

TESE 105

Proponente: Davi Quintanilha Failde de Azevedo

Área: Infância e Juventude

Súmula: É viável a multiparentalidade na adoção, com a manutenção do vínculo registral anterior e, conseqüentemente, sem a destituição do poder familiar.

ASSUNTO

Infância Cível (não infracional). Adoção. Multiparentalidade. Destituição do Poder Familiar.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Artigo 5º, incisos I, III, VI, "c" da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Artigo 4º, incisos I, V, X e XI da Lei Complementar nº 80 de 1994.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

As ações de adoção são corriqueiramente cumuladas com o pedido de destituição do poder familiar. A teor do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente ocorre o rompimento dos vínculos biológicos, já que, de acordo com a visão tradicional do Direito de Família, observa-se a substituição da filiação natural pela filiação adotiva.

Todavia, com o reconhecimento dos novos modelos de família pela doutrina mais moderna, abre-se margem à possibilidade de manutenção de vínculos paralelos, advindos de origens distintas. Assim:

É preciso desmistificar a idéia de que na família é compreendida somente a linguagem da genética legalizada, porque ela encobre os mundos existenciais do afeto e da ontologia, pelo que o texto do direito de família não significa normatização genética, mas, sim, existência humana (genética, afetiva e ontológica). A partir dessa compreensão, o intérprete estará em condições de compreender a linguagem familiar da genética, do afeto e da ontologia e a acumulação de todos os direitos de família, significando que, reconhecida a perfilhação genética e socioafetiva, todos os efeitos jurídicos dessa dupla filiação deverão ser somados na vida do ser humano. (...) Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de TODOS os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas

fazem parte da trajetória da vida humana . (WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional no Direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva, disponível em: Acesso em: 18.02.2013.)

Ainda que tal tese sirva comumente para defender a inclusão da filiação socioafetiva no registro de nascimento, a exemplo de casos como o da madrasta que constrói vínculos de afetividade com o enteado, que perdeu a mãe biológica durante o parto, possível igualmente reconhecer pela via da adoção a vinculação socioafetiva, sem que isso implique o rompimento da criança com sua família natural.

Deve-se, portanto, proceder-se a uma nova leitura do art. 41 do ECA, em relação ao desligamento de qualquer vínculo com os pais e parentes biológicos, à luz da nova doutrina da multiparentalidade.

Tal regra, que traz como consequência da adoção a desvinculação da criança em relação à sua família biológica, não deve prevalecer frente ao direito constitucional à convivência familiar (art. 227 da Constituição Federal) e o direito ao conhecimento da origem biológica.

A tese da multiparentalidade ou multipaternidade, apesar de recente, já tem encontrado precedentes nos tribunais superiores. Em relação à hipótese de permanência de vínculos de origem diferentes, como a biológica e a sócio-afetiva, há julgados reconhecendo tal possibilidade:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido. (Apelação Cível; Processo n. 0006422-26.2011.8.26.0286; Comarca: Itu 2ª Vara; Cível; Juiz: Cássio Henrique Dolce de Faria)

O julgado acima, em sua *ratio decidendi*, fundamenta que o art. 1.593 do Código Civil é expresso no sentido de que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". De "outra origem", sem dúvida alguma, pode ser a filiação socioafetiva, que decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes.

Há ainda no mesmo julgado, citações a outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido da possibilidade de adoção por duas mulheres, diante da existência de "fortes vínculos afetivos" (REsp 889852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010)

Há notícia de recente decisão do Juízo da Infância e Juventude da Comarca de Vitória da Conquista – BA, que homologou acordo no qual participou a Defensoria Pública, concedendo adoção de uma criança a um casal homoafetivo de mães, sem destituir o poder familiar da genitora, reconhecendo a tese da Multiparentalidade e inscrevendo três mães em um mesmo registro (Disponível em <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=21193>).

Em outro caso, ocorrido em Minas Gerais, a Defensoria Pública foi nomeada curadora do criança e não concordou com um pedido de adoção por entender que a criança não foi abandonada por sua mãe e, portanto, não era razoável a destituição do poder familiar. O juiz afirmou então que a multiparentalidade privilegiaria o melhor interesse da criança, que tem direito ao conhecimento de suas raízes biológicas, mas também de reconhecer como seus pais aqueles que a criam, dedicando-lhe amor e cuidados. Na decisão o juiz trouxe a seguinte fundamentação:

“Desta feita, o menor será o mais privilegiado com a situação, eis que, além de possuir em seu registro todas aquelas pessoas que contribuíram na sua formação e história de vida, fará jus a alimentos, benefícios previdenciários e sucessórios de todos eles”, disse o magistrado. Para ele, “a manutenção do nome da mãe no registro protege não só a memória da falecida, que trouxe em seu ventre o menor e certamente o amou, mas também o melhor interesse da criança, que terá conhecimento de seu passado, não passando pelos traumas advindos pela suposição de que foi rejeitado pela mãe”. (Disponível em <http://noticias.portalbraganca.com.br/nacional/nacional-justica-de-minas-gerais-tambem-decide-que-crianca-tera-multiparentalidade-em-seu-registro-ou-seja-duas-maes-e-um-pai.php>)

Desse modo, deve-se ter sempre em mente a possibilidade de assegurar o valor da afetividade e a manutenção dos vínculos biológicos com a família natural.

A manutenção dos vínculos de origens distintas traz maior gama de direitos à parte adotanda, que estará juridicamente mais protegida, além da segurança emocional e maior sentimento de pertencimento ao núcleo familiar, sendo benéfico ao seu desenvolvimento e bem estar.

Ressalte-se que em muitos casos de adoção c.c. destituição do poder familiar, os pais biológicos não violaram quaisquer dos deveres que autorizariam a perda do poder familiar (art. 1638 do CC), razão pela qual, não demonstrado quaisquer das hipóteses, falta interesse quanto ao pedido de destituição.

Frise-se ainda que em casos de adoção por pessoas do mesmo sexo, não há grandes discussões quanto à possibilidade de constar no registro de nascimento o nome de duas mães ou dois pais, razão pela qual não haveria motivo para obstar tal pretensão por razões cartoriais.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

É frequente, na Defensoria, o relato de casos em que famílias muito carentes permitiam que terceiros cuidassem de seus filhos, exercendo a guarda de fato. Em

tais situações, não é incomum que fosse proposta ação de adoção cumulada com destituição do poder familiar em relação à família biológica, sendo que na maioria dos casos restavam comprovados os vínculos afetivos e a prolongada guarda de fato em relação à criança, acarretando na procedência da demanda em favor dos adotantes.

Em tais casos, a família biológica, apesar dos poucos recursos, comumente mantinha contato com os filhos, bem como a própria família extensa natural não se desvinculava totalmente da criança. A destituição do poder familiar, em tais hipóteses, mostra-se injusta, penalizando a pobreza com medida gravosa e desproporcional. Como é cediço, a adoção, com o desligamento dos vínculos biológicos, e a consequente destituição do poder familiar, acarretam a impossibilidade jurídica de eventual pedido de guarda ou de visitas, já que os pais biológicos passam a ser terceiros sem legitimidade para ingressar com tais demandas.

A orientação dos genitores em relação a tal possibilidade, ainda que como pedido subsidiário, abre margem a que posteriormente possa ser intentada ação de guarda ou mesmo de visitas. Ademais, a criança não perde quaisquer direitos decorrentes das filiações biológicas ou afetivas, facilitando possível convivência harmoniosa entre os envolvidos.

Não raras vezes em casos semelhantes, principalmente envolvendo mães encarceradas, verifica-se a ocorrência de adoções de fato, muitas vezes irregulares, as quais são praticamente irreversíveis frente à consolidação dos vínculos afetivos.

Invariavelmente tais casos são de difícil procedência para a parte representada pela Defensoria, que muitas vezes atua na condição de curadora especial. Possível trabalho com o Centro de Atendimento Multidisciplinar da Defensoria, quando tais mães já se encontrarem em liberdade, poderá ter o condão de orientá-las a respeito da linha de defesa ora apresentada, bem como a baixa probabilidade de sucesso na demanda quando os vínculos afetivos estão consolidados com a família adotiva.

A tese também é aplicável nas hipóteses em que a própria Defensoria atende aos requerentes da ação de adoção. Em tais casos, mostra-se aconselhável que o defensor oriente o usuário quanto à possibilidade da adoção não ensejar necessariamente o rompimento do vínculo com a família biológica. De igual modo, deve-se relatar as implicações da tese da multiparentalidade caso seja utilizada, como, por exemplo, o fato de constar no registro da criança dois pais e/ou duas mães.

A presente tese foi utilizada em caso no qual a adotanda, de 16 anos, fora criada por uma senhora, a qual a genitora havia confiado a filha. A genitora fazia uso problemático de drogas e não teve mais contato com a menina, todavia, a família biológica, principalmente a avó materna e irmãos biológicos, possuíam muito contato com a adotanda. A adotante desejava a adoção para que o bem que possuía, um apartamento, fosse deixado como herança para adotanda na mesma condição que os demais filhos. Além disso, os laços de afetividade eram evidentes, o que foi constatado em laudo psicossocial.

Apesar do histórico de drogadição e abandono da genitora em relação à filha, esta desejava também a manutenção do sobrenome materno e a continuidade de vinculação no registro em relação aos parentes biológicos. Assim, após orientarmos a respeito da multiparentalidade, as partes aceitaram aditar a inicial para não mais constar o pedido de destituição do poder familiar.

Outro caso em que se aventou a aplicação da tese ocorreu numa defesa em curadoria especial, no qual a genitora ficou presa por 4 (quatro) anos, período em que criança foi desacolhida por um casal que a visitava na unidade de acolhimento, o qual pleiteou a adoção da menina. Após obter a liberdade, a genitora se reestruturou economicamente e passou a ser apta novamente a exercer a maternagem, mas a situação fática estava consolidada. A genitora passa atualmente por acompanhamento pelo CAM, tendo aceitado que caso a demanda fosse procedente para ela, o casal pleiteante à adoção pudesse ter o direito de visitar a criança.

A tese se aplica igualmente como matéria de defesa nas ações de adoção unilateral c.c. destituição do poder familiar, já que o reconhecimento do vínculo afetivo em relação ao pai ou mãe sócioafetivos, não deve implicar na exclusão da filiação genética em relação à parte que não detém a guarda. Em tais casos, não é incomum que o genitor que detém a guarda da criança e que constituiu nova família ingresse com tal pedido, mas nem sempre se está diante de abandono da criança por parte do réu ou ré. Assim, havendo anuência do usuário, pode-se alegar em sede de contestação a tese da multiparentalidade.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Nas defesas em ações de adoção c.c. destituição do poder familiar, a tese pode ser aventada na maioria das vezes como pedido subsidiário ou até mesmo principal, a depender do caso concreto e anuência da parte representada. A tese demonstra ser muito útil em casos nos quais os vínculos afetivos encontram-se consolidados, já que a jurisprudência é predominante no sentido de manutenção da situação fática. Assim, evita-se a polarização do problema, encontrando-se uma solução menos conflituosa para as partes, facilitando-se possível acordo de visitas caso a demanda reste improcedente para a parte representada pela Defensoria.

Em casos nos quais a Defensoria atua em favor da parte autora, deve haver orientação dos envolvidos a respeito da possibilidade de manutenção de todos os vínculos, seja biológico, seja afetivo. As iniciais de adoção, havendo anuência, não seriam cumuladas com o pedido de destituição, mas sim com o de manutenção dos vínculos, do mesmo modo o pedido de adoção unilateral poderia vir desacompanhado de tal pleito. Alternativamente pode-se lançar mão de uma ação de investigação de paternidade sócio-afetiva e não propriamente de adoção, a depender do caso concreto.