

Agravo de Instrumento n. 2012.070559-2, de Gaspar
Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – ECA – PEDIDO DE ADOÇÃO FORMULADO POR CASAL DIVORCIADO – *DECISUM* QUE INDEFERE O PEDIDO CONJUNTO – INCONFORMISMO – ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA INICIADO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO – VÍNCULO AFETIVO CONFIGURADO – ACOLHIMENTO – DIVÓRCIO POSTERIOR – REQUISITOS ATENDIDOS – MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – RECURSO PROVIDO EM PARTE – PROSSEGUIMENTO DA *ACTIO* PELO CASAL.

A guarda de fato de criança exercida pelos pretendentes à adoção por longo período, iniciada antes do término da sociedade conjugal, amparada em evidências suficientes de elo afetivo, autorizam o pedido de adoção conjunta pelo casal posteriormente divorciado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2012.070559-2, da comarca de Gaspar (1ª Vara), em que são agravantes J. F. e G. de O., sendo agravados C. K. e I. R. S.:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para determinar o regular processamento do feito, com a manutenção dos agravantes no polo ativo da demanda. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Henry Petry Junior e Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2013.

Monteiro Rocha
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

J. F. e G. de O. interpuseram agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida em Ação de Adoção - autos n. 025.12.003988-0, da comarca de Gaspar - por si ajuizada contra C. K. e I. R. S., que determinou a emenda da inicial, sob o fundamento de que os agravantes, por serem divorciados, não poderiam requerer a adoção em conjunto do menor R. S. K., com fundamento no art. 42, §4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Alegaram que a criança está sob sua a responsabilidade de fato desde o seu nascimento, há mais de sete anos, quando os agravantes ainda conviviam em união estável, período em que se estabeleceram os laços paterno-materno-filiais.

Sustentaram que se divorciaram em maio de 2011, sem que houvesse qualquer prejuízo ao vínculo existente entre os agravantes e o adotando, tendo G. de O. permanecido com a guarda de fato do infante, enquanto J. F. exerce regularmente o direito de visitas e paga alimentos.

Assim, salientaram que o período de convivência de mais de sete anos, a existência de vínculo afetivo com o menor e a observância do princípio do melhor interesse da criança autorizam o pedido de adoção em conjunto pelos agravantes, que atualmente estão divorciados.

Por fim, postularam a concessão de efeito suspensivo ao recurso, bem como o seu provimento para reformar o *decisum* agravado e, por conseguinte, determinar o regular processamento do feito, com a manutenção de ambos os agravantes no polo ativo da demanda.

Foi deferido o almejado efeito suspensivo (fls. 11-15).

Não foram oferecidas contrarrazões (fl. 24).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin, opinando pelo provimento do recurso (fls. 27-28v).

É o relatório.

VOTO

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Os agravantes J. F. e G. de O., nos autos de adoção n. 025.12.003988-0, da comarca de Gaspar, postularam conjuntamente a adoção do menor R. S. K., de oito anos de idade, filho biológico de C. K. e I. R. S. (fl. 23).

O magistrado singular, constatando que os agravantes estão divorciados desde maio de 2011 (fl. 22), concluiu que eles não podem requerer a adoção do menor conjuntamente, determinando a emenda da inicial com a adequação do polo ativo da demanda, pelas seguintes razões:

"O art. 42 do ECA, em seu parágrafo 4º, autoriza que partes divorciadas/separadas judicialmente ingressem com pedido de adoção, desde que, no entanto, o estágio de convivência tenha se iniciado na constância do casamento.

"Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente depois das alterações advindas com a Lei 12.010/2009, a dispensa do estágio de convivência somente pode ser autorizada se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante, nos termos do §1º do art. 46 do ECA.

"Na mesma linha de raciocínio, considerando-se o disposto no §2º do artigo supramencionado, a simples guarda, como ocorre nesse caso, não dispensa o estágio de convivência. Ou seja, não se pode considerar o período em que o adotando esteve na simples guarda de fato do casal como estágio de convivência, a fim de se autorizar que os requerentes, já divorciados, requeiram a adoção em conjunto" (fl. 10).

Os agravantes interpuseram agravo de instrumento, objetivando a reforma do decisum para determinar o regular processamento do feito, com a manutenção de ambos os agravantes no polo ativo da demanda.

Assiste razão aos recorrentes.

Dispõe o art. 42, §4º, do ECA:

"Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009).

"[...]

"§ 4o Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que

justifiquem a excepcionalidade da concessão" (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009).

Na presente hipótese, da análise do contexto fático-probatório amealhado (fls. 14-56), que inclui a cópia do depoimento prestado pelo genitor biológico do adotando, resta incontroverso que o menor R. S. K., de oito anos de idade, está sob a guarda de fato dos agravantes desde os seis meses de vida e que, desde então, conviveu com o casal, que o criaram como seu filho.

Igualmente se extrai dos autos que, quando o menor foi deixado com os requerentes pelos pais biológicos, os agravantes mantinham união estável e, após, casaram, vindo a divorciar-se apenas em maio de 2011 (fl. 22).

Também se mostra verossímil a afirmação de que a separação do casal não interferiu no elo afetivo entre os agravantes e o adotando, porquanto as partes acordaram sobre a guarda, o regime de visitas e os alimentos ao menor. Aliás, corroborando a manutenção do vínculo paterno-materno-filial formado ao longo desses quase oito anos, está o pedido de adoção conjunta formalizada pelos pretendentes à adoção.

Ponderando-se os fatos supratranscritos, cumpre ponderar que, no caso concreto, os requisitos exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 42, §4º, para autorizar o pedido de adoção por casais divorciados foram, num primeiro momento, atendidos.

As partes informaram a existência de acordo sobre a guarda e o regime de visitas do menor; o estágio de convivência iniciou na constância do casamento entre as partes e existem evidências de vínculos de afetividade entre os pretendentes à adoção e o infante.

Ressalte-se que o fundamento do douto magistrado de que o estágio de convivência não restou configurado em razão de o casal exercer apenas a guarda de fato do infante não merece prosperar diante das peculiaridade do caso em comento.

O art. 46, §§1º e 2º, do ECA, no qual o magistrado singular amparou a sua decisão, estabelece o seguinte:

"Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

"§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado 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 (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009).

"§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência".

A lei é clara ao dispor que a guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. Contudo, na presente hipótese, a guarda de fato exercida pelo casal dura há mais de sete anos, existindo evidências suficientes de formação de elo afetivo entre os requerentes e o adotando, conforme se extrai dos documentos de fls. 35-41.

Nesse contexto, é forçoso concluir que, apesar de a guarda do menor não ter sido oficializada, existem elementos suficientes para avaliar a adaptação da criança à família, restando suprido o estágio de convivência.

Outrossim, como bem ponderou o Exmo. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, em decisão que concedeu o efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento (fls. 13-14), "In casu, não se trata de um casal que resolveu adotar um filho após o rompimento matrimonial, e sim, de um casal que sempre conviveu com uma criança que, em que pese tenham se divorciado, procuram legalizar uma situação vivenciada de fato há muitos anos".

E, ainda, segundo aponta o ilustre representante ministerial, o Exmo. Procurador de Justiça Mário Gemin (fls. 28-28v):

"Como é cediço, o estágio de convivência consubstancia-se no período necessário para que seja avaliada a adaptação da criança ou adolescente à nova família.

"In casu, malgrado a guarda do menor, repita-se, exercida pelos agravantes em conjunto por mais de 7 (sete) anos, nunca tenha sido formalizada, forçoso convir que a exigência de que só um deles figure no polo ativo da ação de adoção certamente não atenderá aos interesses do infante, pois almejam agora, nada mais do que legalizar a situação por eles e pelo menor vivenciada há muitos anos [...].

"Logo, porque o vínculo afetivo entre o infante e os requerentes está suficientemente indiciado pelas fotografias e documentos de fls. 34-51 e é ainda corroborado pelo agravado C., crê-se que a decisão agravada merece reforma,

para que se permita que os agravantes, mesmo já formalmente divorciados, figurem em conjunto no polo ativo da ação de adoção intentada".

Cabe, ainda, salientar que, 'Em se tratando de processo submetido às regras protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente, a exegese da norma deve ser feita com avaliação do caso concreto, sempre visando ao critério que melhor atenda ao interesse dos tutelados" (STJ, 2ª Seção, Rel. Min. Sidnei Beneti, CC n. 86.187/MG, j. em 27-2-2008).

Portanto, tendo em vista o vínculo afetivo desenvolvido entre os requerentes e a criança, deve-se permitir aos agravantes a adoção conjunta do menor R. S. K., cuja convivência familiar perdura há mais de sete anos.

Importante é a colação do seguinte julgado deste Tribunal:

"[...]Em casos de adoção intuitu personae, uma vez estabelecidos os laços socioafetivos entre adotante e adotado, respeitada a vontade da lei, em última análise, a ação do Estado deve limitar-se à averiguação da conformação do melhor interesse da criança e do adolescente, justificando-se o desfazimento do núcleo familiar (conformado ao longo do tempo) tão-somente nos casos de risco comprovado, ou em potencial, à criança" (TJSC, 1ª Cam. Dir. Civ., Relª. Desª. Denise Volpato, Ag. Inst. n. 2011.079162-4, de Jaraguá do Sul, j. 22-05-2012).

Por tais razões, ambos os agravantes devem ser mantidos no polo ativo da ação de adoção, devendo o feito seguir o regular processamento.

Porque não é possível deferir-se imediatamente adoção, vez que se trata de decisão initio litis e recurso de agravo de instrumento, dá-se provimento parcial ao recurso para determinar o regular processamento do feito, com a manutenção dos agravantes no polo ativo da demanda.

É o voto.