

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S) : A N
ADV.(A/S) : RODRIGO FERNANDES PEREIRA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : F G
ADV.(A/S) : EDUARDO DE MELLO E SOUZA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIACAO DE DIREITO DE FAMILIA E DAS
SUCESSOES - ADFAS
ADV.(A/S) : REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA -
IBDFAM
ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : RONNER BOTELHO SOARES
ADV.(A/S) : RICARDO LUCAS CALDERÓN

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Inicio as minhas considerações fazendo um alerta. Por se tratar de um recurso extraordinário com repercussão geral, a tese a ser fixada por esta Corte afetará diretamente não só a vida de milhões de crianças e adolescentes, mas também de pais, avós, tios, e todos que pelo sistema civil compõem o regime de parentalidade que o legislador definiu no Direito Civil.

Exatamente por isso, o cuidado com o que decidirá esta Suprema Corte há de ser redobrado a fim de não: i) subvertermos todo o sistema de parentalidade fixado pelo nosso ordenamento jurídico; ii) reduzirmos por demais o sentido da paternidade responsável; iii) elevarmos além do que prevê a lei os efeitos jurídicos da “afetividade”; iv) e colocarmos de lado os valores que formatam os vínculos familiares que estão dispostos na Constituição Federal, bem como a segurança jurídica.

Relaciono aqui algumas premissas lógicas e jurídicas antes de detalhar aquilo que penso deva ser a tese jurídica a ser adotada para fins de repercussão geral. Seguem elas:

1º) Tratar a paternidade responsável apenas sob o viés material importa em um afastamento do conteúdo do direito fundamental da criança e do adolescente de receber um cuidado integral de seus pais.

2º) Por outro lado, afastar-se do reconhecimento de que existe o dever jurídico do pai e da mãe de propiciarem a alimentação, o cuidado sob os pontos de vista material e financeiro, e até mesmo sob o aspecto sucessório, também seria minimizar o conteúdo jurídico da paternidade, bem como da maternidade.

3º) Não podemos nos olvidar do direito fundamental de todo indivíduo de ver reconhecida a sua identidade biológica, ou seja, não se pode negar à criança - que depois passará pelas etapas da juventude, da vida adulta e, por fim, da velhice - o seu direito de descobrir e de ver reconhecida juridicamente a sua identidade biológica, com todos os efeitos jurídicos daí decorrentes.

4º) Se é certo que é importante o vínculo biológico, como se extrai das disposições constitucionais tão bem tratadas pelo nobre Ministro Relator, também há que se lembrar que a Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1959, estabeleceu expressamente o direito de a criança ser criada pelos seus pais e de ser cuidada no seio de sua família.

5º) Posteriormente, a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança de 1989 reconheceu no seu preâmbulo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em uma ambiente de felicidade, amor e compreensão.

6º) A Constituição de 1988, de fato, conferiu **status** de família à união estável entre o homem e a mulher, bem como à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, como estabelecem os parágrafos 3º e 4º do art. 226, reconhecendo assim outros modelos familiares.

7º) Se é certo que o termo “família” se tornou plurívoco, como bem tratou o nobre Relator Ministro **Luiz Fux**, o que também foi objeto de profundo estudo pelo Ministro **Edson Fachin**, nós não podemos nos esquecer de que o nosso regime jurídico trata ainda e de forma detalhada da “família natural”, da “família substituta”, da “família de origem”, “da

família extensa ou ampliada”.

8º) O Estatuto da Criança e do Adolescente, normativa esta que se tornou uma referência positiva mundial, estabelece que as crianças e adolescentes possuem o direito fundamental a uma família, à convivência familiar e comunitária. Mas não só isso. Prevê a lei que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta (cf. art. 19).

9º) O seu art. 22 fixou a regra no sentido de que aos pais – biológicos ou adotivos - incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

10º) O referido Estatuto, assim como o Código Civil, estabelecem que toda perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil e, somente após a perda do poder familiar é que se deferirá a adoção. Portanto, a destituição do poder familiar é pressuposto lógico e jurídico para que ocorra a adoção.

11) A Lei nº 12.010/09 veio a introduzir no Estatuto da Criança e do Adolescente a **terminologia** “família extensa”. Ela já era reconhecida e utilizada pela doutrina e pelos tribunais, antes mesmo do advento daquela lei, na medida em que o glossário do Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária explicitou essa terminologia que já vinha sendo utilizada há muito tempo nas áreas da assistência social e da psicologia.

12) O parágrafo único do art. 25 do ECA buscou ampliar ainda mais esse grupo de pessoas, definindo que se deve entender por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

13) A legislação buscou, com isso, ultrapassar a barreira da proteção do biologismo da paternidade e maternidade, para prestigiar os vínculos da afetividade, a afinidade, o cuidado, **não para gerar vínculos de**

parentesco, mas vínculos familiares.

14) A partir da entrada em vigor da Lei nº 12.010/90, o ECA veio a dispor que a criança ou adolescente devem permanecer junto à sua família natural ou extensa, e só na sua impossibilidade é que, por meio de decisão judicial fundamentada, poderá o Estado intervir e colocar esse indivíduo em família substituta (arts. 25, parágrafo único e 92, II), inclusive no caso de adoção (art. 39, § 1º), numa reafirmação do que a doutrina denomina de “princípio da prevalência da família”.

15) Em verdade, a família de origem, encontra-se efetivamente defendida não só pela Constituição Federal, mas também pelas normas convencionais e infraconstitucionais. Cuida-se de designativo utilizado para indicar a família originária, incluindo-se nesse grupo a família natural e, supletivamente, a extensa, quando houver pedido judicial ou mesmo, quando a rede de atendimento vislumbrar a possibilidade e a necessidade de que ocorra, futuramente, a colocação da criança ou do adolescente em uma família substituta, inclusive por meio da adoção. Aliás, a excepcionalidade da adoção tem como fundamento a importância da família de origem da criança. Uma vez estabelecida a adoção, por ser ela irrevogável, impossibilita-se a retomada do poder familiar pela família original.

16) Ainda remanescem entre os próprios civilistas inúmeras dúvidas sobre as consequências sucessórias nos casos de adoção, o que não foi objeto de profunda discussão nestes autos; aliás, veja-se que ainda ocorrem no meio acadêmico debates sobre as consequências jurídicas da revogação do art. 1.626 do Código Civil de 2002 que estabelecia que “a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento” pela Lei nº 12.010, de 2009.

Dito isso, refletindo sobre os debates de ontem, tenho absoluta convicção de que a despeito de **não existir hierarquia entre família biológica e família socioafetiva** (aquela que efetivamente cuida da criança e do adolescente), sob o aspecto da **parentalidade**, há sim a **prevalência do vínculo biológico sobre o vínculo meramente**

socioafetivo. Explico.

Observando toda a nossa legislação, podemos concluir que - sob o ponto de vista formal – ao identificar ou definir os vínculos de parentesco, sempre que houver o vínculo biológico e o socioafetivo, simultaneamente entre as pessoas relacionadas, este vínculo de parentesco há de prevalecer sobre o vínculo unicamente socioafetivo.

O receio que se tem com a tese a ser fixada é que se confunda família com parentalidade, o vínculo familiar com o vínculo registral que define as relações de parentesco sob o enfoque jurídico.

O que vemos na realidade é a criança chamar de tia a sua vizinha, de avó a uma pessoa querida, de mãe a irmã, de pai um primo que o criou. A realidade social não pode ultrapassar o que é jurídico. Não se pode, com o devido respeito aos que pensam em contrário, reconhecer dupla paternidade porque dois tios cuidaram dele a vida toda. Não há como se reconhecer, ao menos por ora, o direito de duas ou três vizinhas, por terem cuidado da criança durante anos, de adotá-la porque restou formado um vínculo de cuidado e de afetividade entre essas pessoas.

Os pressupostos para a colocação em família substituta, hão de ser observados, sempre: a) em primeiro lugar, exige-se uma necessidade objetiva de se alterar o vínculo jurídico, posto que essa colocação cuida-se de medida excepcional, uma vez que a criança deve permanecer no seio de sua família natural, sob o ponto de vista natural e jurídico e, aliás, mesmo para as situações em que se necessite regularizar a posse de fato, o ECA deixa bem claro que só se deferirá a guarda judicial, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável (art. 33, § 2º); b) e em segundo lugar, exige-se a presença de um elemento subjetivo, respeitando-se o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente e devendo-se levar em consideração, sempre que possível, a vontade dos menores. Aliás, nos casos de colocação de adolescente em adoção, não há dúvida de que a sua oitiva será obrigatória e sua decisão será pré-requisito para a sua realização.

O vínculo de parentesco, portanto, pode ser biológico ou

socioafetivo, mas neste último caso se exige, para fins jurídicos, a vinculação por meio da adoção.

Não há que se confundir paternidade socioafetiva que se regulariza pela adoção com o cuidado que pode ser regularizado juridicamente por meio de guarda ou tutela.

O regime jurídico definido na legislação há de ser respeitado.

A descoberta futura da paternidade – seja por omissão dos pais, erro, culpa ou dolo - é que possibilitará, diante da sua excepcionalidade, e para garantir o direito à identidade genética, a eventual dupla parentalidade – afetiva e biológica, com todas as consequências jurídicas decorrentes desse reconhecimento, inclusive para fins sucessórios, a fim de garantir a estabilidade da família afetiva, a segurança jurídica e os direitos fundamentais da prole.

Portanto, penso que a tese há de ser minimalista, diante da peculiaridade do caso concreto e para não abrirmos espaço para um debate, que no meu pensar, deve ser realizado pelos legisladores. Assim, apresento a sugestão da tese, com a seguinte redação:

“O reconhecimento posterior do parentesco biológico não invalida necessariamente o registro do parentesco socioafetivo, admitindo-se nessa situação o duplo registro com todas as consequências jurídicas daí decorrentes, inclusive para fins sucessórios”.

É como voto.