

RECURSO ESPECIAL Nº 1.566.808 - MS (2015/0288539-3)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
RECORRENTE : A V
ADVOGADOS : NEYLA FERREIRA MENDES
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
DO SUL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL
INTERES. : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROCURADOR : MARCO TULIO REIS MAGALHÃES - DF024485
INTERES. : C B
INTERES. : J DE O F
INTERES. : M I L G

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Trata-se de recurso especial interposto pela CURADORIA ESPECIAL retronomeada para defesa de A V, que visa a reforma de acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela Fundação Nacional do Índio, onde se requeria a nulidade de todos os atos processuais praticados nos autos da ação de Adoção C/C Destituição de poder familiar em que tal órgão não se manifestou.

Ação: Ação de Adoção C/C Destituição de poder familiar proposta pelo Ministério Público Estadual do Mato Grosso do Sul, em face de C B, visando a destituição do poder familiar dos réus quanto aos menores E B L, A B L, A B L, E B V, M B e I B L, e de A V, genitor de E, vez que os menores se encontravam em situação de risco.

Manifestação da FUNAI: No curso da ação, após a destituição do poder familiar em relação a todos os menores e após a adoção de I B, a FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI) se manifestou requerendo a anulação de todos os atos do processo, desde o seu início, inclusive a destituição do poder familiar, as guardas concedidas e a adoção de I B, vez que não houve a

sua intervenção no processo, medida obrigatória, nos termos do art. 28 § 6º e 161 § 2º do ECA.

Manifestação do Ministério Público: Se posicionou pela improcedência dos pedidos da FUNAI, à exceção da intimação do órgão para participar nos atos processuais a serem realizados.

Decisão interlocutória: Indeferiu o pedido de anulação da FUNAI.

Agravo de Instrumento: interposto pela FUNAI.

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça: Opinou pelo conhecimento e provimento do agravo.

Acórdão: Indeferiu o agravo de instrumento.

Embargos de declaração: Opostos pela curadoria especial retronomeada para a defesa de A V, foram rejeitados.

Recurso Especial: Interposto pela CURADORIA ESPECIAL retronomeada para defesa de A V, com fundamento na alínea “a”, do inc. III, do art. 105 da Constituição Federal. Alega negativa de vigência à Convenção sobre os Direitos da Criança: art. 5º, art. 20, item 1 e item 3, e art. 30 (Decreto 99.710/90) e à Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos indígenas e Tribais: arts 2º, itens 1 e 2, alínea “b”, art. 3º, 4º e 29 (Decreto 5.051/2004); bem como a negativa de vigência ao Estatuto da Criança e do Adolescente: incs. I, II, III do § 6º do art. 28.

Manifestação do Ministério Público Federal: Manifestou-se pelo conhecimento e provimento do Recurso Especial.

Voto do Relator, Min. Marco Aurélio Bellizze: Negou provimento ao Recurso Especial, aduzindo que, ainda que os incs. I, II, III do § 6º do art. 28 sejam cogentes e que a não participação da FUNAI em processos de adoção de crianças indígenas seja causa de nulidade, a decretação de tal nulidade vai de encontro ao melhor interesse dos menores, devido às circunstâncias do caso

concreto.

Relatado o processo, decide-se.

Julgamento: CPC/ 1973

O propósito recursal é julgar acerca da nulidade dos atos processuais praticados nos autos de AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR envolvendo infantes indígenas, por não ter a FUNAI participado do processo nos termos do art. 28 § 6, III, do ECA.

I. Do caráter de ordem pública da norma que prevê a participação da FUNAI em processos de adoção de menores indígenas.

Discute-se na hipótese se a norma do art. 28 § 6º, inc. III, do ECA que prevê a participação obrigatória da FUNAI em processos de adoção de menores indígenas, tem ou não caráter de ordem pública. Como cediço, normas de ordem pública são aquelas que resguardam os valores e objetivos político-sociais mais caros à sociedade, e, portanto, apresentam caráter imperativo e inderrogável.

O art. 28 § 6º trata da adoção de crianças indígenas e estabelece nos incs. I e II condições especiais a serem observadas neste tipo de procedimento, prevendo: I - “que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal” e II – “que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia”.

As regras dos incs. I e II representam a preocupação do legislador em conferir a crianças indígenas um tratamento diferenciado, vez que estas, além de

serem menores, também fazem parte de etnia minoritária, historicamente discriminada e marginalizada no Brasil. Tais dispositivos são verdadeira concretização dos arts. 227 e 231 da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, da proteção dos menores e dos índios.

Além de oferecer proteção efetiva aos menores indígenas, por reconhecer a intersecção de vulnerabilidades, as normas do art. 28 § 6º do ECA tem ainda uma segunda finalidade, qual seja, a de proteger a comunidade e cultura indígena, minimizando sua completa assimilação à cultura dominante.

De forma a garantir a efetividade das condições de adoção de menores indígenas impostas pelos incs. I e II, e, no limite, dos próprios ditames constitucionais sobre a matéria, o inc. III prevê a obrigatoriedade de participação do órgão federal responsável pela política indigenista (FUNAI) e de antropólogos em feitos do gênero.

A exigência do inc. III se dá, pois a FUNAI é órgão especializado, interdisciplinar com conhecimentos aprofundados sobre as diferentes culturas indígenas, o que possibilita uma melhor verificação das condições da família biológica e, posteriormente, daquelas do acolhimento do menor.

Justamente por ser órgão especializado, a FUNAI tem condições de avaliar a situação do menor indígena, não só à luz dos padrões de adequação da sociedade em geral, mas também de sua própria cultura, evitando que qualquer preconceito do julgador possa influenciar na decisão de retirar um menor de sua comunidade.

Conforme ensina a doutrina, “Através de seus procuradores federais, o órgão indigenista oficial tem o dever de estar presente em todos os atos que tratem sobre colocação do menor indígena em família substituta, para que os interesses e direitos da criança indígena sejam respeitados. A partir do entendimento levado pelos servidores da Funai, o juiz tomará conhecimento dos diferentes conceitos de

família, identidade cultural e costumes da etnia ou povo a qual a criança pertence”. (Mota, Karine Alves Gonçalves; Coronel, Luziê Medici da Costa. A adoção de crianças indígenas. Revista dos Tribunais. vol. 972. Ano 105. p. 127-143. São Paulo: Ed. RT, out. 2016., p. 136-137).

Ainda devido a sua especialização, o órgão possui maior proximidade, contato e canais de comunicação com aldeias indígenas, podendo fazer a ponte entre os infantes e potenciais adotantes da tribo de forma mais adequada. Na hipótese de impossibilidade de acolhimento do infante no seio de sua família extensa ou de sua comunidade, também cabe à FUNAI o zelo pelo melhor interesse do menor em caso de adoção por família não indígena, “como forma de evitar ou minorar possíveis traumas decorrentes do afastamento da criança ou adolescente do seio de sua comunidade, em razão da diversidade cultural existente” (DIGIÁCOMO, Murillo José, DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim. Estatuto da criança e do adolescente: anotado e interpretado. Ministério Público do Paraná: novembro de 2013, p. 33).

A norma do inc. III não é, portanto, mera formalidade: ao contrário, sua observância confere legitimidade ao processo, vez que a FUNAI foi o órgão elegido pelo legislador como mais adequado para atuar nos interesses do menor indígena e da sociedade em sua busca pela efetivação dos direitos indígenas, no caso específico da adoção.

Assim, em vista de a regra processual expressa no art. 28§ 6º, III ser mecanismo de garantia de condições de adoção derivadas de comandos principiológicos e aspirações sociais consagrados na Constituição, há de se concluir pelo caráter imperativo e cogente da norma.

II. Da nulidade dos atos processuais decorrente de não observância de norma cogente com conseqüente prejuízo aos menores. Prejuízo presumido

pelo ECA. Necessidade de participação da FUNAI no feito.

Em seu voto, o e. Ministro relator reconheceu a importância da norma do art. 28 § 6º, III do ECA, entretanto, entendeu que, por não ter a ausência da FUNAI causado prejuízo aos menores envolvidos, não haveria que se falar em nulidade. A esse respeito, o Ministro colacionou inúmeros julgados onde esta Corte entendeu pela instrumentalização do processo em hipótese de ausência de prejuízo às partes. Ainda, asseverou que a nulidade dos atos processuais na hipótese iria de encontro com o princípio do melhor interesse do menor, basilar ao arcabouço jurídico de proteção à infância e juventude.

Primeiramente, há de se ressaltar que acertado o posicionamento do e. Ministro relator sobre a necessidade de prejuízo para que haja nulidade nos julgados colacionados. Entretanto, nenhum deles trata de questões de família ou adoção, que, por envolverem interesse de menor, devem ser ponderadas à luz de suas próprias peculiaridades e cuja análise deve se dar, impreterivelmente, de acordo com a situação fática concreta da hipótese.

No que se refere à asserção de que não houve prejuízo para os menores na hipótese, peço vênias para discordar do e. Ministro Relator, vez que entendo haver presunção de prejuízo.

O ECA reconhece a situação diferenciada de menores indígenas e o potencial danoso de adoções fora da comunidade e, de forma a mitigar tais danos em potencial, previu um procedimento específico e mais rigoroso para a adoção.

Como é cediço, a lei não pode prever todas as situações fáticas do mundo real, mas nesse caso específico, ela o fez: ela assumiu que seria melhor para o infante ser adotado no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia, como forma de considerar e respeitar sua identidade social e cultural. Inclusive, o legislador conferiu tamanha importância às condições impostas que

dispôs ser imprescindível a participação de um órgão especializado no processo para maximizar a sua efetivação.

Diante desse cenário, é difícil afirmar que não há prejuízo ao menor na hipótese, quando (i) o prejuízo é presumido pela lei e (ii) a situação fática em que se encontram os menores – um já adotado por família não indígena e os outros cadastrados no cadastro Nacional de Adoção - é exatamente o oposto do que o ECA elegeu como melhores condições para adoção de menor indígena (junto aos irmãos, preferencialmente dentro da comunidade).

No que se refere ao argumento de que a anulação iria de encontro ao melhor interesse do menor, também peço vênias para discordar do e. Ministro Relator.

O princípio do melhor interesse do menor é ainda mais relevante em se tratando de ações de adoção. Entretanto, não necessariamente o melhor interesse de um menor indígena será o mesmo que o de menores não indígenas. Justamente para evitar que concepções de mundo alheias à cultura indígena – por mais ponderadas e justificadas que fossem - pautassem o processo de aplicação do princípio e, conseqüentemente, de retirada de poder familiar e adoção, principalmente, na contramão do que dispõe a lei, o próprio Código trouxe a necessidade da participação da FUNAI, de forma a auxiliar o julgador a ponderar as situações com informações adequadas e avaliações não enviesadas.

Na hipótese, a ausência de participação da FUNAI deixou prejudicada a avaliação concreta sobre o melhor interesse do menor. Nesse contexto, a falta de um elemento processual impossibilita o julgamento do mérito porque existem elementos básicos no processo sem os quais este “não poderá alcançar seu escopo de definir as relações jurídicas trazidas ao Estado pelos jurisdicionados. São '[...] questões que escapam à disponibilidade das partes, cuja solução interessa não somente ao autor ou ao réu, mas também ao próprio juízo, uma vez que, sem

determinadas definições processuais, o processo não poderá desenvolver-se regularmente e chegar ao julgamento do mérito (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A ordem pública no direito processual civil. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010).

Assim, não tendo havido participação da FUNAI, considero haver, na hipótese, prejuízo aos menores indígenas, principalmente tendo em vista que o próprio ECA presumiu que situação fática oposta seria ideal.

III. Da ponderação individualizada da nulidade à luz do caso concreto. Menor já adotado. Prejuízo presumido, porém, mitigado pelo acolhimento familiar.

São seis menores envolvidos na controvérsia ora em análise, E B L, A B L, A B L, E B V, M B e I B L, que se encontram em situações distintas.

Conforme se depreende dos autos, E, A, A, E e M estão em acolhimento institucional com a família acolhedora de N F G e M I L G e encontram-se devidamente cadastrados no Cadastro Nacional de Crianças Disponibilizadas para Adoção. Até o momento não se vislumbra perspectiva concreta de adoção dos menores, à exceção de M, por quem M I e J de O declararam interesse.

A situação de I B L é outra: o menor foi adotado por I G Z e L dos S V Z em 15.01.2013, mediante processo legal, tendo ele passado a ser conhecido por D V Z.

Na hipótese, há duas situações fáticas distintas: (i) a de E, A, A, E e M, que se encontram em acolhimento institucional, ainda não adotados e (ii) a de I, adotado há mais de quatro anos. Por causa das situações distintas, a análise do caso concreto demanda ponderações individualizadas.

Superior Tribunal de Justiça

No que se refere a E, A, A, E e M, não houve adoção. Os menores têm convivido com família acolhedora há muito tempo, entretanto, inexistente na hipótese laço formal definitivo entre acolhedor e acolhidos. Há apenas a intenção de adoção por parte de M I em relação a M, entretanto, o processo encontra-se ainda em fase inicial. Quanto aos menores E, A e A, mais especificamente, ante a inexistência de pretendentes no Cadastro Nacional de Adoção, determinou-se, inclusive, que fosse oficiado às Agências Internacionais de Adoção cadastradas junto ao CEJA.

Como se percebe, E, A, A, E e M vivenciam atualmente situação diametralmente oposta ao que o ECA considerou como preferível para menores indígenas. Desta forma, por haver prejuízo, a lei cogente tem a força de anular todos os atos do processo que dizem respeito a estes menores, para que estes sejam refeitos sob a observância da FUNAI.

I, por outro lado, foi adotado legalmente há mais de quatro anos. Não há dúvidas que a ausência da participação da FUNAI no processo o afetou, vez que a situação em que se encontra também não é a considerada ideal pelo ECA, mas o prejuízo presumido foi mitigado na situação concreta pela adoção, que conferiu ao menor a convivência familiar, o fortalecimento de laços afetivos e verdadeira estabilidade emocional.

Considerando a situação vivenciada por I, não restam dúvidas de que, após quatro anos de convivência com os adotantes, a anulação da adoção causaria um prejuízo enorme para a criança, fazendo com que exsurja, excepcionalmente, a possibilidade de se flexibilizar a norma cogente com relação a I.

Forte nessas razões, peço vênias ao e. Ministro relator para divergir, dando PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, para (i) manter todos os atos processuais praticados nos autos da presente ação quanto ao menor I e (ii) anular todos os atos processuais praticados nos autos da presente ação quanto aos menores E, A, A, E e M, para que a FUNAI participe do processo.

SEM REVISÃO