

Parecer ministerial. Procuradoria de Justiça junto à 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Apelação. Ação de Destituição do Poder Familiar c/c Adoção. Criança que foi abandonada pelos pais desde tenra idade.

Sávio Bittencourt

21ª CÂMARA CÍVEL DO TJRJ

PROCESSOS Nº 0004770-33.2011.8.19.0006

APELAÇÃO

APELANTE: L.C.B.F

APELADOS: R.F.S e C.D.S

RELATORA: DES. DENISE LEVY TREDLER

Ação de Adoção c/c Destituição do Poder Familiar – Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Barra do Pirai

Apelação. Ação de Destituição do Poder Familiar c/c Adoção. Criança que foi abandonada pelos pais desde tenra idade, quando passou à guarda fática dos tios paternos. Total abandono afetivo e material pelo genitor, que deixou de visitar o filho ou lhe ofertar qualquer ajuda financeira. Notícias de que o pai visitava o outro filho na casa vizinha sem se dignar a visitar também o filho G.A.B., portador de necessidades especiais. Mais de dez anos de guarda fática exercida pelos tios, com evidente configuração de paternidade e maternidade socioafetiva. Menino que não tem qualquer afetividade pelo genitor, verbalizando que este sequer fala com ele quando se encontram na rua. Apelante que, mesmo tendo acordado visitação do menor, não apareceu para a visitação em nenhum dia. Resistência injustificada à adoção que demonstra mero sentimento de posse e viola a boa-fé objetiva, em evidente comportamento contraditório. Adotado que afirmou expressamente em juízo o desejo de ser adotado. Pai que só moveu ação de guarda dez anos depois, mas mesmo assim não externa qualquer intento real de exercer a paternidade. Dúvidas acerca da capacidade técnica da equipe que elaborou a avaliação psicológica no doc. 99/102. Aparente configuração do crime de abandono material (art. 244 do Código Penal) e dano moral pelo abandono afetivo. Parecer pelo conhecimento

e não provimento do recurso, requerendo remessa de cópias à Corregedoria-Geral de Justiça para avaliação do estudo nos docs. 99/102.

Exma. Sra. Desembargadora Relatora,
Colenda Câmara,

I
Relatório

Trata-se de **ação de adoção c/c destituição do poder familiar** movida por R.F.S. e C.D.S., genitores de G.A.B. (nasc.: XXX¹ – atualmente com 14 anos).

Na petição inicial, os autores, ora apelados, narram que G.A.B. se encontrava em sua companhia, seus tios, há aproximadamente 10 anos, o que ocorreu com consentimento da genitora D.F.A.

Depois de deixar a criança com os tios, os genitores não manifestaram interesse em ficar com ele, sequer efetuando visitas nesse período. Além de os autores não receberem qualquer oposição por parte dos réus ou de outros parentes da criança, a ré D.F.A ainda se comprometeu a ir a juízo manifestar sua anuência quanto à adoção.

Por isso, os autores pediram a sua adoção, com destituição do poder familiar dos réus (doc. 02).

No doc. 26, encontra-se declaração da ré D.F.A. no sentido de que G.A.B. reside desde agosto de 2011 com a R.F.S., que é responsável pela educação, alimentação e guarda, ficando ciente e de acordo com o processo de guarda definitiva.

Estudo psicossocial no doc. 56/58, no qual os autores declararam que estão com G.A.B. desde os 11 meses de vida, quando lhes foi entregue pela grave negligência praticada pelos genitores e transtorno mental da genitora. A criança sofria de saúde debilitada, magreza, anemia e o olho não abria. À época do estudo social, G.A.B. sofreria com déficit cognitivo, disritmia (com acompanhamento especializado de neurologia) e seria contemplado com o benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo. O menino também frequentaria a APAE Barra do Pirai, com bom desenvolvimento e inserido no ambiente escolar. G.A.B. foi descrito como amoroso e muito querido no ambiente familiar.

Por ocasião desta entrevista, os autores também reafirmaram que os genitores não conferem atenção e assistência a G.A.B. que, portanto, não aceitaria viver na companhia dos pais, rejeitando inicialmente a visitação dos mesmos. Com o tempo, a ré D.F.A logrou se reaproximar do filho, que passou a aceitar este contato.

Informaram ainda que G.A.B. foi **“rejeitado pelo pai L.C.B.F desde os primeiros anos de vida, e que o genitor sempre foi uma pessoa ausente na vida do filho [sic]”**.

¹ Certidão de nascimento no doc. 164.

Na entrevista com G.A.B., então com 12 anos de idade, ficou assim consignado:

Na entrevista com G.A.B., 12 anos, o adolescente contou-nos que vive na companhia de seus tios desde tenra idade, recebendo carinho.

Conta que frequenta a APAE, aulas particulares e possui muitos amigos.

Verbalizou que mantém contato com o irmão L.C.J., que reside na casa da avó paterna.

Sobre os tios requerentes, disse que focaliza nos mesmos as figuras de pai e mãe, mas que também reconhece D.F.A. sua mãe biológica.

Sobre o pai biológico, conta que sente-se rejeitado por ele. Disse que L.C.B.F. não lhe proporciona assistência e não fala com ele na rua [sic].

Ao final, o estudo social anota que “G.A.B. vive na companhia dos tios/requerentes desde 11 meses de vida recebendo cuidados, assistência, afeto e sendo atendido em todos os seus direitos fundamentais. Observamos que os requerentes nutrem pelo adolescente grande afeto, sendo recíproco tal sentimento. Constatamos que G.A.B. é um adolescente especial, que necessita de cuidados e tratamentos específicos para o seu desenvolvimento, tendo na companhia dos requerentes todo suporte para o atendimento de suas necessidades especiais. Isto posto, avaliamos que a adoção de G.A.B. pelo casal de requerentes atende ao melhor interesse do adolescente que é portador de importante quadro neurológico e necessita dos cuidados de terceiros para viver” (fl. 52).

A contestação do réu, ora apelante, fundou-se nos seguintes argumentos (doc. 69): (i) quando os réus se separaram, a genitora não tinha condições de ficar com as crianças e o genitor precisava trabalhar, razão por que elas foram deixadas com a avó paterna em Barra do Piraí; (ii) a avó paterna entregou G.A.B. para a irmã do genitor, R.F.S., ficando apenas com a criança L.C.J.; (iii) o genitor visitava os filhos regularmente, mas há cerca de quatro anos R.F.S. pegou o menor G.A.B. e não deixou mais o réu visitá-lo e nem ter contato com o mesmo, privando-o do convívio paterno; (iv) atualmente possui condições de cuidar dos filhos, já que se casou com S., que se dispõe a ajudar no cuidado com as crianças, “e por ser pai tem o direito de ter seus filhos consigo, não tendo nada que o impeça de ter consigo seus filhos”; (v) ajuizou a ação de guarda nº 0001291-18.2010.8.19.0022², distribuída em 05/12/2011. Ao final, disserta sobre a necessidade de manter a criança com os genitores.

Manifestação de **concordância da genitora** no doc. 86.

² Cópia da consulta processual no doc. 85.

Avaliação psicológica no doc. 99/102, na qual **“o Sr. L.C.B.F. relatou que não vê o filho há aproximadamente sete anos”**. O réu afirmou que teria tentado contato com o filho por diversas ocasiões, mas teria encontrado resistência por parte dos autores. Que teria sido ameaçado de agressões caso intentasse nova aproximação. Mais uma vez, alegou que deixou os filhos com sua mãe, por não conseguir cuidar deles e trabalhar, mas a guarda foi repassada à R.F.S. sem seu consentimento, sob a alegação de que a tia supriria melhor os problemas de saúde do menino. Manifestou o desejo de ter o filho consigo, assumindo o papel de genitor e guardião.

Relatório social no doc. 104/106, onde se lê que o requerido propôs ação de guarda em 2010, com intento de reaver a guarda então exercida pela avó e tia paterna havia mais de 07 anos, quando na época precisou de suporte da família para ajudar nos cuidados com os filhos após separação conjugal. “Diante das dificuldades para cuidar de duas crianças, L.C.B.F. solicitou suporte a sua genitora, Sra. T.B.F., residente de Barra do Pirai, que na ocasião concordou em ajudar o filho na criação dos netos. Inicialmente ele visitava as crianças com regularidade, mas devido a dificuldade financeira passou a visitá-las com menos regularidade”. Alega que, em determinado momento, G.A.B. passou a residir com R.F.S. e desde então esta passou a impedir sua visitação ao filho.

A guarda provisória só foi concedida no doc. 111.

Assentada da audiência de instrução e julgamento referente ao Processo nº 0001291-18.2010.8.19.0006 (ação de guarda) no doc. 113, onde as partes acordaram provisoriamente que o genitor teria direito de visitação de G.A.B. em fins de semana alternados, apanhando-o nos sábados às 8h. e devendo devolvê-lo no mesmo dia às 20h., na casa da avó paterna.

Novo estudo psicológico no doc. 121/123, onde se lê que, apesar de ser agendada uma entrevista com a equipe através de sua esposa, o réu não compareceu àquele setor. Em contato telefônico posterior com o cônjuge virago do réu, esta “informou que ‘avisou L.C.B.F. do atendimento, mas o mesmo disse que não iria à entrevista por falta de dinheiro’. Também confirma que o marido não realizou as visitas ao filho, assunto este que não trata com o marido para evitar brigas entre eles” (fl. 104). Igualmente, os autores informaram que, a despeito da regulamentação da visitação, ficaram aguardando a visita de L.C.B.F. desde abril daquele ano, mas ela nunca ocorreu, sendo desconhecido o motivo de sua ausência.

Quanto a G.A.B., relatam que ele não demonstrou frustração com a não vinda do pai. Conforme contam C.D.S. e R.F.S. é de longa data o afastamento de L.C.B.F. do filho. Essa situação ocorre desde tenra infância, quando o pai vinha visitar o filho mais velho, que é criado pela avó, mãe de R.F.S., e que mora ao lado e não visitava G.A.B.

Conforme conta R.F.S. e C.D.S., D.F.A., a genitora, realiza visitas ao filho, e ela possui bom relacionamento com G.A.B. Contam que G.A.B. gosta de ver a mãe, mas entende que seus pais verdadeiros são os requerentes.

Em relação à conduta de L.C.B.F., irmão de R.F.S., os requerentes contam que nunca colocaram obstáculos para que ele estivesse com o filho. Decorre dele mesmo o afastamento. Não compreendem o motivo dele se opor à adoção, visto que G.A.B. está inserido na família desde 11 meses, faz parte do núcleo familiar, é um adolescente afetuoso com os requerentes, necessita de tratamento especializado, e todas as demandas de G.A.B. estão supridas pelos autores da ação.

Quanto a G.A.B., na entrevista ele expressa ter entendimento dos motivos da entrevista e do processo em tela. Verbaliza que ficou esperando seu pai biológico fazer as visitas, mas ele não foi. Perguntado ao adolescente como se sentiu mediante a ausência do mesmo, G.A.B. falou que ficou tranquilo, não se lembra do pai dar importância para ele, visitá-lo e acha normal o que aconteceu.

Em relação a C.D.S. e R.F.S., disse que eles são os seus pais, aqueles que cuidam dele, com os quais possui bom relacionamento. Questionado sobre o processo de adoção, G.A.B. demonstra alegria e expressa seu desejo de ser adotado por seus pais. Demonstrou estar estabilizado emocionalmente no âmbito familiar, possui bons vínculos com seus irmãos e demais membros da família.

Reconhece D.F.A. como sua genitora, com a qual também tem boa relação, mas considera R.F.S. sua mãe de fato. Apesar de ter contato regular com D.F.A. disse não se sentir constrangido em romper o laço parental com ela, no caso de ser adotado pelos autores”.

No doc. 123, lê-se que **“o adolescente se sente filho, tal como seus irmãos e demanda o desejo de ser adotado para tornar esta ligação definitiva”**, e ainda que os requerentes desempenham a paternidade e maternidade de G.A.B. com afeto e dedicação. Menciona ainda que seria uma mera consolidação de vínculos de paternidade, maternidade e filiação, elementos que já são observados na relação entre G.A.B., C.D.S. e R.F.S.

Assentada da audiência de instrução e julgamento referente à ação de adoção no doc. 126/129, onde se lê que o réu não visita o filho; que G.A.B. se sente inserido numa família e considera os filhos dos autores como seus irmãos; que ele chama a autora de mãe; que a esposa do réu agendou uma visita, mas ele não compareceu; que quando solicitou ajuda do depoente para custear as despesas do filho G.A.B., este lhe deu apenas R\$ 20,00 para as despesas com o transporte de volta; que o réu visitava o filho L.C.J., mas não visitava G.A.B., o que ocasionou o distanciamento do filho; que G.A.B. não quer saber do pai biológico; que o réu nunca procurou a autora para auxiliar materialmente G.A.B.

Em depoimento pessoal do autor, este afirmou que G.A.B. está com o casal há treze anos; que o réu nunca demonstrou interesse em ter o filho em sua companhia,

mas sim desprezo por G.A.B., já que visitava o outro filho na casa ao lado e nem ia ver G.A.B.; que o réu nunca ajudou no sustento de G.A.B.; que G.A.B. sofreu com o desprezo do pai biológico e não o considera como pai.

Ouvida a ré D.F.A., esta ratificou a sua concordância com a adoção. Acrescentou ainda que, desde que G.A.B. foi deixado por ela com os requerentes, L.C.B.F. nunca compareceu para visitá-lo ou ajudar no sustento do filho; que no ato de entrega de G.A.B. à autora, estavam presentes a mãe biológica, o pai biológico e a Sra. R.; que, pelo que sabe, o réu não visita os filhos.

Ouvido o réu L.C.B.F., este afirmou que não visitou o filho por dificuldades financeiras para custear o transporte; que deixou os filhos com sua mãe enquanto organizava sua vida; que R.F.S. não deixou mais ele ver G.A.B.; que a última vez que tentou visitar G.A.B., havia 3 anos, R.F.S. não permitiu; que os autores cuidam bem de G.A.B.; que não compareceu à outra audiência por falta de dinheiro para a passagem.

Ouvido G.A.B., este afirmou que está bem na companhia dos requerentes; que convive com seu irmão L.C.J., que vive na casa ao lado; que convive com outros irmãos e *“são os melhores irmãos”*; que não deseja sair da companhia dos requerentes; que a genitora o visita e que ele gosta disso; que L.C.B.F. não o visita em nenhum dia, *“que detesta L.C.B.F. (réu) e não gostaria que o mesmo o visitasse; que L.C.B.F. (réu) não olha na cara do depoente e também não fala com o depoente; que L.C.B.F. (réu) não telefona para o depoente”* (...) *“que para o depoente os requerentes são seus pais”*.

Em oitava como informante, L.A.S.D. afirmou que os réus não visitam G.A.B., embora L.C.B.F. visitasse seu outro filho L.C.J., e que o adolescente está bem na companhia dos autores. Também negou qualquer resistência dos réus quanto à visitação de L.C.B.F. (docs. 130/131).

O Ministério Público opinou pela procedência do pedido (doc. 156). A ré D.F.A. mais uma vez se manifestou favoravelmente à procedência da adoção (doc. 165).

Ao final, o magistrado proferiu sentença julgando o pedido **PROCEDENTE** para decretar a perda do poder familiar de L.C.B.F. e D.F.A. em relação a G.A.B., deferindo sua adoção a R.F.S. e C.D.S., passando o adolescente a chamar-se G.F.S. (doc. 167).

O réu L.C.B.F. apelou (doc. 173) afirmando o seguinte: (i) depois da separação dos genitores, o réu deixou os filhos com a avó paterna, que entregou G.A.B. sem autorização para a tia paterna; (ii) R.F.S. impediu a visitação e o contato do réu com o filho; (iii) atualmente o réu tem condições de cuidar dos filhos porque está esperando o deferimento de sua aposentadoria e se casou. Depois, põe-se a dissertar sobre a manutenção da criança em sua família natural e a necessidade de assegurar a convivência de G.A.B. com o irmão.

Não foram oferecidas contrarrazões (doc. 183). O Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (doc. 184). O magistrado manteve a sentença (doc. 186).

II Admissibilidade

Conforme certidão no doc. 181, a apelação é tempestiva. Presentes ainda os demais requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

III Mérito do recurso

Há processos que sobrevivem como fantasmas. Estão mortos em seu mérito porque a solução jurídica que se veio buscar ao Judiciário é tão cristalina, tão necessária, que já se sabe, aos olhos de qualquer analista, qual o resultado justo que afinal será consagrado. Todavia, os fantasmagoricamente vagam pelos tribunais, onerando a conta pública, ocupando servidores e, pior, mantendo pessoas de bem em situação de insegurança ou de longa e nefasta – provisoriamente.

No caso em tela, o fantasma assola um adolescente especial que passou a vida com os tios, desde pequeno, sendo desejado como filho. O que mantém este espectro retardando a única solução plausível para este rapaz é a resistência incoerente e fútil, embebida em requintes de maldade, que se lhe opõe seu omissor genitor biológico. Criminosamente omissor, como se verá a seguir.

Com efeito, o art. 227 da Constituição Federal – talvez o dispositivo mais desprezado da recente história democrática brasileira – disciplina expressamente os direitos das crianças e adolescentes, conferindo-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Mais que isso, porém, assegura-lhes uma **PRIORIDADE ABSOLUTA**, colocando os seus direitos em posição de superioridade em relação aos demais indivíduos. Trata-se de uma escolha política do constituinte que deve orientar todos os processos em que se discuta o direito infantojuvenil.

Dentre todos os louros deste artigo, o principal deles é modificar a visão até então existente quanto à posição da criança no seio familiar. De um objeto de direito dos pais, a criança passa a ser um **sujeito prioritário de direitos**. Ela não só tem direitos, como também os têm seus pais, como também os têm de forma privilegiada quem determina sua preponderância sobre os demais sujeitos das relações jurídicas que ela vivencia.

Este artigo demanda toda uma releitura do sistema jurídico no nível infralegal, de modo que a criança não pode mais ser tratada como um objeto de direitos, seja dos genitores ou de terceiros. Todos os institutos que regulam a sua vida devem ser relidos com base nesta mudança de perspectiva. Se antes a adoção, por exemplo, era entendida como um instituto que dava filho a quem não o tinha, passou a partir da Carta de 1988 a ser mecanismo para garantir o direito fundamental da criança e do adolescente a uma família.

Esta mudança de perspectiva é fundamental porque se deixa de apreciar a adoção com base no interesse dos adultos envolvidos, tratando a criança como um objeto de satisfação dos anseios alheios. A adoção é principalmente uma forma de

inserir a criança e o adolescente em família substituta, de forma definitiva e segura, o que não apenas lhe garante a convivência familiar como muitas vezes representa o único meio de estabelecimento dos demais direitos fundamentais. Mormente o imprescindível direito ao afeto, para que possa crescer e se desenvolver como um ser humano física e emocionalmente sadio.

Igualmente, o pátrio poder, que era visto como uma ferramenta de comando do pai em relação à sua prole, fortalecendo a família como unidade básica da sociedade, agora passa a ser considerado um poder familiar exercido em prol da criança e adolescente. Este poder, mais do que prerrogativas, confere ao genitor uma série de deveres para com o infante, garantindo os direitos fundamentais deste. É um dever-poder familiar. Não é uma certidão de propriedade.

Neste sentido, a redação do art. 229 da Constituição Federal, segundo o qual *“os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”*. Já o art. 1.634 do Código Civil de 2002 estabelece que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos, tê-los em sua companhia e guarda, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhe prestem obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição, dentre outros.

Completando a base infraconstitucional de proteção da criança em relação aos deveres inerentes ao poder familiar, o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que *“aos pais 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”*.

Assim, estes deveres dos pais, fixados constitucionalmente e infraconstitucionalmente, harmonizam-se com a lógica de que assegurar os direitos da criança e do adolescente é um dever *“da família, da sociedade e do Estado”* (art. 227, *caput*, CF³), isto é, a família é colocada como a maior garantidora destes seres em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Infelizmente, a despeito da clareza da Constituição Federal, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, trazerem estas regras com a clareza do sol meridiano, ainda vige nas mentalidades menos oxigenadas a ideia de que a criança é um objeto de direito dos adultos. São então tratadas como *coisas*, muito diferentemente de um **sujeito prioritário de direitos**. É a reificação da criança, sempre acompanhada de um discurso flagrantemente demagógico, fundado em premissas generalizadas, como a pobreza, os males do capitalismo e outros pressupostos sempre afastados do caso concreto.

É nesta perspectiva desumana e retrógrada que se pleiteia, até a última instância, a manutenção da criança em sua família natural, custe o que custar. Sacrificam-se os direitos fundamentais da criança, o seu afeto, a sua dignidade, tudo em prol de um (**inexistente**) direito absoluto dos genitores aos seus descendentes. Esta é uma prevalência da noção arcaica de sociedade, da patrimonialidade já banida pelo Direito Civil moderno, da ideia de que a criança *pertence* aos seus genitores.

³ Praticamente em sentido idêntico, o art. 4º, *caput*, ECA.

Esta visão, além de antiética, imoral, ultrapassada, também é **flagrantemente inconstitucional**, porque ignora a PRIORIDADE ABSOLUTA fixada no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, tentando manter a criança como um objeto de direito alheio, além de contrariar o art. 1º, inc. III, da Constituição Federal, que consagra o **supraprincípio da dignidade da pessoa humana**, ao submeter a criança a uma coisificação, negando-lhe o direito de ser feliz, de ter uma família salutar e de ficar legitimamente e de forma juridicamente segura no núcleo familiar onde está inserida de fato.

É neste contexto que se insere o presente apelo, representação cruel o abuso do direito de defesa, **interposto por um genitor que negligencia o filho G.A.B., adolescente e portador de necessidades especiais, desde os seus 11 meses de idade. Em cada página do presente processo, nota-se que o genitor trata o adolescente como se fosse um objeto que pertencesse a ele. Embora tenha se omitido do exercício de qualquer dever ligado ao poder familiar, nega-se a concordar com a adoção, porque entende que a criança lhe pertence. Isso fica flagrante na própria contestação (doc. 69), quando expressa que “e por ser pai tem o direito de ter seus filhos consigo, não tendo nada que o impeça de ter consigo seus filhos”.**

Poderíamos traduzir este singelo, mas significativo trecho, no sentido de que *“não podem me tirar o meu filho porque ele é meu, ele me pertence. Sou pai e posso tê-lo quando eu quiser”*. O que é isso senão uma **flagrante coisificação do adolescente, em contrariedade à sua dignidade humana e sua posição de sujeito prioritário de direitos?**

Analisando detidamente os presentes autos, nota-se que o apelante, depois de extinguir sua união estável com a genitora da criança, simplesmente resolveu entregar a sua guarda fática a terceiros. Ele mesmo admite, na contestação, no depoimento em audiência e no apelo, que voluntariamente entregou os dois filhos aos cuidados da família paterna porque não reunia condições de exercer pessoalmente a guarda.

Embora ele tenha argumentado que a criança foi entregue à tia paterna sem o seu consentimento, a própria genitora afirmou, na audiência de docs. 126/129, que G.A.B. foi dado aos requerentes na presença dos dois genitores.

Mesmo que assim não fosse, tudo evidencia que a avó paterna, incapacitada de atender simultaneamente às necessidades de duas crianças, solicitou que a tia paterna ficasse com G.A.B. em virtude dos diversos problemas de saúde que este apresentava. Demandando maior atenção, G.A.B. foi direcionado para o seio de uma família extensa que reunia melhores condições de lhe dispensar todos os cuidados.

Embora o genitor afirme que exercia regularmente a visitação, até que foi impedido por R.F.S., que passou a lhe desferir ameaças, percebe-se pelo restante dos autos que nunca existiu qualquer empecilho à visitação. Foi o genitor que voluntariamente abriu mão da convivência com o próprio filho, **abandonando-o material e afetivamente desde a mais tenra idade.**

Não apenas o genitor deixou voluntariamente de exercer a visitação, como **submeteu G.A.B. à humilhação de ver L.C.J. visitar o outro filho biológico na casa ao lado, sem se dignar a ir ver o próprio G.A.B.** Este abandono e humilhação foram narrados não apenas pelos autores, como é sentido nas próprias oitivas do adolescente.

Além disso, L.C.B.F., ora apelante, **abandonou materialmente G.A.B., já que não o ajudou financeiramente.** Conforme declarado pelos adotantes em audiência, o genitor não custeava nada de G.A.B. e, quando R.F.S. foi procurá-lo, limitou-se a lhe dar R\$ 20,00 para a passagem de volta.

Portanto, vislumbra-se claramente que o apelante se furtou a cumprir com os mais basilares deveres ligados ao poder familiar. Ele não criou nem educou (art. 1.634, I, CC), não manteve o filho em sua companhia e guarda (art. 1.634, II), muito menos sustentou G.A.B. (art. 22, ECA). **Todos esses deveres foram cumpridos única e exclusivamente pelos ora adotantes, desde que G.A.B. tinha 11 meses de idade.**

Assim, encontram-se configuradas as causas para destituição do poder familiar, já que houve descumprimento injustificado dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 24, ECA) e a criança foi deixada em abandono, seja afetivo ou material (art. 1.638, inc. II, CC).

No que toca aos argumentos apresentados por L.C.B.F. em contestação e apelo, ressalta-se primeiramente que, caso realmente não pudesse exercer a guarda dos próprios filhos, **incumbia-lhe no mínimo supervisionar o interesse destes (art. 1.583, §3º, CC), visitá-los e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (art. 1.589, CC),** deveres estes que também foram descumpridos pelo genitor.

A verdade é que o apelante não supervisionou o interesse de G.A.B., porque o abandonou completamente e passou anos sem sequer contactá-lo, não o visitou e nem buscou meios judiciais para isso, muito menos fiscalizou a forma como a guarda era exercida pelos tios paternos.

Nesta linha, a afirmação de que a ausência de contato com seu filho é imputável apenas à R.F.S. mostra-se flagrantemente inverossímil, destoando de todas as outras provas dos autos. Não apenas a versão contada pelos autores é coerente, mas é compatível com a própria entrevista a G.A.B., que em todo tempo destaca o abandono afetivo pelo genitor.

Mais que isso, evidencia-se que L.C.B.F. **voluntariamente deixou de visitar G.A.B. e acomodou-se com a guarda fática exercida pelos tios paternos, que lhe dava a “vantagem” de repassar o encargo financeiro e dificuldades práticas na criação de um menino com necessidades especiais.**

Agora, não se pode admitir que ele se beneficie da própria omissão e torpeza, responsabilizando a tia paterna. Além de **não haver qualquer prova nos autos quanto ao embaraço exercido pela tia à visitação** (prova esta que incumbia ao autor, nos termos do art. 333, CPC, por ser fato por ele alegado em contraposição aos fatos constitutivos), a ausência de resistência desta é evidenciada pelo fato de que: (1) a

genitora visita normalmente o filho e mantém relação saudável com este; (2) na ação de guarda, a adotante aceitou uma visitação provisória do genitor, demonstrando ânimo de cooperação.

Ademais, se há um direito de visitação do genitor que não exerce a guarda do filho (art. 1.589, CC c/c art. 33, §4º, ECA), **o apelante poderia ter proposto a ação judicial exigindo a visitação a qualquer momento, mas se manteve inerte**, demonstrando conformismo e comodidade com a ausência de visitação.

O mais contundente veredicto desta falácia que constrange o Judiciário a apreciar o presente processo em grau de recurso é que, apesar de acusar a guardiã de não permitir ver seu filho, o apelante só ajuizou ação de guarda em 2010, quando o filho já tinha 10 anos de idade. Seu amor e interesse pelo filho foram despertados, digamos, tardiamente. Alguém teve que criá-lo, com o cuidado de pais de verdade, enquanto o apelante se omitia de seus deveres, por longos dez anos.

Desta forma, conforme o art. 1.634, inc. VI, CC, o poder familiar permite que os genitores reclamem os filhos menores de quem ilegalmente os detenha, de modo que, se o filho havia sido concedido sem a sua anuência para a tia paterna, **o genitor desde o princípio poderia ter reclamado judicialmente a devolução de sua guarda, mas somente propôs a ação de guarda em 2010, 10 anos depois**. Esse interesse é evidentemente ilegítimo e parece estar fulcrado em sentimentos muito pouco nobres.

Não bastasse esta constatação, apesar de ser uma pretensão insolente, foi firmado acordo de visitação no âmbito daquela ação de guarda, **mas o genitor apelante não compareceu para a visitação nenhuma vez**. Tendo obtido a grande oportunidade, depois de dez anos de abandono, para tentar se redimir e se aproximar de seu filho, ele reiterou seu desdém pelo menino.

O argumento para não visitação é a falta de dinheiro. Teve dinheiro para buscar o Judiciário, comparecer à Defensoria. Mas não o tem para ir ver o filho. Esta ausência de recursos, porém, leva-nos indagar *como alguém que não se dispõe sequer a pagar a passagem para visitar o filho, ou para comparecer à audiência que pode lhe devolver sua guarda, quer assumir todos os encargos financeiros inerentes a um adolescente que sofre de necessidades especiais*.

Esta é uma óbvia contradição na conduta do réu. Ele abandonou materialmente o filho, nunca o ajudou com os alimentos, **que são direito do adolescente**, faltou todas as visitações e a uma audiência alegando falta de verba, e ainda assim acha-se financeiramente apto a assumir um adolescente com as demandas de saúde de G.A.B.

Não bastasse o **evidente abandono afetivo e material** e o fato de que o réu **voluntariamente se omitiu no cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, beneficiando-se da omissão**, agora incorre em *venire contra factum proprium*, violando a **boa-fé objetiva** que deve reger também as relações de família, para impedir o reconhecimento da filiação socioafetiva de G.A.B., afirmando, só agora, que deseja exercer a paternidade:

4. Nas relações familiares, o princípio da **boa-fé** objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de **Família**.⁴

*"A boa-fé objetiva nasceu e se desenvolveu no âmbito do direito das obrigações, em um contexto negocial, mas acabou se alastrando a todas as relações jurídicas, inclusive nas relações de família, como critério de controle de legitimidade no exercício da autonomia privada. As relações de família exigem dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no outro. Trata-se de verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também as relações de conteúdo pessoal, existencial. Caracteriza-se como regra de conduta externa, um dever das partes de se pautarem pela honestidade, lealdade e de cooperação em suas relações jurídicas. A boa-fé é multifuncional. Quando se trata de relações existenciais, Cristiano Chaves diz que a confiança se materializa no afeto".*⁵

Segundo o art. 28, §§ 1º e 2º, do ECA, a criança e o adolescente devem ser previamente ouvidos por equipe interprofissional e **terão sua opinião devidamente considerada** quanto à inserção em família substituta. Tratando-se de adolescente, é necessário o seu consentimento, colhido em audiência.

Ora, G.A.B., já adolescente com 14 anos, manifestou expressamente o seu desejo de ser adotado tanto na avaliação pela equipe técnica do juízo como também na audiência, vontade que não pode ser desconsiderada, sobretudo diante do grau de compreensão e convicção do adolescente quanto ao que seja a família para ele. Aliás, é preciso ressaltar que o ECA expressamente eleva a vontade do adolescente ao patamar decisivo de importância, ao estipular ser necessário o seu consentimento para que ele seja adotado, no parágrafo 2º do artigo 45.

Neste diapasão, se esta vontade é essencial para a adoção seja deferida, se ela existe e foi pessoalmente manifestada, se os quatorze anos de convivência com os apelados corroboram e autorizam este querer, não há outra conjetura que se possa fazer.

Assim, a **filiação socioafetiva** ressalta patente não apenas nos estudos sociais e psicológicos, como também na audiência. G.A.B. se reconhece como filho, vê os

⁴ REsp 1087163/RJ.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 60 (grifos nossos).

filhos dos adotantes como seus irmãos e demonstra grande felicidade pela adoção. Ele ostenta a posse do estado de filho, sendo tratado como filho, considerado como filho e conhecido como filho. Falta-lhe tão somente o reconhecimento jurídico deste laço socioafetivo, como aliás se verifica no doc. 123. Se a sentença de adoção é efetivamente constitutiva, do ponto de vista técnico, no coração do rapaz ela é meramente declaratória: o que constituiu os apelantes em seus pais foi o afeto posto em exercício na sua proteção. O cuidado é o corpo de delito do afeto.

A jurisprudência e a doutrina reconhecem a filiação socioafetiva, que atualmente confere aos filhos socioafetivos os mesmos direitos de filhos biológicos. Trata-se de um fato, deriva do afeto formado dentro do núcleo familiar, e, em virtude da dignidade da pessoa humana, não pode o Direito lhe negar o devido reconhecimento.

Portanto, o que se busca nesta ação é tão somente o reconhecimento de uma **filiação socioafetiva já existente**, o que apresenta inúmeras vantagens para o adolescente, atendendo sobremaneira ao seu interesse prioritário e protegendo-o integralmente.

Afinal, embora afetivamente G.A.B. já seja filho, falta-lhe o reconhecimento oficial desta relação, o que o deixa vulnerável frente a futuras eventualidades. A precariedade da situação de fato gera notável prejuízo. Sem o reconhecimento oficial da família socioafetiva, G.A.B. teoricamente não tem direito à sucessão, não tem direito a alimentos, não tem direito ao nome, não tem proteção previdenciária, não tem direito a inscrever esta paternidade nos assentos de sua escola, não tem nos seus pais de fato os responsáveis legais. Enfim, a instabilidade da situação é flagrante, **sendo a adoção o único meio de conferir segurança jurídica ao adolescente.**

A importância da filiação socioafetiva vem sendo reconhecida pelos Tribunais:

4. A maternidade/paternidade **socioafetiva** tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.

5. A prevalência da paternidade/maternidade **socioafetiva** frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.⁶

⁶ REsp 1401719/MG e REsp 1274240/SC.

4. Não se pode olvidar que o STJ sedimentou o entendimento de que “em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de **filiação**, fortemente marcado pelas relações **socioafetivas** e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade **socioafetiva**. (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, Dje 12/03/2012).⁷

3. Em processos que lidam com o direito de **filiação**, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração autoproduzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico.

4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a **filiação socioafetiva** – relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE **SOCIOAFETIVA**. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de **filiação**, fortemente marcado pelas relações **socioafetivas** e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade **socioafetiva**.

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade **socioafetiva** (ou a posse do estado de **filiação**), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no

⁷ REsp 1115428/SP.

que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

3. Recurso especial não provido.⁸

ADOÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MENOR QUE MORA, DESDE O CASAMENTO DE SUA GENITORA COM SEU PADRASTO, EM DEZEMBRO DE 2000, COM ESTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MOLDURA FÁTICA APURADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEMONSTRANDO QUE O MENOR FOI ABANDONADO POR SEU PAI BIOLÓGICO, CUJO PARADEIRO É DESCONHECIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. As instâncias ordinárias apuraram que a genitora casou-se com o adotante e anuiu com a adoção, sendo “patente a situação de abandono do adotando, em relação ao seu genitor”, que foi citado por edital e cujo paradeiro é desconhecido.

2. No caso, diante dessa moldura fática, afigura-se desnecessária a prévia ação objetivando destituição do poder familiar paterno, pois a adoção do menor, que desde a tenra idade tem salutar relação paternal de afeto com o adotante – situação que perdura há mais de dez anos –, privilegiará o seu interesse. Precedentes do STJ.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1207185/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 22/11/2011)

Ressalte-se o reconhecimento da preponderância da família socioafetiva sobre o que consta no registro de nascimento, a brilhante obra de Maria Berenice Dias:

*Infelizmente, o sistema jurídico não contempla, de modo expresso, a noção de posse de estado de filho, expressão forte e real do nascimento psicológico, a caracterizar a **filiação afetiva**. A noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação. A **filiação socioafetiva** assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença na condição de filho fundada em laços de*

⁸ REsp 1059214/RS.

afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquela que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida. A afeição tem valor jurídico. Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção pater est. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto. (...)

*A necessidade de manter a estabilidade da família faz com que se atribua papel secundário à verdade biológica. A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. Constituído o vínculo de parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (a função). É uma espécie de **adoção de fato**. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor... ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam...*

*(...) A filiação socioafetiva funda-se na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade. O princípio da **boa-fé objetiva** e a proibição de **comportamento contraditório** referendam o prestígio de que desfruta a filiação socioafetiva, que dispõe de um **viés ético**.⁹*

Neste caso, é evidente a formação da **paternidade e maternidade socioafetiva**, já que G.A.B. considera R.F.S. e C.D.S. como seus pais. A presente ação de adoção busca apenas a oficializar uma família que já existe de fato, o que traz inúmeras vantagens para o adolescente, assegurando-lhe os direitos decorrentes desta filiação e trazendo-lhe segurança jurídica.

Em síntese, a filiação socioafetiva se desenvolveu diante da **omissão do genitor**, que deixou a criança em **abandono material e afetivo**, aproveitando-se desta omissão durante 10 anos, sem ter movido qualquer ação judicial para se contrapor à guarda fática exercida pelos tios, e ainda submetendo a criança à omissão e **evidente dor moral** de ver o genitor visitar o irmão na casa ao lado, sem se dignar a visitá-lo também.

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 405/406 (grifos no original).

O apelo ora analisado **viola a boa-fé objetiva, em venire contra factum proprium**, porque o genitor, a despeito de nunca ter efetivamente exercido a paternidade, agora intenta obstar o reconhecimento da paternidade socioafetiva que surgiu com o seu conhecimento e diante da sua inação por mais de uma década.

Por fim, é de se notar que o art. 244 do Código Penal prevê que é crime deixar de promover à subsistência do filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho sem justa causa, de modo que, ao que parece, a conduta do apelante configura injusto penal praticado em detrimento do seu filho. É esse o homem que quer botar abaixo a sentença de primeiro grau.

Não tem o apelo, portanto, quaisquer condições de ser provido, ante sua manifesta improcedência.

Por fim, registramos a enorme estranheza que nos causa a avaliação psicológica nos docs. 99/102, realizada pelo Setor de Psicologia da Comarca de Engenheiro de Paulo de Frontin, que na conclusão de seus estudos registra que *“não parece restar argumentos atuais que o sustentem, por outro lado, segundo o discurso do requerente e sua esposa, parece haver movimentos de má-fé impetrados pelas partes requerentes quanto à obtenção do presente pleito, o que podem ser confrontados apenas na Comarca onde a criança reside, restando parcial o posicionamento deste Setor quanto às informações prestadas. Por ora, este Setor entende como possibilidade uma reaproximação entre a criança e o genitor a fim de amparar um investimento em resgatar os laços rompidos e permitir à criança contato com aquele que julga tê-lo rejeitado, discurso incoerente com a realidade apresentada pela figura paterna”* (fl. 91).

Ao tempo de elaboração deste estudo, já havia nos autos não apenas as assertivas da inicial contando a dinâmica familiar envolvida, como também estudo social realizado com o próprio G.A.B., no qual o adolescente afirmou peremptoriamente que o pai não fala com ele na rua e que os tios seriam seus pai e mãe. Aquele estudo concluiu pelo grande afeto de G.A.B. para com os tios. Mas, ao tempo do estudo social havia a contestação do réu, em que este afirmava que tinha o *“direito de ter seus filhos consigo, não tendo nada que o impeça de ter consigo seus filhos”*.

Portanto, quando o referido estudo psicológico foi elaborado, havia menções expressas nos autos quanto à formação de uma filiação socioafetiva de G.A.B. para com os adotantes, além de ser nítida ausência de cuidado por parte do apelante. Já se comportava e manifestava como se o filho fosse uma coisa de sua propriedade. Ademais, o próprio estudo psicológico anotou que L.C.B.F. não via o filho havia sete anos, sendo que nos autos há menção da ação de guarda movida apenas em 2010, dez anos depois que a criança estava com a outra família.

Apesar desses dados EVIDENTES de abandono pelo pai e de um sentimento apenas de POSSE em relação à criança, aquele parecer psicológico tomou as afirmações do réu como verdades absolutas para ao final dar um parecer favorável à reaproximação **de um adolescente negligenciado pelo genitor e que o detesta** e um pai que, por seu turno, foi relapso por uma década antes de mover uma ação de guarda. Uma

reaproximação com quem nunca foi próximo e em desfavor do vínculo afetivo já construído com os apelantes. Esta é a manifestação dos técnicos para proteger a criança. Deve ser duro para os jurisdicionados, em ocasiões como esta, ter sua vida sentimental tratada em Juízo.

O estudo social, *que toma como verdades as colocações da parte ré, ignorando todos os outros elementos dos autos e sem uma avaliação crítica das próprias incoerências de discurso do réu*, coloca em xeque a capacidade desta equipe para realmente apoiar o Juiz em sua missão de julgar. A inverossimilhança do seu parecer causa espécie a esta Procuradoria. Seria ele fruto do indisfarçável biologismo? Ou seria um flerte com a demagogia?

Em virtude destas dúvidas evidenciadas pelo estudo nos docs. 99/102, o Ministério Público requer a remessa desta avaliação psicológica, juntamente com as principais peças dos autos, à Corregedoria-Geral de Justiça, a fim de que avalie a conveniência e oportunidade de averiguar o ocorrido e a equipe técnica responsável.

Ademais, considerando as **evidências de responsabilidade civil por abandono afetivo e de caracterização de abandono material por parte do ora apelante**, esta Procuradoria informa a esta Câmara que serão remetidas cópias das principais peças dos autos para as Promotorias de Justiça com atribuição para que, no exercício de sua independência funcional, cogitem o deflagrar tanto de ação indenizatória por dano moral, como da ação penal correspondente.

IV

Conclusão

Pelo exposto, o Ministério Público opina pelo **conhecimento e desprovimento** da apelação, reiterando ainda o requerimento de extração de cópias dos autos, com remessa à Corregedoria-Geral de Justiça.

IUSTITIA QUE SERA TAMEN!

Rio de Janeiro, 15 de julho de 2015.

SÁVIO BITTENCOURT

Procurador de Justiça