entre o adotante e a criança ou adolescente adotando, bem como questionar se o melhor caminho a ser adotado pelo operador do Direito é proceder a uma interpretação literal da lei ou se cabe realizar uma análise do caso concreto à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Assim, por meio do método hipotético-dedutivo, realizou-se pesquisa de natureza bibliográfica, com revisão sistemática da doutrina acerca das temáticas da adoção e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com o objetivo de sintetizar seus resultados e conclusões.

E com o uso do método indutivo, por meio da abordagem dos argumentos apontados no julgamento do Recurso Especial nº 1.338.616/DF, buscou-se entender os fundamentos utilizados para possibilitar a flexibilização da regra do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que permitiu concluir que com essa decisão o Superior Tribunal de Justiça deixou clara a importância do princípio do melhor interesse na interpretação de direitos da população infantojuvenil.

1. O Recurso Especial nº 1.338.616/DF

Em 15 de junho de 2021 a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento relatado pelo Ministro Marco Buzzi, deu provimento, por unanimidade, aos recursos especiais interpostos em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que manteve sentença de indeferimento da petição inicial de processo de adoção sob o fundamento de se tratar de pedido juridicamente impossível ante a diferença de idade entre adotante e adotado ser de apenas treze anos de idade. O acórdão foi assim ementado:

RECURSOS ESPECIAIS - AÇÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL SOCIOAFETIVA DE ENTEADO PROMOVIDA POR PADRASTO - INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, DADO O NÃO



CUMPRIMENTO DO REQUISITO DA DIFERENÇA MÍNIMA DE 16 ANOS DE IDADE ENTRE ADOTANTE E ADOTANDO - DELIBERAÇÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM FACE DO CARÁTER COGENTE DA NORMA PREVISTA NO ART. 42, § 3º DO ECA - IRRESIGNAÇÃO DO DEMANDANTE E DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DISTRITAL QUE ATUA NO FEITO COMO CUSTOS LEGIS. Hipótese: Cinge-se a controvérsia em definir se a regra que estabelece a diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre adotante e adotando (art. 42, § 3º do ECA) é norma cogente ou, na medida das peculiaridades do caso concreto, pode ser relativizada no interesse do adotando, à vista da situação fática efetivamente vivenciada de forma pública, estável, duradoura e contínua. 1. O dispositivo legal atinente à diferença mínima etária estabelecida no art. 42, § 3º do ECA, embora exigível e de interesse público, não ostenta natureza absoluta a inviabilizar sua flexibilização de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pois consoante disposto no artigo 6º do ECA, na interpretação da lei deve-se levar em conta os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. 2. O aplicador do Direito deve adotar o postulado do melhor interesse da criança e do adolescente como critério primordial para a interpretação das leis e para a solução dos conflitos. Ademais, não se pode olvidar que o direito à filiação é personalíssimo e fundamental, relacionado, pois, ao princípio da dignidade da pessoa humana. 2.1 No caso em exame, o adotante é casado, por vários anos, com a mãe do adotando, razão por que esse se encontra na convivência com aquele desde tenra idade; o adotando possui dois irmãos que são filhos de sua genitora com o adotante, motivo pelo qual pode a realidade dos fatos revelar efetiva relação de guarda e afeto já consolidada no tempo, merecendo destaque a peculiaridade de tratar-se, na hipótese, de adoção unilateral, circunstância que certamente deve importar para a análise de uma possível relativização da referência de diferença etária 3. A justa pretensão de fazer constar nos assentos civis do adotando, como pai, aquele que efetivamente o cria e educa juntamente com sua mãe, não pode ser frustrada por apego ao método de interpretação literal, em detrimento dos princípios em que se funda a regra em questão ou dos propósitos do sistema do qual faz parte. 4. Recursos especiais providos (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021).

A ação de adoção unilateral, que tramitou perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, foi ajuizada objetivando formalizar, por meio da adoção, o vínculo de paternidade socioafetiva existente entre o autor e o adolescente filho de sua esposa com genitor desconhecido. Ou seja, tratava-se de adoção unilateral na qual não havia necessidade de destituição do poder familiar do pai, posto que desconhecido.

Na primeira instância o magistrado indeferiu a petição inicial por entender que, sendo o autor apenas treze anos mais velho que o adolescente adotando, havia violação ao disposto no art. 42, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que estabelece que o adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando para que a perfilhação adotiva seja possível.



E, em sede de julgamento de recurso de apelação, a sentença foi mantida sob o fundamento de que referida norma do ECA tem caráter cogente, o que impede seu afastamento na análise do caso concreto, por acórdão assim ementado:

O acórdão que manteve a sentença foi assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL E ECA. ADOÇÃO. DIFERENÇA, DE IDADE DE, NO MÍNIMO, DEZESSEIS ANOS ENTRE ADOTANTE E ADOTANDO. NORMA COGENTE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - O ECA estabelece, em seu art. 42, § 3º, a diferença de idade de, pelo menos, 16 (dezesseis) anos entre adotante e adotando. Tal requisito tem por finalidade conferir caráter biológico à família civil que irá se formar por meio da constituição do vínculo jurídico da adoção, tendo em vista que a família substituta deve ser em tudo semelhante à família biológica. Ademais, a norma também tem por escopo prevenir a realização de adoção com motivos escusos, tentando-se mascarar interesses de outras naturezas, como o sexual, por exemplo, por meio da exposição de amor parental. 2 - Dessa forma, não é possível atender ao pedido de adoção quando a diferença de idade entre adotante e adotando for inferior a 16 (dezesseis) anos, visto que tal, requisito está inserido em norma legal cogente, sendo imperioso reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido diante de tal pretensão. Recurso desprovido”. (In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021).

Contra referido acórdão foram interpostos recursos especiais tanto pelo autor como pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, ambos arguindo, em síntese, a possibilidade de mitigação da regra do art. 42, § 3º, do ECA, quando o caso concreto permitir assim agir com vistas à garantia do melhor interesse da criança e do adolescente.

O Ministro Marco Buzzi, relator do recurso especial, entendeu ser possível relativizar a referida norma quando, após a análise do caso concreto, for observado que tal proceder apresentará reais vantagens para o adotando e que a pretensão não se fundamenta em motivos escusos:

[...] não se pode olvidar que a intenção do legislador, ao fixar uma diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre o adotando e o adotante, foi, além de tentar reproduzir – tanto quanto possível – os contornos da família biológica padrão, evitar que a adoção camuflasse motivos escusos, onde a demonstração de amor paternal para com o adotando mascarasse/escondesse interesse impróprio. Entretanto a referida limitação etária, em situações excepcionais e específicas, não tem o condão de se sobrepor a uma realidade fática – há muito já consolidada – que se mostrar plenamente favorável, senão ao deferimento da adoção, pelo menos ao regular processamento do pedido, pelo que o regramento pode ser mitigado, notadamente quando, após a oitiva das partes interessadas, sejam apuradas as reais vantagens ao adotando e os motivos legítimos do ato (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021).

O objetivo deste trabalho é, por meio de uma breve análise sobre o instituto da adoção e sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, trazer embasamento teórico que permita demonstrar que foi acertada a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao



realizar uma interpretação do ECA, mais especificamente do requisito da diferença etária entre adotante e adotando, à luz do referido princípio.

2. Breves notas sobre o instituto da adoção

A adoção pode ser conceituada como a “modalidade de colocação da criança ou do adolescente em família substituta que tem como objetivo atribuir ao adotado a condição de filho dos pais adotivos, tal qual o seria se por esses tivesse sido concebido” (NOGUEIRA, 2021, p. 21).

De acordo com o art. 39, §1º, do ECA, é modalidade irrevogável e excepcional de colocação da criança ou do adolescente em família substituta. É a medida existente como *ultima ratio* para os casos de infantes que ou não estejam inseridos em núcleo familiar ou, por algum motivo, dele tenham sido retirados, e não tenha sido possível sua colocação junto à sua família extensa ou ampliada.

Trata-se de modalidade de formação de vínculo de parentalidade que decorre da reunião da vontade de se tornar pai/mãe com a existência de uma criança ou um adolescente que esteja em condições de ser adotado, seja porque seus genitores foram destituídos do poder familiar, seja porque foram entregues para a adoção ou abandonados logo após o nascimento. É relação paterno-materno-filial que é regulamentada na legislação brasileira como forma de proteção de infantes, mas que também atua como forma de possibilitar que aqueles que por algum motivo não o podem biologicamente, se tornem pais.

Esse instituto foi regulamentado pelo Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do ECA em 1990 que, revogando os artigos do diploma civil que tratavam sobre o assunto, passou a regulamentar a adoção dos menores de dezoito anos de idade (PEREIRA, 2020, p. 339). Entretanto, foi com as alterações realizadas no ECA pelas Leis nº 12.010/2009 e nº 13.509/2017, que ganhou os contornos jurídicos até hoje vigentes.

Pode a adoção ser unilateral ou bilateral. Unilateral é aquela que se verifica nos casos em que um dos vínculos de paternidade permanece intacto (com o pai ou com a mãe) e a nova relação surge somente em relação àquele que ou não existe ou perdeu o poder familiar. É o caso do acórdão analisado, no qual a perfilhação foi pretendida pelo padrasto em relação ao filho de sua esposa, esta em pleno exercício de poder familiar em relação ao adolescente. Bilateral, por outro lado, é a modalidade de adoção na qual duas pessoas se tornam, após passar pelos trâmites legais, pai e



mãe, ou pais, ou mães do adotado, rompendo-se, em relação a este, os vínculos em relação a sua família de origem, de modo que passa a integrar a nova família tal como se nela tivesse nascido.

Em ambas as modalidades há o surgimento de um vínculo entre adotante e adotado tal qual àquele que se forma entre genitores e seus filhos no momento do nascimento: o adotado é tão filho como o é o biológico. Não há diferença entre eles. Justamente por isso é que, do ponto de vista jurídico, diz-se que a adoção produz efeitos pessoais e patrimoniais. Os efeitos pessoais concernem ao surgimento do vínculo paterno-materno-filial entre o adotado e o adotante, bem como do vínculo de parentesco em relação a toda a família do adotante. O adotado torna-se sobrinho, neto, primo etc. (BORDALLO, 2022, p. 174). E os efeitos patrimoniais são os mesmos que se adquire ao nascer e passar a fazer parte da família biológica: direito a alimentos e direitos hereditários (BORDALLO, 2022, p. 176). Tais efeitos se iniciam com o trânsito em julgado da sentença e adquirem, a partir de então, caráter definitivo, posto que, por se tratar de medida irrevogável, nem a morte dos adotantes ou do adotado desconstitui a relação ou restabelece os vínculos com a família de origem.

Justamente em razão dessa peculiaridade da adoção de ser irrevogável é que o ECA, no que tange à perfilhação de menores de dezoito anos, estabelece uma série de regras e requisitos a serem preenchidos pelos adotantes, o que faz com vistas à garantia do melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, de acordo com o artigo 42 do Estatuto, para poder adotar é preciso ser maior de dezoito anos e ter, pelo menos, dezesseis anos a mais que o adotando, além de não ser ascendente nem irmão da criança ou adolescente que se pretende perfilhar.

No que tange à idade mínima de dezoito anos não parece haver muito o que se discutir, uma vez que é essa a idade pela qual se atinge a maioridade e, com isso, a plena capacidade para os atos da vida civil (Código Civil, artigo 5º). Se antes disso a pessoa é considerada absoluta ou relativamente incapaz conforme a sua idade, não haveria por que entender que mesmo diante da incapacidade civil existiria capacidade para adotar. Isso porque, em que pese do ponto de vista biológico seja possível gerar uma vida ainda na infância ou adolescência, a adoção é vínculo de filiação que decorre mais do que da vontade de ter um filho, pois pressupõe que o adotante tenha tomado a decisão ciente de todos os efeitos e responsabilidades dela decorrentes, o que não se pode



presumir que tenha ocorrido caso se esteja tratando de uma pessoa ainda absoluta ou relativamente incapaz.

A diferença mínima de idade entre o adotante e o adotando, por sua vez, pode gerar questionamento, tal como ocorreu no julgamento do Recurso Especial em comento, razão pela qual será analisada em tópico específico deste trabalho.

3. A idade mínima entre adotante e adotando

Conforme já mencionado neste artigo, o ECA traz, no bojo do artigo 42, §3º, previsão normativa no sentido de que para que possa ocorrer a perfilhação adotiva é necessário que o adotante seja, no mínimo, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

Galdino Augusto Bordallo explica que tal norma, de caráter inafastável, tem por objetivo assemelhar a família adotiva à biológica, além de ser uma forma de evitar que a perfilhação adotiva possibilite a formação de outro vínculo de afeto que não o decorrente da filiação, ou seja, tem como objetivo impedir que haja adoção em casos em que o que existe é um interesse escuso, como um interesse de natureza sexual (2022, p. 167). Entretanto, o próprio autor destaca que tal norma não deve ser interpretada de forma a impedir que haja adoção nos casos em que formado o vínculo de socioafetividade a despeito de não haver a diferença de idade prevista em lei:

Há que se buscar o sentimento na formação da família socioafetiva, sendo certo que o sentimento não se encontra vinculado à idade. O sentimento paterno-filial pode existir entre pessoas com diferença etária inferior aos 16 anos exigidos pelo legislador. Não há nenhum empecilho que, em face do caso concreto, conceda-se a adoção em que a diferença de idade entre o adotante e adotando seja inferior aos 16 anos estipulados na legislação, desde que fique apontado, pelo estudo de caso apresentado pela equipe interprofissional do Juízo, que a relação afetiva entre adotante e adotando é a paterno-filial. O cuidado que devemos ter para com a formação da família adotiva dá-se em verificar se o sentimento existente entre as pessoas envolvidas é o de pai e filho. Assim, pode-se conceder a adoção para pessoas cuja diferença de idade seja inferior ao exigido pela lei, desde que essa diferença ainda mantenha a aparência de uma filiação biológica e esteja comprovada a existência de vínculo fático de filiação. Este entendimento foi estatuído pelos Tribunais de todo o País, já sendo pacífico há mais de uma década (BORDALLO, 2022, p. 167).

Guilherme Nucci explica que “estabelece a lei deva haver entre ambos o mínimo de 16 anos, cuidando-se para que não se transforme a adoção numa família artificial, com prejuízo psicológico ao próprio adotado” (2021, p. 206), mas, assim como Galdino Bordallo, também se posiciona favoravelmente à relativização de tal norma para casos em que não se verifique estar havendo uma deturpação do instituto:



Entretanto, não nos parece razoável fixar um número determinado e impositivo. Há de ser 16 anos mais velho. Por que não 15? Ou 17? O ideal seria prever, em lei, que o adotante haveria de ser, preferencialmente, 16 anos mais velho que o adotado, conforme o prudente critério do juiz e das condições do caso concreto. Assim sendo, um casal com 30 anos poderia adotar, sem problema algum, um adolescente de 15 anos. Forma-se uma família e há espaço para que os pais assumam a posição de responsáveis maduros pelo menor (NUCCI, 2021, p. 206).

Embora não se discorde aqui da necessidade de estabelecimento de um critério legal para permitir a adoção, entende-se, acompanhando Galdino Bordallo e Guilherme Nucci, que tal regra, embora de cunho protetivo especialmente aos interesses do adotando, pode, a depender do caso posto à análise do Judiciário, ser flexibilizada.

É fato que a adoção gera vínculo familiar equivalente àquele que se forma pela origem biológica, mas não parece ser correto esperar que a adoção seja deferida com vistas a alcançar uma formação familiar tal qual àquela que teria a criança e o adolescente caso mantido em sua família de origem. Não é esse o objetivo da lei. A intenção é a inserção em ambiente familiar na qual o infante terá toda a atenção e os cuidados necessários para seu desenvolvimento, recebendo assistência moral e material para crescer de forma saudável e com respeito à sua dignidade.

Não parece ser correto dizer que, caso o pai/mãe adotivo seja muito mais velho ou muito mais novo haverá algum prejuízo para esse infante tão somente em razão dessa diferença de idade. A proteção da criança e do adolescente não decorre da idade do adotante, mas da escolha acertada, da correta orientação deste no momento que antecede a adoção, da formação de vínculo de afetividade entre adotante e adotado. E isso não vai ocorrer necessariamente em razão da diferença de idade entre adotante e adotado.

O vínculo de afetividade é de maior importância para o sucesso da adoção. Tanto é assim que se exige a realização de estágio de convivência com vistas, justamente, ao início desse laço entre adotante e adotado, o qual somente poderá ser dispensado nos casos em que se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo (ECA, artigo 42).

A prevalência da afetividade sobre critérios legais, inclusive, já foi objeto de julgamento pela Terceira Turma do STJ em 2019 no REsp 1.785.754-RS, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no qual foi exarado entendimento no sentido de que é possível a flexibilização



da regra da idade mínima nos casos em que exista vínculo de socioafetividade desenvolvido entre as partes anteriormente ao pedido de perfilhação adotiva:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. ADOÇÃO. MAIOR. ART. 42, § 3º, DO ECA (LEI Nº 8.069/1990). IDADE. DIFERENÇA MÍNIMA. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. SOCIOAFETIVIDADE. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A diferença etária mínima de 16 (dezesseis) anos entre adotante e adotado é requisito legal para a adoção (art. 42, § 3º, do ECA), parâmetro legal que pode ser flexibilizado à luz do princípio da socioafetividade. 3. O reconhecimento de relação filial por meio da adoção pressupõe a maturidade emocional para a assunção do poder familiar, a ser avaliada no caso concreto. 4. Recurso especial provido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

No caso retro, o requisito de idade mínima entre as partes estava desatendido em apenas três meses e já havia uma relação de paternidade socioafetiva há mais de trinta anos, o que levou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva a se posicionar no sentido de que:

Incumbe ao magistrado estudar as particularidades de cada caso concreto a fim de apreciar se a idade entre as partes realiza a proteção do adotando, sendo o limite mínimo legal um norte a ser seguido, mas que permite interpretações à luz do princípio da socioafetividade, nem sempre atrelado às diferenças de idade entre os interessados no processo de adoção (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

Embora se entenda que mais importante do que o preenchimento do requisito etário é o vínculo de afetividade de maior importância para o sucesso da perfilhação adotiva, sabe-se que, a princípio, as normas do ECA em relação à adoção possuem natureza cogente, ou seja, devem ser observadas em todos os processos e não admitem flexibilização. Porém, conforme será explicado a seguir, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser observado na interpretação de todos os processos que envolvam pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, o que, conforme se defende neste trabalho, permite, até mesmo, o afastamento de norma prevista no Estatuto.

4. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse remonta, como explica Tânia da Silva Pereira, ao instituto inglês do *parens patriae*, que era utilizado pelo Rei e pela Coroa para proteger as crianças e as pessoas com deficiência, já que elas não poderiam proteger a si próprias (2021, p. 216-217). Esse princípio também é adotado nos Estados Unidos, onde foi utilizado pela primeira vez no caso *Commonwealth v. Addicks*, em 1813, na Corte da Pensilvânia, quando uma disputa de guarda foi decidida pela observância a quem seria a melhor pessoa para atender os interesses da criança, que,



no caso, era a mãe, mesmo tendo sido ela a responsável pela traição e pelo rompimento do casamento (PEREIRA, 2021, p. 218). Seu significado, nos Estados Unidos, é de função estatal de atuar como guardião das pessoas legalmente tidas como incapazes (PEREIRA, 2021, p. 217-218).

No Brasil, entretanto, o referido princípio passou a ser adotado somente na história mais recente, pois a situação atual de serem crianças e adolescentes sujeitos de direito a quem se deve garantir proteção especial em razão de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento decorre do tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 227 determinou que incumbe à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança e ao adolescente seus direitos com absoluta prioridade (LÔBO, 2016, p. 74).

Somente a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988 é que se substituiu o chamado direito do menor pela doutrina da proteção integral, na qual vige o respeito aos direitos da criança e do adolescente, o que levou à preocupação de atendimento dos interesses da população infantojuvenil em todas as decisões que envolvam a sua vida, seja por parte da família, da sociedade, do Estado no planejamento de políticas públicas, e do Judiciário no momento da tomada de decisão que afete a vida de uma criança ou adolescente. Somente observando-se qual é o interesse do infante e se dedicando a decidir de acordo com ele é que se garantirá que ele cresça e se desenvolva adequadamente.

O melhor interesse é, na visão de Tânia da Silva Pereira, norma cogente, pois foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação, pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, Convenção que foi aprovada nos termos do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, ou seja, com *status* de emenda constitucional. Para ela, o princípio assume função hermenêutica no campo dos direitos infantojuvenis, pois permite interpretar as disposições do ECA, e de garantia, pois assegura a efetividade de direitos subjetivos dessas pessoas (2021, p. 224-225). E, na opinião de Camila Colucci, trata-se de um “macro princípio, localizando-se abaixo apenas da dignidade da pessoa humana” (2021, p. 47), de modo que se deve zelar primeiro pela garantia da dignidade da pessoa humana e, depois, pelo atendimento ao melhor interesse do infante, e, somente depois é que se poderá passar à análise dos demais princípios aplicáveis ao direito em análise.



Ambas as posições parecem ser acertadas. Não há como deixar de lado o princípio do melhor interesse, não há como relativizá-lo, o que permite concluir que, embora seja princípio, é princípio dotado de característica cogente, típica de normas, uma vez que de aplicação inafastável. Além disso, sua garantia deverá ser observada em toda e qualquer situação, assim como ocorre com a dignidade humana, norma hipotética fundamental do nosso ordenamento jurídico.

Tal princípio, portanto, assume função interpretativa e integrativa no âmbito dos direitos da criança e do adolescente, pois, deve ser utilizado sempre que se estiver diante de uma norma do Estatuto a ser aplicada, bem como a ele se deve recorrer nas situações em que haja lacuna normativa para o caso em análise. Não há como analisar questão envolvendo direito infantojuvenil sem passar pela etapa de adequação da decisão ao melhor interesse desse público.

No que tange à adoção a aplicação do princípio é visível em todos os momentos do processo. Deve o melhor interesse ser observado, dentre outras situações, quando se decide pela retirada do infante de sua família de origem, quando da busca pela sua colocação junto à sua família extensa ou ampliada, no momento da colocação para adoção e, quando, já habilitado, na hora de se deferir o pedido e iniciar o período de convivência. O melhor interesse deverá estar presente, também, na avaliação a ser feita pelo juiz e pela equipe multidisciplinar do fórum no momento de decidir se a adoção será deferida ou não.

Mas não é só. Como já foi visto, por assumir função cogente e, no âmbito dos direitos infantojuvenis estar localizado abaixo tão somente do princípio da dignidade da pessoa humana, é o melhor interesse que deverá ser utilizado pelo juiz quando lhe for posto em julgamento um caso no qual haja que se questionar a aplicação de norma prevista expressamente no ECA. E foi justamente isso o que ocorreu no julgamento do Recurso Especial aqui analisado.

5. Interpretação do ECA à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Como já explicado neste trabalho, é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente a baliza a ser aplicada em todo e qualquer caso que envolva a análise de direitos do público infantojuvenil. Não há como tomar decisão, seja no âmbito particular, judicial ou da administração pública, sem ter em mente se o melhor interesse do infante será garantido.



Justamente por isso é que se entende que, pela importância que esse princípio assume no ordenamento jurídico pátrio, admite-se, a depender do caso, a relativização ou o afastamento de alguma norma do ECA quando, na análise do caso concreto, sua aplicação for contrária ao interesse da criança e do adolescente envolvido no processo. No Recurso Especial em comento, a regra que foi relativizada foi a que estabelece a diferença mínima de idade entre adotante e adotado.

Tal regra, como anteriormente explicado, foi inserida no ordenamento com vistas à obtenção, por meio da adoção, de uma família semelhante àquela que seria formada pelas vias biológicas, além de como forma de evitar que se procedesse à adoção com finalidades escusas, tais quais interesses de cunho sexual, por exemplo. Ocorre que, se se analisar a realidade social, sabe-se que muitas jovens de tenra idade acabam engravidando e, com isso, formando uma família na qual há diferença de idade entre pais e filhos menor que a de dezesseis anos prevista para a adoção. E isso não será motivo para impedir que essa criança seja filha dessa criança ou dessa adolescente que a gerou.

Não parece ser adequado entender que a diferença etária seja utilizada para buscar uma família semelhante à biológica, já que não necessariamente haverá, nela, essa diferença. Entende-se que a melhor interpretação a ser dada à norma do art. 42, § 3º do ECA é no sentido de evitar que a adoção seja utilizada com intuito diverso ao que lhe é próprio, isto, é, que, ao invés de recorrer-se à adoção com o objetivo de formação de uma família, de proteção a um infante que não esteja inserido em ambiente familiar, o adotante o faça para fins patrimoniais ou para a satisfação de interesses escusos, como a submissão de uma criança ou adolescente ao poder familiar de alguém que não quer verdadeiramente assumir a função de mãe ou pai.

É por isso que, em processos de adoção nos quais adotante e adotado ainda não se conhecem não há razão que justifique que se defira o pedido a pessoa que tenha diferença etária inferior a dezesseis anos em relação ao infante que pretende perfiar. A norma, nesses casos, funciona como critério mínimo de auxílio ao magistrado na tomada de decisão que atenda ao melhor interesse do adotando.

Entretanto, embora raro, é possível que exista situação na qual uma pessoa que tenha diferença de idade inferior a dezesseis anos em relação ao infante tenha formado com ela um vínculo afetivo tal qual o de parentalidade e deseje, por meio da adoção, formalizar esse laço



tornando-se efetivamente pai ou mãe dessa pessoa. Nesses casos, simplesmente impedir que se prossiga com o processo de adoção pelo apego à letra da lei sem uma análise mais individual e detalhada da situação concreta poderá levar a uma decisão na qual esteja sendo desrespeitado o melhor interesse da criança e do adolescente.

E foi justamente isso que ocorreu no caso em comento. Em primeira e segunda instâncias houve um apego formal à norma prevista no ECA, tida como cogente, o que impediu, até mesmo, uma análise mais aprofundada da verdadeira situação exposta nos autos. Os magistrados de primeiro e segundo graus não se atentaram para a realidade fática do caso, que se pautava na já existência de um vínculo de filiação socioafetiva que embasava o pedido de adoção unilateral, e afastaram a pretensão com base em uma interpretação formalista da lei.

Acertadamente, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em voto relatado pelo Min. Marco Buzzi, entendeu que:

[...] a justa pretensão de fazer constar nos assentos civis do adotando, como pai, aquele que efetivamente o cria e educa juntamente com sua mãe, não pode ser frustrada por apego ao método de interpretação literal, em detrimento dos princípios em que se funda a regra em questão ou dos propósitos do sistema do qual faz parte (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021).

O julgamento foi acertado justamente porque se debruçou sobre os fatos e buscou interpretá-los de acordo com o princípio do melhor interesse, o que se espera que ocorra em todo e qualquer julgamento que envolva direitos infantojuvenis. É preciso que o operador do direito se dedique a realizar uma análise aprofundada dos fatos que lhes foram expostos e uma interpretação sistemática do ordenamento, ou seja, uma interpretação para além da norma posta, que leve em consideração aqueles princípios de aplicação inafastável para o caso concreto, como, no caso, o do melhor interesse da criança e do adolescente.

Além disso, com referido julgamento a Quarta Turma do STJ se posicionou de forma semelhante à Terceira Turma, que já havia entendido anteriormente ser possível a relativização da norma que estabelece a diferença mínima de idade entre adotante e adotando nos casos em que presente uma prévia relação de socioafetividade que embasou o pedido de adoção.

6. Conclusão

A adoção é modalidade definitiva e irrevogável de colocação em família substituta por meio da qual insere-se a criança ou adolescente adotado no seio da família do adotante com os



mesmos direitos e deveres que teria caso nela viesse a ter nascido. É forma de criação de vínculo de parentalidade que se equipara ao biológico para todos os fins de direito.

Justamente por isso é que o ECA estabelece todo o procedimento a ser seguido no processo de adoção, além dos requisitos a serem preenchidos pelos adotantes e pelos adotados para que possa a perfilhação ser deferida. Dentre esses requisitos está a diferença mínima de idade entre adotante e adotado, que tem por objetivo, não só que a família adotiva se assemelhe à biológica, mas, principalmente, que não haja utilização do instituto com fins que não sejam a proteção de infante pela sua inserção em ambiente familiar adequado.

Ocorre que os direitos da criança e do adolescente não se regem somente pelas normas expressas no ECA, pois, além da dignidade da pessoa humana, norma hipotética fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, em todas as questões que envolvam direitos do público infantojuvenil deverá ser levado em conta o seu melhor interesse.

Entende-se que, ante a importância que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente possui, deverá ser ele analisado até mesmo quando o caso for, aparentemente, de mera subsunção do fato à norma. Isto é, nem sempre o melhor caminho será a aplicação da regra expressa para o caso, pois exige-se que, mesmo diante da previsão legal, seja analisado se a sua aplicação atenderá ao melhor interesse infantojuvenil.

Permite-se, assim, até mesmo o afastamento ou a relativização de norma prevista no ECA. E foi isso o que ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 1.338.616/DF, no qual o relator, o Min. Marco Buzzi, entendeu que a diferença etária mínima entre adotante e adotado poderia ser afastada diante da verificação de que no caso concreto já havia um vínculo de filiação socioafetiva, de modo que o deferimento da adoção, mesmo em desrespeito a essa regra, era a solução que atenderia ao melhor interesse do adolescente adotando.

Entende-se que o posicionamento exarado no acórdão foi acertado, pois demonstrou que o melhor interesse deve ser observado na análise do caso concreto mesmo quando isso implique, para a sua aplicação, eventual relativização ou afastamento de norma expressa.

Andou bem a Quarta Turma do STJ ao realizar a análise sistêmica das normas que disciplinam a adoção, posto que, se a colocação de criança e adolescente em família substituta deve obedecer ao princípio do melhor interesse, e se a própria ação de adoção pressupõe a



formação de vínculo afetivo por meio do período de convivência, não há razão para, por meio de uma interpretação fria da letra da lei, impedir a adoção em casos nos quais já constituído um vínculo de filiação socioafetiva única e exclusivamente com fundamento no descumprimento da regra quanto à diferença de idade mínima entre adotante e adotando.

7. Referências bibliográficas

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/publico/Camila_Fernanda_Pinsinato_Colucci_completa.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOGUEIRA, Luíza Souto. *Adoção compartilhada de grupos de irmãos*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. doi:10.11606/T.2.2021.tde-22072022-113459. Acesso em: 16 abr. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: A família na travessia do milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Vicissitudes e Certezas que Envolvem a Adoção Consentida*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/286.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp nº 1.785.754/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em 08/10/2019, DJe 11/10/2019. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=101261572&tipo=5&nreg=2018>>





[03228266&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20191011&formato=PDF&salvar=false](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201706911&dt_publicacao=25/06/2021&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20191011&formato=PDF&salvar=false)>.

Acesso em: 13 abr. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp nº 1.338.616/DF, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 15/06/2021, DJe 25/06/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201706911&dt_publicacao=25/06/2021>. Acesso em: 06 jul. 2021.