



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

HELEN CRYSTINE CORRÊA SANCHES

**ADOÇÃO SOCIOAFETIVA: A (DES)PROTEÇÃO LEGAL DA CRIANÇA E
DO ADOLESCENTE FILHOS DE CRIAÇÃO**

FLORIANÓPOLIS
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

HELEN CRYSTINE CORRÊA SANCHES

**ADOÇÃO SOCIOAFETIVA: A (DES)PROTEÇÃO LEGAL DA CRIANÇA E
DO ADOLESCENTE FILHOS DE CRIAÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação da Prof^ª. Dra. Josiane Rose Petry Veronese.

FLORIANÓPOLIS
2009

HELEN CRYSTINE CORRÊA SANCHES

**ADOÇÃO SOCIOAFETIVA: A (DES)PROTEÇÃO LEGAL DA CRIANÇA E
DO ADOLESCENTE FILHOS DE CRIAÇÃO**

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Direito, Estado e Sociedade.

Banca Examinadora:

Presidente: Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese (UFSC)

Membro: Professora Doutora Marli Palma de Souza (UFSC)

Membro: Professora Doutora Maria das Graças dos Santos (UNIVALI)

Coordenador: Professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)

Florianópolis

Junho de 2009

*Aos meus pais, meus irmãos, meus amigos e todos aqueles que
souberam entender a importância da superação dessa etapa
da minha vida e os percalços a ela inerentes.*

AGRADECIMENTOS

A DEUS, fonte de todo bem, por sua constante presença na minha vida e por me conduzir ao trabalho junto às crianças e adolescentes, na certeza de que a esperança estampada nos seus olhos não me permite desistir da caminhada.

A meus pais, Kátia e João Elias, sempre presentes com seu apoio e exemplo.

Aos meus irmãos pelo auxílio, carinho e preocupação constantes.

À Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese, minha orientadora, pela dedicação e auxílio no decorrer do processo de construção do conhecimento: sem sua ajuda, com certeza seria muito mais difícil chegar até aqui. Todas as palavras que poderia lhe dizer não são suficientes demais para agradecer todo carinho, respeito, compreensão, confiança e amizade que despendeu, riquezas que com certeza guardarei comigo, pelo seu exemplo de sensibilidade, ternura, competência e seriedade profissional.

Aos Professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, principalmente à Professora Doutora Olga Maria Bosch de Aguiar Oliveira pelas sugestões e recomendações para o trajeto acadêmico.

Às minhas queridas companheiras da turma de mestrado Maria Cristina Renon, Eby Busnardo, pelo apoio nas horas incertas, troca de idéias, vivências e afeto.

À minha especial amiga, Arnete Trein, dedicada companheira, pelas palavras de solidariedade nos momentos mais difíceis.

Às minhas queridas companheiras de trabalho, Danielle Hugen Tomaz e Camila Lopetegui Castro, pelo auxílio e carinho dispensados durante a jornada.

À Vanessa Wendt Kroth pelas valiosas reflexões sobre a família.

À Janice e Lara, Josias Burg, Laila Shukair e Manoel Onofre de Souza Neto pela presença constante na minha vida e por fazerem me sentir amada.

A meus alunos, que continuam me ensinando.

A todos aqueles não expressamente mencionados, mas que de alguma forma contribuíram, meus sinceros agradecimentos e a minha profunda gratidão.

*Antigamente quando eu me excedia
Ou fazia alguma coisa errada
Naturalmente minha mãe dizia:
"Ele é uma criança, não entende nada"...*

*Por dentro eu ria
Satisfeito e mudo
Eu era um homem
E entendia tudo...*

*Hoje só com meus problemas
Rezo muito, mas eu não me iludo
Sempre me dizem quando fico sério:
"Ele é um homem e entende tudo"...*

*Por dentro com
A alma tarantada
Sou uma criança
Não entendo nada...*

(Erasmu Carlos)

RESUMO

O presente trabalho trata da possibilidade de reconhecimento da adoção socioafetiva de crianças e adolescentes nos casos de guardas de fato ou do filho de criação, constatadas nas práticas sociais identificadas como “circulação de crianças” e guardas de fato, a partir do seu reconhecimento como sujeitos de direitos. Retomando-se brevemente os elementos históricos referentes aos cuidados com as crianças no contexto familiar até a atualidade e, contextualizando-se com a moderna concepção da família e suas configurações, demonstrar-se ainda que estabelecimento da filiação socioafetiva já vem sendo expressamente admitido pela doutrina e a jurisprudência brasileira pelo instituto denominado “posse de estado de filho”. Assim, diante da Doutrina da Proteção Integral e do Princípio do Melhor Interesse da Criança, a garantia do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, na família de origem ou substituta, mediante guarda e adoção, uma vez identificada a desproteção jurídica do filho de criação nas práticas citadas, analisa-se a possibilidade do estabelecimento da filiação socioafetiva pela adoção no ordenamento jurídico brasileiro para garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, especialmente em face da concepção moderna da adoção, centrada no interesse do adotando.

PALAVRAS-CHAVES: Adoção, guarda, família, criança, adolescente, convivência, afetividade.

ABSTRACT

The present dissertation deals with the possibility of recognition of the socio-affective adoption of children and adolescents in cases of custody of fact or the foster child, evidenced in social practices identified as “circulation of children”, from their recognition as subjects of rights. Retaking briefly the referring historical elements to the cares with the children in the familiar context until the present time and the context with the modern conception of the family and their configurations, and still demonstrating that the establishment of the socio-affective filiation has already been expressly admitted for the doctrine and the Brazilian jurisprudence by the institute called “state of possession of child”. Thus, in the Doctrine of Integral Protection and the Principle of the Best Interest of the Child, the guarantee of the fundamental right to family and communitarian living in the family of origin or the substitute family, through guard and adoption, once identified the legal disprotection of the foster child in the mentioned practices, analyzing the possibility of establishment of the socio-affective filiation by adoption in the Brazilian Legal System to the guarantee of the fundamental rights of children and adolescents, especially in face of the modern conception of adoption, centered in the interest of the adoptee.

KEY WORDS: Adoption, guard, family, child, adolescent, acquaintance, affection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A FAMÍLIA E OS CUIDADOS COM AS CRIANÇAS: DO ABANDONO À CIRCULAÇÃO.....	15
1.1 O reconhecimento da infância e do sentimento de família.....	15
1.2 A infância abandonada.....	28
1.2.1 O abandono no Brasil.....	35
1.3 O filho de criação.....	40
1.4 Circulação de crianças... ..	48
2 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO AFETO NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	56
2.1 Do patriarcado à família eudemônica: a constitucionalização da família.....	56
2.2 Parentesco, parentalidade e filiação.....	71
2.3 A filiação socioafetiva	82
3 A PROTEÇÃO INTEGRAL E O DIREITO FUNDAMENTAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....	89
3.1 O novo paradigma: a proteção integral e o melhor interesse da criança.....	89
3.2 O conteúdo jurídico do direito à convivência familiar e comunitária.....	103
3.3 A família substituta: guarda e adoção.....	112
3.3.1 Guarda.....	118
3.3.2 Adoção.....	124

4 A (DES)PROTEÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE CIRCULANTE FILHOS DE CRIAÇÃO.....	140
4.1 O lado escuro da circulação e do acolhimento irresponsável.....	140
4.2 Adoção: no interesse da criança?.....	155
4.3 O direito de crianças e adolescentes à adoção socioafetiva.....	167
CONCLUSÃO.....	189
REFERÊNCIAS.....	194

INTRODUÇÃO

A escolha do tema e a concretização da presente pesquisa decorreram da experiência profissional vivenciada pela autora como Promotora de Justiça, com atuação na área da Infância e Juventude, há mais de dez anos, constatando o elevado número de crianças e adolescentes acolhidos por famílias que, imbuídas por motivações caritativas, recebem-nas de seus genitores ou por terceiros mediante guarda “de fato” ou “adoção pronta”, e posteriormente, depois de terem permanecido anos em seu convívio e tendo com eles constituído vínculos afetivos, pretendem devolvê-los aos pais biológicos ou à tutela do Estado, sob alegações diversas, que vão desde a rebeldia e indisciplina aos traços psicológicos negativos oriundos da família de origem.

Assim, uma vez “devolvidas” à Justiça da Infância e Juventude, que se vê compelida a acolhê-las, sob pena de suportarem maus-tratos, abusos e humilhações, as crianças e os adolescentes vêm-se novamente relegados ao abandono, desprovidos do mínimo que possuíam na família acolhedora, em relação à qual foram estabelecidos laços afetivos e expectativas de integração como “filhos”.

A partir da sua devolução, incumbe assim ao Estado a atribuição de minimizar os danos emocionais decorrentes do duplo abandono, que diretamente repercutem no seu desenvolvimento físico e mental, que não prescinde da necessidade de sentir-se pertencente a uma “família”.

Em decorrência disso, uma vez afastada a possibilidade de retorno à família biológica, muitas vezes até desconhecida e com quem nunca se estabeleceu o convívio, ou de recolocação em outra família substituta, dada a notória preferência dos casais interessados na adoção por crianças recém nascidas e de pouca idade, crianças e jovens

hoje abarrotam as instituições de abrigo, onde permanecem institucionalizadas até atingirem a maioridade civil, quando então são desligadas, na maioria das vezes, sem qualquer perspectiva de superação dos danos emocionais causados, que se afigura indispensável para a construção de uma nova história de vida.

A par do abandono de crianças por seus pais biológicos que expressamente renunciam ou são destituídos do poder familiar, no tocante aos “pais adotivos” ou guardiões de fato que acolheram a criança e posteriormente o rejeitaram, o ordenamento jurídico pátrio não prevê qualquer possibilidade de responsabilização, além da reparação pelos danos morais causados, porquanto em relação a eles inexiste legalmente qualquer dever de cuidado ou sustento, não sendo raro atribuir a sensação do “dever cumprido”, em relação à caridade que fizeram até então.

Por outro lado, ainda que o filho de criação seja acolhido e tratado pela família adotante como tal, não tendo havido interesse ou tempo hábil antes do óbito dos “pais adotivos” para regularizar-se a filiação constituída pelo afeto, por meio da adoção judicial, muitas vezes por oposição dos próprios sucessores legítimos em virtude dos interesses patrimoniais, o ordenamento jurídico pátrio não lhe atribui expressamente qualquer direito ao uso do nome, à sucessão dos bens, aos benefícios previdenciários e à própria manutenção decorrente do dever de sustento inerente ao exercício do poder familiar exercido no plano fático.

Mais do que efeitos patrimoniais, o não reconhecimento, pelo Direito, da filiação constituída pelos laços de afeto nas adoções de fato ou dos filhos de criação, importa no descompasso com a realidade social e a negação das evoluções ocorridas no seio da família, cujos indivíduos são merecedores de proteção, sob pena de imporem-se consequências danosas a esses e aos grupos sociais respectivos, contribuindo para o enfraquecimento das relações pessoais.

Além disso, no que se refere à criança e ao adolescente, sujeitos de direito em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, credores da proteção integral e da prioridade absoluta, a pesquisa justifica-se pela necessidade de garantir-lhes o direito à convivência familiar, mesmo que em família substituta, estendendo-lhes todos os direitos

inerentes à filiação baseada exclusivamente no afeto, garantindo-se assim o acolhimento responsável, mesmo que efetivado apenas no plano fático, sob pena de perpetuarem-se a negligência e o abandono, cujo dever de coibir é da própria família, da sociedade e do Estado.

Com esse propósito, a pesquisa objetiva a demonstrar a possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva decorrente da adoção de fato ou do “filho de criação”, uma vez configurada a posse de estado de filho, ante o art. 227, § 6º, da Constituição da República, o art. 1.605 do Código Civil, de 2002, e o art. 3º da Lei n. 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, visando a demonstrar a evolução do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos diante das práticas sociais objeto da presente análise, no Primeiro Capítulo, serão retomados brevemente os elementos históricos referentes aos cuidados com as crianças no contexto familiar, desde o não reconhecimento da importância da infância como etapa do desenvolvimento humano, o abandono, a institucionalização e a entrega às famílias abastadas como alternativa para garantia de sua sobrevivência até os dias atuais, com a “circulação de crianças”, identificada pela antropologia como fenômeno social recente.

No Segundo Capítulo, será analisada a moderna concepção da família e as suas configurações, situando, no seu âmbito, as relações afetivas estabelecidas entre seus membros, verificando-se a possibilidade e os pressupostos necessários ao estabelecimento do parentesco, da filiação e da adoção a partir do instituto denominado posse de estado de filho, contextualizando-os no Capítulo seguinte, diante da Doutrina da Proteção Integral e do Princípio do Melhor Interesse da Criança, especialmente para garantia do direito à convivência familiar e comunitária e da guarda e adoção como modalidades de colocação em família substituta.

Por fim, identificando-se a desproteção jurídica do filho de criação nas práticas identificadas, analisar-se-á a possibilidade do estabelecimento da filiação socioafetiva por meio da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, para garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

CAPÍTULO I

A FAMÍLIA E OS CUIDADOS COM AS CRIANÇAS: DO ABANDONO À CIRCULAÇÃO

1.1 O reconhecimento da infância e do sentimento de família

A breve incursão histórica sobre a problemática referente aos cuidados com as crianças é elemento indissociável para possibilitar a compreensão da complexidade das razões que, até os dias atuais, ainda explica o seu abandono e entrega a pessoas integrantes ou alheias ao núcleo familiar de origem, além do tratamento jurídico lhes dispensado, objeto do presente estudo.

A “invenção” da infância, como categoria social e jurídica, é fenômeno recente na história da civilização, embora a prática do abandono e do infanticídio de crianças remonte à antiguidade.

Na Grécia e em Roma os recém-nascidos defeituosos ou frágeis eram mortos, frequentemente por afogamento. O abandono também era comum e se atribuía ao *pater familiae* o direito de rejeitar os filhos, mesmo legítimos. As crianças enjeitadas, *exposti*, eram deixadas na *Columna Lactaria*, na qual podiam ser recolhidas por casais que as quisessem adotar ou que as pretendessem criar para torná-las escravas.

Com o advento do Cristianismo, a cultura judaico-cristã desenvolveu sentimentos de compaixão e caridade para com os recém-nascidos indesejados e, mesmo

diante da criminalização do aborto e do infanticídio em 374, pelo Imperador Valentiniano I, estes ainda continuaram a ser praticados ao longo dos tempos, especialmente durante a Alta Idade Média, como destaca Jean-Louis Flandrin:

Os pais cristãos já só são pais por delegação de poder e devem considerar os filhos depósitos que Deus lhes põe nas mãos. Pais Cristãos, recorda-lhes Dorléans, se Deus é o primeiro pai dos vossos filhos, vós apenas sois, a bem dizer, amo e chefe. Foi por causa desse princípio que a paternidade conferiu mais deveres do que direitos. E desde a antiguidade os imperadores cristãos já o tinham assinalado, ao retirar aos pais o direito de matar e vender os filhos. Mas essa lógica só muito lentamente se impusera à mentalidade dos fiéis. Durante toda a Alta Idade Média os infanticídios parecem ter sido frequentes, e os próprios teólogos admitiam tão facilmente que os filhos eram uma coisa dos pais, que pensavam que Deus podia punir os pais na carne dos filhos. Na idade moderna ainda subsistiam alguns vestígios dessa antiga mentalidade, alimentada pelos ensinamentos do Antigo Testamento.¹

Um dos primeiros historiadores a resgatar a trajetória da infância na civilização ocidental, por meio da análise da iconografia, dos jogos infantis e da pedagogia, Phillippe Ariès demonstra como o reconhecimento do sentimento de infância só poderá ser observado a partir da Renascença, ocupando, até o século XVII, um papel secundário e periférico na família:

Na sociedade medieval, que tomamos como ponto de partida, o sentimento de infância não existia - o que não quer dizer que as crianças fossem negligenciadas, abandonadas ou desprezadas. O sentimento da infância não significa o mesmo que afeição pelas crianças: corresponde à consciência da particularidade infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem. Essa consciência não existia. Por essa razão, assim que a criança tinha condições de viver sem a solicitude constante de sua mãe ou de sua ama, ela ingressava na sociedade dos adultos e não se distinguia mais destes.²

O autor observa que, até o século XII, não havia qualquer representação da particularidade infantil nos registros das artes, destacando que o menino Jesus e as crianças eram sempre retratadas como adultos em escala reduzida. A partir de então, a percepção da anatomia infantil começa a destacar-se, observando-se algumas obras nas quais há a representação, efetivamente, como criança.

¹ FLANDRIN, Jean-Louis. **Família: parentesco, casa e sexualidade na sociedade antiga**. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1991, p. 147.

² ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 156.

Martine Segalen destaca ainda que

Até o século XVII, a família conjugal não existia, encontrando-se sob o controle da comunidade local e da rede de parentesco, que sancionavam os desvios. O ‘sentimento da infância’ era igualmente desconhecido, na medida em que de modo algum se reconheciam as especificidades desse grupo etário: o bebé que tinha sobrevivido aos perigosos primeiros meses e anos da sua curta vida, tornava-se um pequeno adulto, vestindo-se como os mais velhos e associando-se às suas tarefas num quadro de aprendizagem (*sic*).³

Até o século XVII, quando começa a se estabelecer o que Ariès denominou como “sentimento moderno de infância”, inexistia diferença entre o mundo adulto e a infância, que era vista como uma fase sem importância, já que muitas nasciam, e poucas sobreviviam, ou seja, a criança mantinha-se anônima e era rapidamente substituída, e sua morte era sentida com tristeza, mas sem desespero. A criança agora, por sua ingenuidade, gentileza e graça, era vista como objeto de distração e brincadeiras dos adultos, o que o autor denominou como “paparicação”.

Elisabeth Badinter sugere que, mesmo no século XVII, a família, embora diferente da medieval, não pode ser considerada moderna, caracterizada pelo apego a criança e o reconhecimento de sua particularidade⁴. A criança ainda ocupa uma posição insignificante na família, sendo considerada, muitas vezes, um estorvo, visão advinda do pensamento agostiniano que coloca a ênfase na imagem negativa da infância, que se relaciona ao pecado original. De acordo com os teólogos da época, ao nascer, a criança é um símbolo do mal e seria necessário retificar-lhe a natureza pela educação rigorosa, visando a salvar a sua alma do pecado.

À concepção dominante da infância, na pedagogia e na teologia, soma-se, na filosofia, a grande importância de Descartes, que retoma a crítica da infância não como ocasião do pecado, mas do erro. Para o filósofo, a infância é, antes de mais nada, fraqueza

³ SEGALLEN, Martine. **Sociologia da Família**. Lisboa: Terramar, 1996, p. 14.

⁴ BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

do espírito, período da vida em que a faculdade de conhecer, o entendimento, está sob total dependência do corpo⁵.

Assim, na família medieval, a criança, desde muito cedo, deixava sua própria família (mesmo que a ela voltasse mais tarde, depois de adulta), o que nem sempre acontecia. O hábito de entregar as crianças a famílias estranhas era muito comum, pois toda a educação se fazia por meio da aprendizagem, com ou sem contrato.

Assim, o serviço doméstico se confundia com a aprendizagem, como uma forma muito comum de educação. A criança aprendia pela prática, que não se detinha aos limites da profissão, ainda mais que, nessa época, não havia limites entre a profissão e a vida particular. Essa aprendizagem era um hábito difundido em todas as condições sociais.

Para Philippe Ariès, “quando examinamos esses contratos sem nos despojarmos de nossos hábitos de pensamento contemporâneos, hesitamos em decidir se a criança era colocada em casa alheia como aprendiz (no sentido moderno da palavra), como pensionista ou como criado”⁶.

A família não podia, portanto, nessa época, alimentar um sentimento existencial profundo entre pais e filhos.

Isso não significava que os pais não amassem seus filhos: eles se ocupavam de suas crianças menos por elas mesmas, pelo apego que lhes tinham, do que pela contribuição que essas crianças podiam trazer à obra comum, ao estabelecimento da família. A família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental.⁷

Por outro lado, Elisabeth Badinter demonstra como, na França do século XVIII, generalizou-se, entre todas as camadas da população, mesmo as mais abastadas, o costume de entregar as crianças à amas-de-leite que, muitas vezes, deixavam de amamentar os próprios filhos para serem remuneradas para amamentar os dos outros,

⁵ DESCARTES, René. **O Discurso do Método**. São Paulo: José Olímpio, 1960.

⁶ ARIÈS, 1986, p. 226.

⁷ ARIÈS, 1986, p. 231.

pois, aos olhos do pai e da Igreja, os cuidados maternos eram vistos como um incentivo ao caráter maligno das crianças.

Os cuidados, a atenção e a fadiga que um bebê representa no lar nem sempre parecem agradar aos pais. [...] Como muitos desses pais não podem – e também alguns, mais numerosos do que habitualmente se pensa, não querem – fazer o necessário sacrifício econômico ou o de seu egoísmo, não foram poucos os que pretenderam se desembaraçar desse fardo. Existia e ainda existe uma grande gama de soluções para o problema, que vai do abandono físico ao abandono moral da criança. Do infanticídio à indiferença. Entre os dois extremos, possibilidades diversas e bastardas, cujos critérios de adoção são essencialmente econômicos.⁸

Jaques Donzelot sugere ainda que as mulheres aderiam ao hábito de encaminhar os filhos às nutrizes do campo porque eram muito ocupadas em seu trabalho (esposas de comerciantes e artesãos), ou porque eram suficientemente ricas para evitarem o fardo da amamentação⁹. A distância física e a ausência de contato entre os pais e as nutrizes, a não ser por intermédio dos agenciadores, fazia da colocação das crianças aos seus cuidados uma prática frequente como um abandono disfarçado.

Segundo Badinter,

Para os casais mais pobres da sociedade, o filho chega a ser uma ameaça à própria sobrevivência dos pais. Não lhes resta, portanto, outra escolha senão livrarem-se dele. Seja abandonando-o num orfanato, o que não lhe dá grandes possibilidades de sobrevivência, seja entregando-o à ama menos exigente possível, o que também não lhe aumenta muito a probabilidade de viver; ou seja, finalmente por uma série de comportamentos mais ou menos tolerados, que levavam a criança rapidamente para o cemitério.¹⁰

Tais práticas, aliadas ao pouco desenvolvimento da medicina infantil, que só se constituiu como especialidade no século XIX, sem dúvida contribuíram para o alto índice de mortalidade infantil da época, evidenciando o pouco interesse em relação à criança, porquanto o parto e as doenças infantis eram relegados a uma categoria inferior rotulada como coisa de “comadres”, assimilável às domésticas e nutrizes.

⁸ BADINTER, 1980, p. 64.

⁹ DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 16.

¹⁰ BADINTER, 1980, p. 178.

A partir do Renascimento, começa a ocorrer uma grande transformação com a privatização do espaço doméstico, inclusive em relação à separação dos cômodos da casa, estabelecendo-se a infância como um período de preparação para o futuro. “A família se fecha e se volta para si mesma. É a hora da intimidade, das pequenas residências particulares e confortáveis de peças independentes, com entradas particulares, mais adequadas à vida íntima”¹¹.

A partir do momento em que as crianças passaram a permanecer com suas famílias, a escolarização deixou de ser exclusividade daqueles que deviam ingressar na vida religiosa, tornando-se o meio normal para a iniciação social e aprendizagem. “A família concentrou-se em torno da criança, o clima sentimental era agora completamente diferente, como se a família moderna tivesse nascido ao mesmo tempo em que a escola, ou, ao menos, que o hábito geral de educar as crianças”¹².

A permanência da criança na família e a conseqüente intensificação dos laços afetivos levaram a outra mudança importante na estrutura familiar. Passou-se a contestar-se os privilégios do filho primogênito e o direito que os pais tinham de escolher aquele que seria beneficiado em detrimento dos irmãos. Começam a surgir os sentimentos de igualdade, o que sinaliza “um movimento gradual da família-casa em direção à família sentimental moderna. Tendia-se agora a atribuir a afeição dos pais e dos filhos, sem dúvida tão antiga quanto o próprio mundo, um valor novo: passou-se a basear na afeição toda a realidade familiar”¹³.

Progressivamente, a criança passa a ser reconhecida em suas especificidades, passando a ser observada, “paparicada” e, finalmente, amada; trajetória que seria acompanhada por acentuadas mudanças na história familiar e pelo decréscimo nas taxas de mortalidade infantil, que, por si mesmas, teriam acentuado o apego dos adultos por suas crianças.

¹¹ BADINTER, 1980, p. 179.

¹² ARIÈS, 1981, p. 232.

¹³ ARIÈS, 1981, p. 235.

Philippe Ariès ressalta, assim, o nascimento e desenvolvimento de dois sentimentos de infância que distingue da seguinte forma:

[...] o primeiro, difundido e popular, a ‘paparicação’, limitava-se às primeiras idades e correspondia à idéia de uma infância curta; o segundo, que exprimia a tomada de consciência da inocência e da fraqueza da infância, e, por conseguinte, do dever dos adultos de preservar a primeira e fortalecer a segunda, durante muito tempo se limitou a uma pequena minoria de legistas, padres ou moralistas. Passados os cinco ou sete primeiros anos, a criança se fundia sem transição com os adultos: esse sentimento de uma infância curta persistiu ainda por muito tempo nas classes populares.¹⁴

O sentimento de família, que emerge nos séculos XVI e XVII, é inseparável do sentimento de infância. Esse sentimento tão forte se formou em torno da família conjugal, a família formada pelos pais e por seus filhos, e afasta-se cada vez mais das preocupações com a honra da linhagem, com a integridade do patrimônio, com a antiguidade ou permanência do nome.

A preocupação com a conservação das crianças passa a ocupar o espaço da literatura, especialmente os manuais de medicina e pedagogia.

Todos colocam em questão os costumes educativos do seu século, visando três alvos privilegiados: a prática dos hospícios de menores abandonados; a da criação dos filhos por amas-de-leite, a da educação ‘artificial’ das crianças ricas. Com seu encadeamento circular, essas três técnicas engendrariam tanto o empobrecimento da nação, como o enfraquecimento de sua elite.¹⁵

Como salienta Ariès,

É entre os moralistas e os educadores do século XVII que vemos formar-se esse outro sentimento da infância e que inspirou toda a educação até o século XX, tanto na cidade como no campo, na burguesia como no povo. O apego à infância e à sua particularidade não se exprimia mais através da distração e da brincadeira, mas através de interesse psicológico e da preocupação moral.¹⁶

O autor sustenta que a mudança da atitude em relação às crianças ocorreu em razão do aparecimento da escola como meio de educação, substituindo a educação informal pela aprendizagem, a partir do movimento de moralização promovido pelos

¹⁴ ARIÈS, 1986, p. 186.

¹⁵ DONZELOT, 2001, p. 15.

¹⁶ ARIÈS, 1981, p. 162.

reformadores católicos e protestantes ligados à Igreja, e ao aparecimento da família moderna, que, ao se tornar o lugar de afeição necessária entre os cônjuges e entre pais e filhos, reforça esse movimento de escolarização, pois a exprime mediante a importância atribuída à educação. Esse novo lugar dado à criança tem como efeito o aparecimento da criança escolar e de um ideal social de normatização. Assim, a família e a escola retiraram juntas a criança da sociedade dos adultos.

A aprendizagem tradicional foi substituída pela escola, uma escola transformada, instrumento de disciplina severa, protegida pela justiça e pela política. O extraordinário desenvolvimento da escola no século XVII foi uma consequência dessa preocupação nova dos pais com a educação das crianças.¹⁷

A imagem da mãe, o seu papel e a sua importância modificaram-se radicalmente, ainda que, na prática, os comportamentos tenham tardado a se alterar. A partir de 1760, inúmeras publicações recomendavam que as mães cuidassem pessoalmente de seus filhos e as ordenavam a amamentá-los¹⁸.

Elisabeth Badinter refere-se ao amor materno como um conceito novo e, embora não ignorasse a existência desse sentimento em todos os tempos, o que é novo em relação aos dois séculos precedentes,

[...] é a exaltação do amor materno como um valor ao mesmo tempo natural e social, favorável à espécie e à sociedade. Igualmente nova é a associação das duas palavras *amor* e *materno* que significa não só a promoção do sentimento, como também a da mulher como mãe. Deslocando-se insensivelmente da autoridade para o amor, o foco ideológico ilumina cada vez mais a mãe, em detrimento do pai, que entrará progressivamente na obscuridade.¹⁹

Referindo-se ao amor materno como “a origem da criação do ninho afetivo em cujo interior a família vem se refugiar”, a autora fala de uma nova família,

[...] que se fecha e se volta para si mesma. É a hora da intimidade, das pequenas residências particulares e confortáveis, de peças independentes com entradas independentes, mais adequadas à vida íntima. Ao abrigo dos importunos, pais e

¹⁷ ARIÈS, 1981, p. 277.

¹⁸ Nesse sentido, a obra “Sobre a pedagogia” de Immanuel Kant, constituiu-se em um marco de valor inestimável sobre a formação e a educação dos homens para que se tornem capazes de desejar e buscar dignidade e respeito igual para todos. (KANT, Immanuel. **Sobre a pedagogia**. Trad. Francisco Fontanella. Piracicaba: Unimep, 1999).

¹⁹ BADINTER, 1985, p. 146.

filhos partilham a mesma sala de refeições e se mantêm juntos diante da lareira doméstica.²⁰

Fundamentando-se em Jacques Donzelot, Elizabeth Badinter ressalta o discurso econômico que aponta a importância da população para o país, adquirindo a criança um valor mercantil. Nessa nova ótica, os pobres, mendigos, as prostitutas e as crianças abandonadas tornaram-se interessantes como forças de produção em potencial, pois poderiam ser enviados para povoar as colônias francesas, grandes reservatórios de riquezas²¹.

No que diz respeito à administração dos menores abandonados, eles reprovam os índices surpreendentes de mortalidade dos menores recolhidos: noventa por cento morre antes de poderem ‘tornar úteis aos Estados’ essas forças que muito lhe custaram manter durante a infância e adolescência.²²

A autora ainda indica a importância do discurso filosófico iluminista que propaga o desenvolvimento do amor e da felicidade individual, estimulando a importância crescente da criança na sociedade e na vida familiar. Com a publicação de *Émile*, em 1762, o argumento de Rousseau para reconduzir as mulheres às suas responsabilidades maternas, do que dependia o futuro da nação, encontrou eco na opinião esclarecida, transformando radicalmente o papel atribuído à maternidade.

No entanto, para as mulheres mais desfavorecidas, a criança ainda representava um fardo. No final do século XVIII, quando a mulher abastada começou a manter os filhos junto de si, as operárias ou a esposa dos pequenos artesãos ainda tinham necessidade de mandar os filhos às amas para trazer mais algum dinheiro para casa, auxiliar o trabalho na lavoura ou ser ama das crianças da cidade, prática prolongada até o início do século XX, quando a esterilização tornou seguro o uso da mamadeira.

Conforme esclarece Badinter, as altas taxas de fecundidade, até o século XX, engendraram três tipos de consequências: a entrega a uma ama, o abandono e as taxas inalteradas de mortalidade das crianças de famílias pobres.

²⁰ BADINTER, 1985, p. 179.

²¹ BADINTER, 1980, p. 156.

²² DONZELOT, 2001, p. 16.

O abandono dos filhos, que aumentara muito na segunda metade do século XVIII, cresce ainda mais na primeira metade do século XIX. [...] Na década de 1850, a mortalidade global das crianças de menos de um ano é ainda superior a 16%. Tudo isso mostra que em meados do século XIX ainda não existe um comportamento materno unificado. Os recursos econômicos, mas também as ambições das mulheres condicionam amplamente seu comportamento de mãe. Problemas e necessidade para umas, imposição ou opção para outras, a chegada do filho à família é diferentemente vivida pelas mulheres.²³

Embora os cuidados maternos tenham assumido o *locus* essencial na proteção dos infantes, a sua importância e o destino dos expostos ainda dependia muito da classe social da mãe, como visto. De qualquer forma, o discurso Rousseaiano e, posteriormente, o psicanalítico, já no século XX, foram bem sucedidos, e a infância e a maternidade ganharam novo sentido.

Por outro lado, a substituição da aprendizagem pela escola exprime também uma aproximação da família e das crianças. O clima sentimental era agora completamente diferente do nosso, como se a família moderna tivesse nascido ao mesmo tempo que a escola, ou, ao menos, que o hábito de educar as crianças.

A evolução do sentimento das idades e da infância está também ligada assim a uma evolução da instituição escolar, pois, no início, o senso comum aceitava sem dificuldades a mistura das idades, chegando a um momento em que surgiu uma repugnância nesse sentido, inicialmente, em favor dos menores. Entretanto, essa função demográfica da escola não surgiu imediatamente como uma necessidade. Ao contrário, durante muito tempo a escola permaneceu indiferente à repartição e à distinção das idades, pois seu objetivo essencial não era a educação da criança.

Essa indiferença da escola pela formação infantil não era própria apenas dos conservadores ou dos humanistas do renascimento, pois, assim como os pedagogos da Idade Média, confundia-se educação com cultura e estendia-se a educação por toda vida humana, sem dar um valor privilegiado à infância ou à juventude, sem especializar a participação das idades.

Assim, de acordo com Philippe Áries,

²³ BADINTER, 1980, p. 227.

[...] os verdadeiros inovadores foram os reformadores escolásticos do século XV, o Cardeal d'Estouteville, os organizadores dos colégios e das pedagogias, e, finalmente, acima de tudo, os jesuítas, os oratorianos e os jansenistas do século XVII. Com eles vemos surgir o sentimento da particularidade infantil, o conhecimento da psicologia infantil e a preocupação com um método adaptado a essa psicologia.²⁴

A partir do século XV e, sobretudo, nos séculos XVI e XVII, apesar da persistência da atitude medieval de indiferença à idade, o colégio iria dedicar-se essencialmente à educação e formação da juventude, residindo a diferença essencial entre a escola da Idade Média e o colégio dos termos modernos na introdução da disciplina. Assim, a infância era prolongada até quase toda a duração do ciclo escolar.

No século XVIII, a escola única foi substituída por um sistema de ensino duplo, em que cada ramo correspondia não a uma idade, mas a uma condição social: o liceu ou o colégio para os burgueses (o secundário) e a escola para o povo (o primário), condenando-o a um ensino inferior, exclusivamente prático.

Em decorrência disso, o historiador questiona se, nesse ponto, não houve uma regressão durante a primeira metade do século XIX, sob a influência da demanda da mão de obra infantil na indústria têxtil. O trabalho das crianças conservou uma característica da sociedade medieval: a precocidade da passagem para a idade adulta. Toda a complexidade da vida foi modificada pelas diferenças de tratamento escolar entre a criança burguesa e a criança do povo.

Além disso, o surgimento e o fortalecimento dos colégios – instituições específicas para a formação das jovens gerações –, a partir da criação de teorias sobre o desenvolvimento infantil e o crescente impacto da tipografia, aumentaram a distância entre a criança e o adulto.

[...] um ambiente simbólico inteiramente novo tinha sido criado. Esse ambiente encheu o mundo de novas informações e experiências abstratas. Exigia novas habilidades, atitudes e, sobretudo, um novo tipo de consciência. Individualidade, enriquecida capacidade para o pensamento conceptual, vigor intelectual, crença na autoridade da palavra impressa, paixão por clareza, sequência e razão – tudo

²⁴ ARIÈS, 1981, p. 188.

isto passou para o primeiro plano, enquanto o oralismo medieval retrocedia. O que aconteceu foi que o homem letrado havia sido criado. E, ao chegar, deixou para trás as crianças. A partir daí a idade adulta tinha de ser conquistada. Tornou-se uma realização simbólica e não biológica. Depois da prensa tipográfica, os jovens teriam de se tornar adultos e, para isso, teriam de aprender a ler, entrar no mundo da tipografia. E para realizar isso precisariam de educação. Portanto a civilização européia reinventou as escolas. E, ao fazê-lo, transformou a infância numa necessidade.²⁵

Esse processo de individualização da vida familiar tem, nas práticas de civilidade, talvez a primeira etapa de sua expressão, e o Renascimento, como movimento cultural, será acompanhado por práticas de controle minuciosas, de tal maneira a ensaiar um roteiro supostamente universal de comportamento, no qual a infância será o ponto de partida desse estudo.

De acordo com Carlota Boto,

[...] a Modernidade, pela apropriação que fará da categoria infância, transformará crianças em alunos; gerando, sob tal perspectiva, uma diferente compreensão do próprio campo de estudo educacional. Objetivamente, será criado o moderno conceito de escola – a forma escolar de socialização (Vincent, 1994) – que constituirá a âncora da família, para compartilhar o fardo de sua acrescida responsabilidade perante a educação das crianças e dos jovens. Será de complementariedade mas também de concorrência a tensa relação que, desde então, se estabelecerá entre a escola e a família. Seja como for, os colégios serão a moderna expressão de como tratar as crianças mediante códigos de boas maneiras requeridos pela cultura moderna.²⁶

O papel conferido à escolarização, mediante a organização do modelo do colégio, corresponderia, na visão da autora, à progressiva eliminação de quaisquer traços da espontaneidade infantil. Os colégios passarão a significar, no mundo moderno, uma racionalidade institucional extremamente sincronizada a uma dada concepção especificamente moderna da infância e adolescência.

A criança é, desse modo, percebida pelo que lhe falta e pelas carências que apenas a maturação da idade e da educação poderiam suprir. Daí a necessidade de se dar a ela, de um lado, a liberdade; e, de outro, o freio, de modo que o adulto pudesse surgir pelo

²⁵ POSTMAN, Neil. **O desaparecimento da infância**. São Paulo: Graphia, 1999, p. 50.

²⁶ BOTO, Carlota. O desencantamento da criança: entre a Renascença e o Século das Luzes. In: FREITAS, Marcos Cezar de. KUHLMANN JR., Moysés. (Orgs.). **Os intelectuais na história da infância**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 23.

equilíbrio. Com esse propósito é que serão delineados pelos intelectuais roteiros de civilidades para familiares e educadores na condução dos modos de as crianças estarem e interagirem no mundo.

Nos colégios jesuíticos, a preocupação com a demarcação da idade como critério de identidade e de composição de classes diferenciadas poderia ser assinalada como um distintivo da constituição do modo moderno e de se pensar a criança: não mais a criança-linhagem e não mais o tronco da família, perpetuando-se uma dada tradição, mas a criança-indivíduo.

Posteriormente, Comenius, no século XVII, sinalizou para a moderna acepção de infância, diretamente atada a uma renovada acepção de escola, fundada na utopia do ensino coletivo e da sua universalização.

Já, a finalidade de Emílio, de Rousseau, na outra margem dos Iluministas do seu tempo, é essencialmente a de formar o sábio, que seria o homem integralmente desenvolvido, para reconhecer-se e reconciliar-se com a condição humana em sua dimensão mais plena²⁷. A partir de sua inicial pressuposição, segundo a qual a sociedade possuía falsas idéias sobre a infância, desconhecendo-a, propõe-se a descoberta da condição essencial da criança – como ser em si, como conceito e como categoria analítica.

O que parece ser comum ao período entre a Renascença e o Século das Luzes, como salienta Carlota Botto²⁸, é um dado desejo de obtenção do mínimo denominador comum da infância: as características básicas presentes em todas as crianças, qualquer que seja a classe, a nacionalidade, o nível de inteligência, etc.

Nisso, encontra-se um quê de silêncio, de separação e de isolamento, e também de indivisibilidade. A criança é muda; em sua individualidade, é espectador silencioso; é silenciada na sua voz, que, pelo suposto moderno, não saberá falar por si. [...] Ao separar a criança do adulto, a modernidade cria a infância como uma mônada – unidade substancial e individual; presente, no limite, em todos os seres infantis da espécie humana: sempre a mesma; sempre igual, inquebrantável, inamovível, irreduzível – um mínimo denominador comum. Não falamos mais das crianças, e sim da infância.

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou da educação**. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Difel, 1968.

²⁸ BOTTO, 2002. p. 57.

Essas idéias do século XVIII só chegaram, efetivamente, ao Brasil no final do século XIX e início do século XX. As crianças abandonadas e a população pobre eram, até então, preocupação e objeto exclusivos da Igreja Católica, representando instrumento de poder.

Por certo, a reflexão sobre a noção de infância, como construção social, só pode ser compreendida dentro de um contexto concreto. Na lição de Cláudia Fonseca,

[...] as classes médias atribuem à criança uma série de fases de desenvolvimento emocional e intelectual que exigem, cada uma, cuidados especialmente adaptados e ministrados por adultos específicos. Esta visão da infância, catapultada pelas ciências 'modernas' da Psicologia e da Pedagogia, não se separa de um certo contexto material, mormente aquele em que a escola e a família nuclear desempenham os papéis principais de socialização, e onde a criança é inserida em uma estratégia familiar de ascensão sócio-econômica a longo termo.²⁹

O reconhecimento da infância como etapa essencial para o desenvolvimento de crianças, no entanto, ainda estava longe de garantir-lhes a sobrevivência, ao menos para a grande maioria oriunda de classes populares, que ainda continuava continuada ao abandono, sem qualquer perspectiva de sobrevivência digna.

1.2 A infância abandonada

O abandono de crianças, como visto brevemente no item anterior, sempre ocorreu desde os primórdios da civilização e por diversas razões, perpassando geralmente pela pobreza, deficiência física, preocupação patrimonial, ocultação de desonras e especialmente diante do não reconhecimento da particularidade da infância.

Para este estudo, importa-nos a rápida análise das medidas implementadas para o enfrentamento do abandono das crianças pela sociedade em geral e o seu tratamento jurídico, como forma de garantir a sua sobrevivência e proteção, notadamente a partir do seu reconhecimento como sujeito de direitos.

²⁹ FONSECA, Cláudia. **Caminhos da Adoção**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 30.

Na retrospectiva histórica, ao contrário do que se imagina, o surgimento do instituto da adoção, que ocorreu na civilização romana, não foi idealizado para proteção de crianças contra o infanticídio ou abandono, mas como solução para famílias que, por não terem filhos, estavam em vias de desaparecimento.

Foi em Roma que se regularizou, pela primeira vez, o direito de adoção. Uma vez que, nos costumes romanos, os laços consanguíneos tinham pouca importância (o que importava era a linhagem), o adotado recebia o nome da família do pai adotivo, mesmo que tivesse vindo de camadas mais humildes ou mesmo de escravos. Mulheres não podiam adotar, mas podiam ser adotadas. No Império Romano, a adoção também servia para controlar a política das heranças. Na qualidade de filho adotivo, podia receber de seu pai adotivo um alto cargo ou dignidade, pois a adoção regulava a carreira pública. Adotava-se em qualquer idade.³⁰

Aduz Maria Luiza Marcílio ainda que, em todo o Império Romano, parece não ter havido nenhuma instituição para cuidar das crianças enjeitadas. Elas eram deixadas à própria sorte ou a que lhes determinavam os que as criavam, que normalmente as destinavam à mendicância, prostituição, escravidão ou às lutas como gladiadores³¹.

A Igreja, dando continuidade às tradições judaico-romanas em relação ao abandono de crianças, desde sua origem, embora o condenasse, sempre tolerou a sua prática, tornando a caridade um dever moral do clero e dos cidadãos, já que atribuía aos pobres a imagem do Cristo.

Durante a Idade Média, as crianças continuaram a ser abandonadas em grande número e a pobreza dos pais era aceita como a principal justificativa para se enjeitarem os filhos. Entre os séculos V e X, a Igreja teve importante papel no recebimento e na distribuição de bebês abandonados.

Alguns Concílios procuraram encorajar seus fiéis a acolher os expostos, sem receio de complicações futuras, chegando até mesmo a conferir direito de propriedade aos que criavam crianças expostas. O objetivo era encorajar o povo a tomar as crianças

³⁰ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História Social da Criança Abandonada**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2006. p. 26.

³¹ MARCÍLIO, 2006, p. 27.

encontradas em abandono, sem temer consequências ou mesmo a sua perda, depois de ter investido tempo e dinheiro em sua criação.

As regras e as condições dos expostos criados em lares substitutos (*alumni*), porém, foram menos claramente definidas nesse período do que na Antiguidade. Leis foram exaradas, mas, na prática, a vida e o destino dos expostos e seu *status* jurídico dependiam mais das circunstâncias do que das instituições e das leis. Aqueles que criavam as crianças tinham garantias de mantê-las consigo para sempre, e podiam fazer delas o que bem entendessem, até mesmo transformá-las em escravas ou usá-las na mendicidade.³²

A autora também observa que, em outras culturas da Alta Idade Média, igualmente se verificou a recorrência do fenômeno do abandono de bebês, citando os visigodos que justificavam a exposição de bebês como forma de prevenção do infanticídio e do aborto, crimes que previam sérias punições para os pais. “O Código Visigótico previa, ainda, o pagamento para quem criasse um menor até dez anos. Isso pode ser um vestígio de um costume difundido entre os germanos: o da criação de filhos fora do lar paterno”³³.

A partir do século V, a *oblata* - doação (oferta) de uma criança ao serviço de Deus e de sua religião, por intermédio de um mosteiro, foi considerada a mais humana forma de abandono existente. Pais, de qualquer categoria social, podiam doar um filho, de qualquer sexo, de até dez anos, e, pelas leis civis e eclesiásticas, essa criança jamais poderia deixar o mosteiro, igualando-a à situação dos expostos criados como escravos.

Nesse período e por aproximadamente sete séculos, como destaca Marcílio, a adoção foi totalmente extirpada pela Igreja do Ocidente, fazendo desaparecer a possibilidade de uma família substituta para os abandonados³⁴.

O conceito de adoção iria deslocar-se, e passar para o plano espiritual, pela ação da Igreja. Com frequência, esse termo passou a se referir ao batismo, que fazia de todos nós filhos adotivos de Deus. De certa forma, como pondera Goody, a adoção foi substituída pelo apadrinhamento em Deus. Enfim, o desaparecimento da adoção do sistema social europeu deve ser explicado com base no sistema da herança montado no Ocidente medieval. A tendência foi a de legar os bens, sem herdeiros naturais, para fins de caridade, de obras pias. A exclusão de herdeiros

³² MARCÍLIO, 2006, p. 32.

³³ MARCÍLIO, 2006, p. 33.

³⁴ MARCÍLIO, 2006, p. 46.

‘fictícios’ – no caso, os filhos adotivos – atenderia aos interesses materiais da Igreja, na tese de J. Goody.

A regulamentação e o controle excessivos da Igreja sobre o casamento, estabelecidos no século XII e feitos para fortalecê-lo, gerou o aumento da ilegitimidade, situação agravada pelo aumento da população e da miséria nos crescentes núcleos urbanos, formados pela nascente burguesia. Nesse novo contexto, a organização da caridade, no plano individual, não respondia às novas e crescentes demandas sociais, passando o governo a assumir a responsabilidade da assistência, ainda que o caráter religioso da caridade não desaparecesse.

Assim, a necessidade de assistência social, em casos de doenças ou de abandono de crianças, desenvolveu-se muito durante a Idade Média, com o surgimento das primeiras instituições caritativas de proteção à criança órfã e abandonada e a criação dos hospitais gerais, conventos, asilos e hospícios, que também atendiam a mendigos, mulheres grávidas, prostitutas, leprosos, nobres e religiosos, cujo ambiente favorecia a promiscuidade.

Durante os séculos XIII a XVII, a generalização da “Roda dos Expostos”³⁵ nos Hospitais, marcou assistência aos abandonados, visando a atender a preocupação de unir o respeito à vida e honra familiar, no caso dos filhos adulterinos.

Depois do batismo, a criança era entregue a uma ama-de-leite, para ser amamentada e criada, às vezes, no próprio hospital; mais comumente, na casa da nutriz, seguindo-se um antigo costume.

Depois do período da amamentação, na casa das nutrizes, o bebê voltava para o hospital de expostos. Em geral, os meninos eram iniciados desde cedo em um ofício, enquanto as meninas eram encaminhadas, bem jovens, ao casamento dando-se a cada uma delas, quando possível, um modesto dote. Ocasionalmente, as crianças expostas eram ‘adotadas’ por famílias que, muitas vezes, viam nelas uma complementação para a mão de obra familiar.³⁶

³⁵ O nome Roda, de acordo com Maria Luiza Marcílio provém de um dispositivo de madeira, em forma cilíndrica, onde se depositavam os bebês, fixado no muro ou janela das instituições. Na parte externa, o expositor colocava a criancinha que enjeitava, girava a Roda e puxava uma sineta para avisar a vigilante que um bebê acabara de ser abandonado, retirando-se sem ser reconhecido (MARCÍLIO, 2006, p. 1).

³⁶ MARCÍLIO, 2006, p. 57.

O elevado índice de mortalidade de crianças nessas instituições, que se estimava em 90%, desde a entrega aos cuidados das amas até os primeiros três meses de vida, e o aumento da ilegitimidade, a partir do século XVIII, determinaram a participação mais efetiva do Estado em sua proteção, com a busca de outras soluções para enfrentar o problema, inaugurando, sob a filosofia iluminista e a concepção higienista, a intervenção da filantropia e da ciência em favor da infância desvalida.

Aos poucos, a sociedade renuncia à visão essencialmente moral e religiosa da criança. Salvar a alma foi – e continuava sendo, o dever principal dos pais e das autoridades civis e religiosas. No entanto, sob a influência das idéias populacionistas e humanistas, a partir de 1750-1760 salvar os corpos tornava-se uma preocupação mais claramente expressa.³⁷

Durante a fase filantrópica, desenvolvida nos séculos XVIII, XIX e parte do XX, emergem as primeiras políticas públicas sociais, substituindo a caridade religiosa ou particular por uma beneficência pública, fundamentadas no ideário do progresso, da ciência, do interesse da nação e do liberalismo.

Inicia-se, assim, uma verdadeira empreitada contra a mortalidade dos expostos, que deveriam tornar-se “úteis a si e à nação”, incorporando-se ao progresso do Estado. Eles poderiam servir nos exércitos ou trabalhar em serviços pesados; ou poderiam ser embarcados para as colônias que a Europa havia conquistado ajudando a povoá-las, como o Brasil.

Nessa nova fase, marcada pelas teorias utilitaristas e higienistas, a reclusão e a preparação para o trabalho marcaram as práticas assistencialistas direcionadas à infância abandonada. A transferência dos expostos a famílias substitutas que os criassem e os ensinassem o ofício passou a ser remunerada pelo Estado. Como registra Marcílio, na França, “em 1769, o Conselho de Estado oferecia uma pensão – de 12 a 40 libras – a todo chefe de família rural que criasse uma criança abandonada”³⁸.

³⁷ MARCÍLIO, 2006, p. 69-70.

³⁸ MARCÍLIO, 2006, p.72.

A preocupação com a condição humana e o interesse pelos direitos que marcaram o século XIX, inspirados pelos ideais liberais e iluministas, fundaram assim, pela filantropia, um movimento pelo bem-estar da criança, ainda que com a finalidade explícita de controle social.

Ela queria impedir o afundamento da ordem social, do Estado, da civilização. E inicialmente, seus objetivos foram a supressão da pobreza e a melhoria da situação dos operários e seus filhos, a partir da adoção de uma estratégia pedagógica e educativa.³⁹

O rápido e notável aumento da população européia, a partir de meados do século XVIII, associado à queda da mortalidade e o aumento da ilegitimidade, provocou o acréscimo do número de expostos, gerando sérios problemas para a administração dos hospitais e das rodas de abrigos. A miséria e as dificuldades financeiras levavam também as famílias de classes mais elevadas, como burgueses e artesãos, a abandonarem seus filhos em um hospital de expostos, com a intenção de buscá-los posteriormente.

A entrega de crianças para famílias que os aceitassem, mediante remuneração pública, foi uma das alternativas encontradas, assim como o pagamento de subsídios às mães pobres, o que, juntamente com o desenvolvimento da amamentação artificial, marcou o término da era das amas-de-leite mercenárias e a extinção das Rodas dos Expostos, em fins do século XIX.

Ao mesmo tempo, as autoridades responsáveis pelos expostos discutiam políticas para diminuir o abandono de crianças na Europa. Uma das mais consequentes e inovadoras foi a das alocações familiares – ou de subsídios às mães pobres – como fórmula para impedir que estas abandonassem seus filhos. O objetivo desses programas era ir substituindo o recolhimento hospitalar dos enjeitados, com seus inconvenientes, por um sistema de assistência domiciliar para as mães. Isso também significava substituir o sistema da Roda.⁴⁰

No início do século XX, com o desenvolvimento da puericultura (1863) e da pediatria (1872) e a crescente necessidade demográfica e econômica do Estado europeu, passou a esboçar-se a formulação dos direitos universais da criança. No entanto, a preocupação com o aumento incontável dos encargos da assistência exigiu ações

³⁹ MARCÍLIO, 2006, p. 75.

⁴⁰ MARCÍLIO, 2006, p. 81.

moralizadoras da pobreza, convergindo esforços para a restauração da família pelo restabelecimento do casamento, facilitando a sua educação e assistência mútua.

Normas sanitárias e educativas foram promulgadas, no final do século passado. Onde não foram respeitados e onde eram acompanhados da pobreza (imortalidade suposta), a suspensão do pátrio poder permitia o estabelecimento de um processo de *tutela*, que aliava os objetivos sanitários e educativos aos métodos de vigilância econômica e moral. Esse foi um processo de redução da autonomia familiar, facilitado, no início deste século, pelo surgimento de uma série de conexões entre a assistência pública, a Justiça de menores, a Medicina e a Psiquiatria.⁴¹

A adoção de crianças órfãs ou abandonadas, que havia sido abolida da história européia desde a Idade Média pela ação da Igreja, como registra a autora, sofreu um processo mais longo de aceitação ou de reintrodução na legislação, pois, sob a égide dos ideais liberais e de defesa da propriedade privada, representava o risco às leis de sucessão biológica e o patrimônio familiar. “Por isso, as primeiras leis de adoção (a de 1904, na França, por exemplo) não modificavam o Código Civil. O adotante deveria ser maior de cinquenta anos e não ter filhos. Esse modelo foi copiado em vários países”⁴².

Somente após a Primeira Guerra Mundial e diante do grave problema das crianças órfãs houve mudanças em relação à adoção. A idade do adotante baixou para quarenta anos, entendendo-se a adoção aos menores de idade, embora sem abordar a questão da herança. O Código de Família, de 1939, da França, tornou possível a adoção de crianças menores de dezesseis anos, com a ruptura completa dos laços que ligavam o adotado à família de origem.

As leis de adoção plena, estendidas desde o nascimento da criança, só surgiram depois da Segunda Guerra Mundial e da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959.

Os governos se conscientizaram de que a filosofia filantrópica não atendia mais às necessidades da assistência e de proteção à infância desvalida, inaugurando uma

⁴¹ MARCÍLIO, 2006, p. 85-86.

⁴² MARCÍLIO, 2006, p. 86.

nova fase nas políticas sociais públicas de assistência, com a intervenção do Estado, que passava a ser o Estado do Bem-Estar social⁴³.

1.2.1 O abandono no Brasil

No Brasil, o destino de crianças abandonadas, a partir da invasão portuguesa, não foi muito diferente dos demais, implementando-se aqui as práticas assistencialistas marcadas pela influência da cultura européia.

Por início, registre-se que muitas embarcações portuguesas trouxeram crianças ao país, em seus navios, na condição de trabalhadores, em sua grande maioria meninos com menos de 15 anos, recrutados entre os órfãos, desabrigados, pedintes e em famílias que sofriam com a fome, porquanto caracterizavam uma mão de obra ágil, de baixo custo e consumidora de poucos alimentos.

Como a expectativa de vida das crianças era baixa, em torno dos 14 anos, conforme registra Fábio Pestana Ramos, “isto fazia com que, principalmente entre os estamentos mais baixos, as crianças fossem consideradas como pouco mais que animais, cuja força de trabalho deveria ser aproveitada ao máximo enquanto durassem suas curtas vidas”⁴⁴.

Foram os Jesuítas os primeiros a se interessarem pela infância no País, com a implantação de um sistema educacional voltado à expansão da Igreja e à consolidação do domínio português. Segundo Rafael Cambouleyron,

[...] é bem verdade que a infância estava sendo descoberta nesse momento no Velho Mundo, resultado da transformação entre indivíduos e grupo, o que ensejava o nascimento de novas formas de afetividade e a própria ‘afirmação do

⁴³ MARCÍLIO, 2006, p. 86/87.

⁴⁴ RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações. *In*: PRIORI, Mari Del (Org). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1999, p. 20.

sentimento da infância', na qual a Igreja e o Estado tiveram um papel fundamental.⁴⁵

Por isso, embora inicialmente a Companhia de Jesus tenha se dedicado às crianças portuguesas que já habitavam o País, mais tarde descobriu nas crianças indígenas a pureza necessária para inscrever os valores cristãos almejados para a construção do novo projeto societário.

Ainda no século XVI, surge, no Brasil, a primeira iniciativa assistencial e, em 1582, é criada no Rio de Janeiro a Santa Casa de Misericórdia, de iniciativa católica, com a missão de atender aos enjeitados indistintamente, sem distinção de sexo, credo e condição.

Com a urbanização do País e o aumento da orfandade e do abandono de crianças deixadas nas ruas ou portas das casas, cujos pais faleciam de doenças infecto-contagiosas em proporções endêmicas, diante da precariedade da infra-estrutura da saúde pública ou porque não tinham condições de criá-las, em 1726, foi implantada, em Salvador, e, em 1738, no Rio de Janeiro, a Casa dos Expostos ou a chamada Roda para o seu acolhimento, ainda, portanto, no período colonial.

Depois de recolhida e inscrita como enjeitada, a criança era entregue a uma ama-de-leite paga a expensas da municipalidade por um período de três anos; após o qual, mediante redução do salário, permanecia na casa da ama-seca até os sete anos de idade, quando seriam entregues a lavradores para o trabalho, nada recebendo em troca de sustento e moradia.

Sob a égide da caridade e legitimada pela suposta assistência, evidenciava-se o interesse exclusivo pelo trabalho das crianças abandonadas, pois não se identificaram nos registros históricos, indícios de que a Igreja ou o Estado incentivassem a sua adoção pelas famílias acolhedoras.

Como registra Renato Pinto Venâncio,

⁴⁵ CAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista. *In*: PRIORI, 1999, p. 58.

A todo momento, a perfilhação adotiva do enjeitado consistia em uma possibilidade. No entanto, esse processo era dispendioso e demorado. Isso decorria da necessidade de provar que a criança não poderia via a reatar o vínculo paterno. Para quem procurava apenas um braço a mais para o trabalho doméstico, a adoção legal parecia não ter sentido, tendo em vista o conjunto de leis que possibilitava a permanência de crianças e adolescentes em lares que não eram de seus legítimos familiares.⁴⁶

A permanência na Casa dos Expostos também não garantia a sobrevivência das crianças, contrariando os seus propósitos salvacionistas, pois estudos recentes demonstraram que, devido à escassez de recursos materiais e humanos, a mortalidade infantil era elevada, sobretudo nos primeiros meses de vida, quando atingia até mais de 90%⁴⁷.

A criança desassistida continuou a ser considerada um problema durante o período imperial, cujo acolhimento, inicialmente atribuído à ação caritativa da Igreja Católica, passou a ser prestado também por instituições ligadas às associações civis da aristocracia rural e mercantilista da época, inaugurando a iniciativa filantrópica.

Mesmo nesse período, a entrega da criança abandonada e carente a “homens de bom coração e famílias ricas” ainda era prescrita nas Ordenações do Reino como medida alternativa aos asilos, pois, como descreve Maria Berenice Costa, “constatou-se, mais tarde, que essas medidas não surtiam resultados práticos e satisfatórios, pois os menores eram explorados no trabalho doméstico, sem receber pagamento, educação ou instrução”⁴⁸.

Além da Roda e das Misericórdias, que, mediante convênio com as Câmaras Municipais, atendiam aos pobres e expostos, também se identificou, durante a história brasileira uma outra prática original de atendimento à infância desvalida, identificada como “filho de criação”, que analisaremos no item a seguir. “Famílias ou indivíduos

⁴⁶ VENÂNCIO, Renato Pinto. Adoção antes de 1916. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). **Grandes Temas da Atualidade: Adoção. Aspectos Jurídicos e Metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 282.

⁴⁷ MONCORVO FILHO, Artur. Histórico da proteção à infância no Brasil – 1500-1922. *Apud* VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999, p. 16.

⁴⁸ COSTA, Maria Berenice Alho da. **História da assistência ao menor carente no Rio de Janeiro: 1907 a 1927**. *Apud* VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999, p. 19.

recolhiam recém-nascidos deixados nas portas de suas casas ou de igrejas ou em outros locais e, por diversas razões, decidiam criá-los. Havia pessoas que iam às Rodas de Expostos tomar uma criança para criar e até mesmo perfilhar ou “adotar”⁴⁹.

Como consigna Marcílio,

Em toda Colônia, no século XIX, durante a fase da assistência caritativa, as Câmaras Municipais, responsáveis pelas crianças sem-família, foram omissas ou parciais nessa sua obrigação. Em sua maioria, essas crianças dependeram da caridade da família que as criaram gratuitamente, ou morreram precocemente, ou ainda, circulando de uma casa para outra, acabaram por aumentar o número dos pequenos que perambulavam pelas ruas, em busca de proteção, de auxílio, de sobrevivência. Para muitas delas, as probabilidades de sobrevivência limitaram-se à mendicidade, à prostituição ou ao crime.⁵⁰

A proclamação da República e os propósitos de construção de um Estado baseado nos ideais positivistas de ordem e progresso, associado à concepção higienista, evidenciaram a necessidade de superação do modelo de assistencialismo filantrópico particular ou da caridade da Igreja Católica a fim de adequar a ordem social às transformações sócio-políticas e econômicas, especialmente decorrente da crescente industrialização, tornando-se indispensável a ação oficial do Estado na assistência aos menores.

A criança incorporou assim a proposta de renovação social, sendo-lhe atribuído novo valor. As rodas foram sistematicamente extintas⁵¹ e, além da assistência de cunho predominantemente asilar, destinadas às crianças abandonadas e delinquentes, era preciso também atingir a criança no seio da família, o que se deu por meio da escola e do atendimento médico.

A preocupação com a delinquência infantil toma o espaço dos debates, no contexto da ameaça à ordem social, pondo em risco qualquer proposta de salvar o País.

Como registra Irene Rizzini,

⁴⁹ MARCÍLIO, 2006, p. 136.

⁵⁰ MARCÍLIO, 2006, p. 144.

⁵¹ O Código de Menores, de 1927, em seu art. 15, determinava: “A admissão dos expostos à assistência se fará por consignação direta, excluído o sistema das Rodas”.

Tendo-se consciência do significado social da infância (futuro da nação) e sendo do conhecimento corrente que a criança é facilmente moldável (para o bem ou para o mal), sabendo-se, ainda, que existiam ‘crianças criminosas’ e que, na verdade, o número delas parecia aumentar assustadoramente, assim como os médicos e os filantropos, também os juristas viam na criança uma esperança rumo à ‘reforma civilizadora’.⁵²

O crescimento demográfico, a urbanização e a construção de indústrias implicaram no aumento da pobreza nas cidades, contribuindo para aumentar as estatísticas de abandono de crianças no século XX, marcando assim o início da era filantrópica, sob uma nova concepção de assistência, fundamentada no positivismo e na ingerência do Estado, que assumiu uma série de funções, dentre as quais a correção de menores delinquentes, diante da crescente criminalidade infanto-juvenil.

Sob a influência da Declaração de Genebra, de 1924, foi criado no País o primeiro Juízo Privativo dos Menores Abandonados e Delinquentes (1924), esboçando-se uma nova atitude em relação à criança como sujeito de direitos. Com edição do Código de 1927, o Juiz Melo Matos estabeleceu a idade de 18 anos como limite da imputabilidade.

A partir daí, a assistência à infância teve suas atividades ampliadas, em 1941, com a criação do Serviço de Assistência ao Menor (SAM), antecedendo à FUNABEM (1964), quando se inaugura o Estado do Bem-Estar Social.

A proteção e o bem-estar das crianças como direito de todas e dever do Estado, preconizada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, redundou na edição do Código de Menores de 1979, contemplando a doutrina da situação irregular, que considerava, nessa condição, os menores abandonados, órfãos e infratores, o qual se destinava a prevenir e corrigir as causas do desajustamento.

Mesmo diante dessa nova etapa da proteção legal e assistencial à infância desvalida, a prática do filho de criação ainda representava uma alternativa, muitas vezes a única disponível, às famílias que não tinham condições para atendê-los, como a seguir se analisará.

⁵² RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2008, p. 116.

1.3 O filho de criação

A entrega dos filhos a pessoas que não pertencem ao grupo familiar de origem, para serem “criados”, sempre esteve presente na iconografia do abandono, como visto, e os motivos justificadores foram inúmeros, desde prática pedagógica, na Alta Idade Média; o não reconhecimento da particularidade da infância e a importância dos cuidados da criança pela família; das altas taxas de fecundidade e a pobreza dos pais.

Philippe Ariès bem destaca essa postura medieval:

A falta de afeição dos ingleses manifesta-se particularmente em sua atitude com relação às suas crianças. Após conservá-las em casa até a idade de sete ou nove anos (em nossos autores amigos, sete anos era a idade em que os meninos deixavam as mulheres para ingressar na escola ou no mundo dos adultos), elas as colocam, tanto os meninos como as meninas, nas casas de outras pessoas, para aí fazerem o serviço pesado, e as crianças aí permanecem por um período de sete a nove anos (portanto, até entre cerca de 14 e 18 anos). Elas são chamadas de aprendizes. Durante esse tempo, desencumbem-se de todas as tarefas domésticas. Há poucos que evitam esse tratamento, pois todos, qualquer que seja sua fortuna, enviam assim suas crianças para casas alheias, enquanto recebem em seu próprio lar crianças estranhas.⁵³

Ao longo dos tempos, a falta de condições materiais para garantir o sustento da prole, sem dúvida, foi a razão que mais justificou a manutenção dessa prática até os dias atuais. O acolhimento dos expostos, de caridade à obrigação do Estado, sempre considerou as famílias substitutas como alternativa à institucionalização para sua criação, obviamente mais favorável ao abandono e ao infanticídio. Àqueles que as recebiam, as crianças representavam o acréscimo da mão de obra para os serviços domésticos ou rurais, ou mesmo, posteriormente, uma fonte extra de renda lhes outorgada em troca pelo Estado.

Ainda que sob o argumento da aprendizagem, crianças e jovens, de todas as classes sociais, eram sempre submetidos ao trabalho doméstico ou rural, e os historiadores não conseguiram avaliar se, especialmente durante a Idade Média, houve um comportamento padrão pelas famílias acolhedoras.

⁵³ ARIÈS, 1981, p. 225-226.

De um modo mais geral, a principal obrigação da criança assim confiada a um mestre era ‘servi-lo bem e devidamente’. Quando examinamos esses contratos sem nos despojarmos de nossos hábitos de pensamento contemporâneo, hesitamos em decidir se a criança era colocada em casa alheia como aprendiz (no sentido moderno da palavra), como pensionista, ou como criado.⁵⁴

Na história portuguesa, Maria Luiza Marcílio também registra a prática do filho de criação com essa finalidade:

Aos sete anos, as crianças retornavam à Casa da Roda. Se a ama não ficasse com o exposto depois do sétimo aniversário, ele esperaria na Casa da Roda alguém que o quisesse levar. A criança passava para a alçada do Juiz de Órfãos, que procurava colocá-la em casas de família ou a tornava assoldada. As casas de famílias das grandes cidades portuguesas abasteciam-se de mão de obra gratuita, ou quase, para os serviços domésticos, nas Rodas de Expostos. Daí advém a vulgarização do termo *criada*, para designar as expostas criadas em casas de famílias, prestando, em troca, serviços domésticos.⁵⁵

No Brasil, que nos deteremos especificamente, a prática informal de receber e criar um filho alheio nas famílias foi um costume amplamente difundido, aceito e valorizado. As famílias abastadas encaravam como dever intransferível o acolhimento do bebê encontrado na soleira da casa.

Oriundos de famílias empobrecidas, as crianças expostas criadas em casas de família tinham melhores condições de sobrevivência do que aquelas que lotavam as instituições com alto índice de mortalidade. Além disso, a criação em um lar, sob a proteção de uma família, podia significar maiores oportunidades de aprenderem um ofício ou habilidades domésticas e, na idade adulta, estabelecerem-se ou encontrarem casamento.

Maria Fávero Arend, que estudou a prática dos “filhos de criação”, em Santa Catarina, na década de 1930, corrobora essa constatação:

Mães e pais provenientes das camadas mais pobres da população costumavam transferir seus filhos para lares de parentes, vizinhos, conhecidos ou até mesmo de pessoas ‘estranhas’, residentes no país e no exterior. Essas migrações intrafamiliares aconteciam, com frequência, na informalidade. As crianças eram passadas adiante sem qualquer papel ou registro oficial que documentasse o fato. Tornavam-se ‘crias da casa’, ‘agregados’ ou ‘filhos de criação’, e não era

⁵⁴ ARIÈS, 1981, p. 226.

⁵⁵ MARCÍLIO, 2006, p. 112.

incomum receberem tratamento diferenciado em relação aos filhos legítimos do casal adotante.⁵⁶

Por outro lado, ainda que seduzidos pelo discurso da caridade cristã, os expostos ou “agregados” representavam um complemento ideal a mão de obra gratuita.

Criar um exposto poderia trazer vantagens econômicas; apenas com o ônus da criação, que em alguns casos, recebia ajuda da Câmara local ou da Roda dos Expostos - o ‘criador’ ou a ama de leite recebiam mão de obra suplementar, e gratuita, mais eficiente do que a do escravo, porque livre e ligada a laços de fidelidade, de afeição e de reconhecimento.⁵⁷

A prática de acolher os filhos dos pobres livres entre a população urbana, durante o século XIX e início do século XX, estava associada ainda à necessidade de suprir a falta de mão de obra doméstica, onde o número de escravos era pequeno, e como uma estratégia de controle social dos despossuídos.

Na sociedade escravocrata, ser ‘cria da casa’, ou seja, um escravo doméstico, era considerado quase como um privilégio, pois a pessoa não precisaria labutar nas atividades rurais, da pecuária e da lavoura e nas relativas ao beneficiamento dos produtos agropecuários e, no mundo urbano, como escravo ‘de ganho’.⁵⁸

Nas áreas rurais, essa mão de obra pobre livre, na juventude e na fase adulta, era utilizada em atividades como o troperismo ou nas monoculturas, que exigiam uma maior mobilidade ou, então, se instalava em áreas improdutivas dos “senhores”, onde trabalhavam para sua subsistência, cujos vínculos estava fundado nas relações de reciprocidade.

Apesar da parca documentação histórica sobre os filhos de criação, que impossibilita extraírem-se outros dados relevantes sobre a prática, Silvia Arend registra que, no âmbito formal, após o seu recolhimento pelos Comissários de Vigilância do Juiz de Menores, os guardiões tomavam ciência da colocação familiar por meio de artigos publicados em jornais, rádios ou pelos representantes do Poder Judiciário e dirigiam-se

⁵⁶ AREND, Silvia Maria Fávero. **Um lugar para as crianças**. Revista de História da Biblioteca Nacional. Ano 3, n. 30, mar. 2008, p. 52-53.

⁵⁷ MARCÍLIO, 2006, p. 137.

⁵⁸ AREND, Silvia Maria. **Filhos de Criação**: uma história dos menores abandonados no Brasil (década de 1930). Tese (Doutorado em História). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 367.

até o Fórum para declarar o seu interesse. Para exercer a função, a múngua de outros registros históricos que indique como se efetivava a escolha dos guardiões, exigia-se apenas a comprovada idoneidade e as condições materiais para prover as suas necessidades com alimentação, educação e vestuário.

Ainda no que tange à questão da idoneidade consideramos que ‘pesos e medidas diferentes’ eram aplicados para os progenitores pobres e para os guardiões que, em sua maioria, eram oriundos de camadas sociais privilegiadas. Enquanto que os primeiros, como afirmamos, quando desejavam reaver seus filhos, precisavam com frequência comprovar, através de documentos, suas condutas morais consideradas honestas, o guardião parecia necessitar apenas estar inserido em determinadas redes sociais.⁵⁹

Além disso, ainda havia o problema dos infantes afro-descendentes que, em função do preconceito racial, não atraíam possíveis guardiões, assim como os homens jovens, pois provavelmente era mais fácil para os progenitores encontrar pais de criação para as mulheres. Apesar de auxiliarem em atividades que demandavam maior força, quando chegavam à fase da adolescência, de maneira geral, os meninos exigiam atitudes mais enérgicas para conter a indisciplina e cuidados relativos à sexualidade, pois aqueles que tinham filhas púberes percebiam os varões como uma ameaça.

Durante grande parte do século XX, a mão de obra infanto-juvenil feminina pobre foi absorvida em larga escala nas atividades relativas à maternagem. Os guardiões que desejavam obter empregadas domésticas e babás, acolhiam meninas que possuíam no mínimo 9 anos, pois, diante da inexistência de creches e de “jardins de infância”, os cuidados com os neonatos eram de suma importância para a reprodução da população.

Já os que necessitavam de serviços domésticos e ambulantes acolhiam meninos com menos idade, ou seja, a partir dos 7 anos e os guardiões que desejavam obter menores que trabalhassem nas lides rurais, como “criados de servir”, ou ambulantes, preferiam os jovens. A idade do menor, nesse caso, estava condicionada à sua capacidade para desempenhar cada uma dessas atividades.

⁵⁹ AREND, 2005, p. 344.

Essas atividades comerciais, levadas a cabo em grande parte pela mão de obra infanto-juvenil, deviam garantir parte da subsistência de pais de criação e de guardiões, especialmente das mulheres pobres celibatárias.

De acordo com Silvia Arend, os abandonados também atraíam o interesse de mulheres mais idosas celibatárias ou que haviam enviuvado ou mulheres pobres, chamadas na época de “capitoas”. As crianças mais velhas e os jovens, além de realizarem os serviços domésticos, atuavam como uma espécie de dama ou laçao “de companhia” dessas senhoras⁶⁰.

Outro aspecto também relevante, observado na análise de Silvia Arend e de interesse ao presente estudo é a constatação de que uma nova relação conjugal em famílias empobrecidas determinava a entrega dos filhos do relacionamento anterior às autoridades judiciárias, independentemente do sexo⁶¹.

Assim como na Europa, o pagamento pelo Estado de remuneração às famílias que acolhiam menores enjeitados ou órfãos também foi implementado no Brasil. A soldada, ou seja, subvenção paga pelo Estado para os guardiões a fim de auxiliar na sua educação, consubstanciava-se em importante fonte de renda para as famílias mais empobrecidas, o que, nos Estados Unidos, onde predominava a experiência similar da *fosterage*⁶², foi severamente criticada por possibilitar a comercialização de infantes.

O interesse exclusivamente econômico das famílias ficou claramente evidenciado quando a soldada foi abolida pelo Estado, em meados de 1940, quando foram registrados inúmeras situações de devolução dos menores às autoridades judiciárias ou a sua transferência informal para outras famílias que os aceitassem.

Por outro lado, embora a expectativa de sobrevivência em famílias guardiãs fosse superior à das crianças deixadas em instituições, isso não significava que eram melhor tratados, ou como filhos legítimos. Ao contrário, a análise dos elementos

⁶⁰ AREND, 2005, p. 352.

⁶¹ AREND, 2005, p. 354.

⁶² De acordo com Cláudia Fonseca *fosterage* “é a palavra usada em inglês para designar a transferência temporária e parcial dos direitos e deveres paternos entre um adulto e outro. A noção faz contraste com a adoção legal que implica a transferência total e permanente destes direitos” (FONSECA, Cláudia. **Caminhos da Adoção**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 33).

históricos indica que os filhos de criação eram geralmente sujeitos a maus-tratos e violência.

Nesse sentido, Maria Luiza Marcílio registra que, no Rio de Janeiro, em 1830, a edição de uma Postura Municipal obrigando aqueles que tivessem a seu cargo a criação e educação de órfãos e expostos a tratá-los humanamente, proibindo o castigo corporal que lhe resultassem contusões, nódoas ou ferimentos, sob pena de multa e prisão, pressupondo a recorrência de situações alarmantes de violência doméstica contra os expostos.

Por outro lado, antes da instituição legal da adoção plena (1979), a situação dos filhos de criação no âmbito das famílias sempre foi muito ambígua. Ora eram aceitos como filhos da família, ora se confundiam com os serviços da casa onde eram criados. Em todo caso, raramente partilhavam com os filhos naturais a herança do patrimônio familiar.⁶³

Não se pode olvidar que os castigos físicos sempre foram uma prática aceita para a socialização dos infantes, só sendo considerados maus-tratos quando o menor sofresse alguma mutilação que o impedisse de trabalhar. Apenas com o Código de Menores de 1927 é que os maus-tratos foram considerados causa para a destituição do pátrio poder ou da guarda.

Por outro lado, a negligência dos guardiões, ou seja, a não responsabilização dos adultos em relação aos cuidados com as crianças, nos aspectos material e moral, também foi observada em alguns casos relatados por Silvia Arend, mas, até 1930, ainda não caracterizava crime. A vigilância e a advertência pela autoridade judiciária, caso não atendida, implicava apenas a transferência da criança para outro guardião, como punição, que também ocorria a pedido dos guardiões, em caso de inadaptação, insubordinação ou fuga.

[...] o principal argumento utilizado pelos guardiões, quando desejavam ‘devolver’ os menores, era o relativo à indisciplina, seja do ponto de vista do trabalho, seja do ponto de vista das relações que se estabeleciam no ‘universo’ da família. O não-cumprimento das expectativas, em qualquer desses âmbitos, levava, na maioria das vezes, à transferência do infante para outro lar. Esse processo, que implicava em refazer os vínculos do parentesco fictício,

⁶³ MARCÍLIO, 2006, p. 139.

possivelmente provocava algum tipo de insegurança nessas pessoas. Para algumas crianças e jovens, essa migração talvez fosse percebida como um castigo.⁶⁴

As ambiguidades da filiação substitutiva utilitária – assim denominada pela autora Silvia Arend, como a prática dos filhos de criação com fim de exploração de mão de obra infanto-juvenil foram evidenciadas ao longo dos tempos em relatos dos menores ao Juiz no sentido de que, embora acreditassem terem sido aceitos como “filhos”, já que assim eram denominados e dispensavam aos guardiões os tratamentos de “pai” e “mãe”, recebiam tratamento diferenciado da prole biológica e, ao contrário destes, executavam as tarefas que lhes eram incumbidas, muitas vezes, acima de suas forças, esperando alguma retribuição ou reconhecimento, que na maioria das vezes não ocorria.

Silvia Arend bem retrata essa situação narrando o caso de uma filha de criação:

Raquel, em sua missiva, enuncia o dilema relativo à identidade pessoal de muitos dos infantes que vivenciaram a experiência da filiação substitutiva utilitária nos anos de 1930 e de 1940: a jovem era considerada por seus guardiões como filha ou como criada de servir? Identidade é um conceito polissêmico que suscita grandes debates entre os teóricos das Ciências Humanas. Ao defrontar-se com esse conjunto de situações, veio à tona, para a jovem, o caráter complementar presente nessa relação de parentesco fictício: o utilitário. A filha de criação passou, então, a considerar que os seus responsáveis a percebiam como uma empregada doméstica e, quando pôde, evadiu-se da morada de seus guardiões.⁶⁵

Para Cláudia Fonseca, essa desigualdade de posições entre pessoas da mesma geração era um elemento geralmente aceito não sendo percebida, na maioria das vezes, pela prole dos pobres como uma injustiça⁶⁶.

Em muitas das situações analisadas observou-se ainda que os filhos de criação buscavam manter ou resgatar os vínculos com a família biológica, que não via o abandono como um ato reprovável ou como uma possibilidade de “perda” da prole em

⁶⁴ AREND, 2005, p. 367.

⁶⁵ AREND, 2005, p. 283.

⁶⁶ FONSECA, Cláudia. **Família, fofoca e honra**. Etnografia de relações de violência e gênero em grupos populares. Porto Alegre: UFRGS, 2000, p. 134-135.

relação aos guardiões, pois consideravam que os laços consanguíneos se sobreporiam aos demais construídos no cotidiano.

A compartimentação da filiação nos planos biológico, sócio-psíquico e jurídico, já observada em outras sociedades em que a responsabilidade pela educação dos infantes é distribuída entre a parentela ou entre os outros membros do grupo social, como destaca Silvia Arend, instituiu nessa nova configuração de família um *status* inferior para o filho não consanguíneo. “Esse contexto explica, em parte, os problemas enfrentados pelos menores ‘abandonados’ na morada dos guardiões, especialmente nas casas dos pais de criação oriundos das camadas médias que haviam adotado práticas e valores burgueses”⁶⁷.

Os registros históricos citados também permitiram inferir que poucos jovens criados por outras famílias se tornaram filhos legítimos dos guardiões, isto é, não foram adotados na forma da lei.

A filiação adotiva, nos anos de 1930, era regulamentada pelo Código Civil e não pelo Código de Menores, e preconizava que a adoção era revogável e aditiva, isto é, o vínculo com a família consanguínea do adotado não necessitava ser rompido. A herança dos adotantes pertenceria ao adotado apenas se aqueles não tivessem filhos legítimos, pois, nesse caso, herdaria a metade do que caberia à prole legítima. A adoção legal, até os anos de 1950, estava associada muito mais aos negócios de família do que à caridade, às relações de trabalho ou à construção de vínculos afetivos.

Ao longo da história brasileira, no último século, os programas de acolhimento familiar progressivamente começaram a ser extintos pelas autoridades judiciárias, e a institucionalização dos abandonados em abrigos tornou-se o principal programa social instituído para a “infância delinquente e desvalida”, já que os problemas enunciados anteriormente – maus tratos, exploração da mão de obra infante-juvenil, o fato de os infantes serem impedidos de frequentar a escola, etc. – contribuíram de forma significativa para que o programa social colocação familiar fosse paulatinamente desativado.

⁶⁷ AREND, 2005, p. 386.

Não há dúvida que a estada na casa dos guardiões garantiu a subsistência da maioria dos menores em situação de abandono, pois, como visto, o índice de mortalidade dos infantes foi bastante baixo. No entanto, como salientou Silvia Arend, a maioria das jovens transferidas para os abrigos não conseguiu escapar de sua “sina”, ou seja, de tornar-se empregada doméstica ou prostituta⁶⁸.

A prática de acolhimento de crianças e jovens pobres para obter empregados domésticos persistiu ainda por muito tempo, inclusive, atualmente, sob a feição de “circulação de crianças”.

1.4 Circulação de crianças

Mais recentemente, a transferência de crianças oriundas de camadas populares para terceiros ou famílias que não pertencem ao seu grupo de origem, cujos genitores, por pobreza ou outra razão, estão momentaneamente impossibilitados de atendê-los, tem sido identificada pelos antropólogos como “circulação de crianças”, que, em seu sentido mais amplo, inclui diversas situações, desde as crianças em situação de rua, institucionalizadas, formalmente adotadas e os filhos de criação, objeto do presente estudo.

À medida que o filho de criação se insere como integrante de várias famílias por onde circula, sem romper os vínculos com sua família biológica e sem pertencer efetivamente ao novo grupo, deixa de ser reconhecido pelo ordenamento jurídico, que não lhe confere qualquer proteção legal em caso de “devolução”.

No entanto, a possibilidade de dinâmicas familiares alternativas que, apesar de não se encaixarem nos modelos tradicionais de família, gozam de popularidade e até de legitimidade entre determinados setores da sociedade, não podem passar ao largo da discussão jurídica, sob pena de recusar a proteção integral aos seus titulares, ora crianças e adolescentes circulantes.

⁶⁸ AREND, 2005, p. 418.

Como constatado na descrição dos sentimentos de infância de Philippe Ariès, o distanciamento dos filhos em relação aos pais já era observado no século XII, evidenciando que o hábito de entregar as crianças às famílias estranhas era difundido. Podemos verificar, então, que a conservação das crianças em suas respectivas famílias biológicas, tinha uma duração curta, muitas vezes, até que pudessem atingir o desenvolvimento necessário para o desligamento e envio a outra família, a fim de que se tornassem aprendizes.

Apesar de todas as tentativas de conservação das crianças nas famílias de origem, a prática do abandono não foi superada pela sociedade que, tentando assumir o projeto de moralização e submetendo-se a um processo de reorganização da família, permitiu tornar público o que era privado. Assim, não só a família foi posta sob vigilância mas também o sexo e o prazer. Nesse novo cenário, onde se apresenta a relação de poder entre o Estado, a medicina e a família, o abandono foi oficializado como uma prática social.

Cláudia Fonseca registra, a propósito, que,

[...] as medidas coercitivas de enclausuramento dos séculos XVIII e XIX visavam a sanear a rua, retirando mendigos, órfãos e prostitutas do espaço público. Mas, na realidade, nada adiantou até o início do século XX. A família conjugal só veio a se consolidar no início deste século, com as táticas sedutoras de persuasão: salários dignos, escolarização universal de alta qualidade e uma melhoria geral das condições de vida da classe operária.⁶⁹

No Brasil, a criança abandonada teve destino similar, como visto, e a prática de colocar uma criança em outra família, a fim de que fosse cuidada, auxiliou no enfrentamento das necessidades ou carências atinentes às famílias de grupos populares.⁷⁰

Essas famílias das classes trabalhadoras, apesar de viverem no mundo globalizado, tendem a aproximar-se do modelo familiar burguês, porém tentam adequá-lo às suas reais condições de existência, o que significa que, “ainda que sofram a influência dos valores transmitidos pelas demais camadas da população, diferem significativamente

⁶⁹ FONSECA, 2006, p. 21.

⁷⁰ AREND, 2008, p. 53.

delas, pois necessitam desenvolver estratégias de sobrevivência compatíveis com suas condições de existência" ⁷¹.

Isso significa que as famílias dessa população, ao desenvolverem estratégias de sobrevivência, integram toda a rede familiar que deve participar na manutenção do grupo, no que diz respeito tanto ao sustento material quanto aos cuidados com os seus membros, especialmente as crianças, por meio de uma relação de solidariedade que visa garantir os mínimos existenciais ⁷² e a qualidade de vida de cada integrante.

Para Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas,

A solidariedade é uma forma de a classe popular garantir a sua existência ante um contexto que oprime o seu desenvolvimento. Essa solidariedade não se restringe ao grupo de parentes: muitas vezes é com a ajuda de um vizinho que toma conta das crianças que os pais conseguem sair para trabalhar e sustentar a família. ⁷³

A coletivização dos cuidados com as crianças nas famílias de baixa renda é um aspecto observado pelos antropólogos, que advertem sobre a necessidade de considerarmos a natureza aberta da unidade conjugal, porquanto “ter um filho” consolida o *status* adulto aos seus membros e vincula as suas atividades.

No entanto, como adverte Cláudia Fonseca,

[...] é preciso evitar o determinismo econômico que vê, em práticas como a circulação de crianças, nada além da ‘anomia’ da pobreza. Em nossa análise sobre circulação de crianças, a privação econômica obviamente é um fator-chave. Todavia, sem um exame cuidadoso dos fatores sociais e culturais através dos quais ela é mediada, a miséria nada pode explicar. Além do mais, a evidência histórica até aqui trazida à baila, indica que a circulação de crianças tem sido comum entre os pobres urbanos do Brasil pelo menos nos últimos dois séculos. Mesmo se certas práticas se iniciaram como estratégias de sobrevivência *ad hoc*, é inconcebível que depois de dez gerações não tenham adquirido um significado específico integrado a um modelo cultural. ⁷⁴

⁷¹ AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. *Et all.* Arranjos familiares de crianças de camadas populares. **Psicologia em estudo**. Maringá, v. 8, 2003, p. 13.

⁷² O mínimo existencial carece de conteúdo específico, podendo abranger qualquer direito, ainda que não seja fundamental, como o direito à saúde, à alimentação, etc, considerado em sua dimensão essencial e inalienável.

⁷³ AMAZONAS, 2003, p. 13.

⁷⁴ FONSECA, 2006, p. 17.

É importante considerar que a “circulação de crianças” se trata de uma prática com densidade histórica, a qual, segundo Cláudia Fonseca, está “em simbiose com as forças do Estado”⁷⁵. Essa prática social não pode ser, conforme a autora, idealizada. Contudo, não se pode olvidar que ela “propiciou não somente a sobrevivência, mas o acompanhamento carinhoso de gerações de jovens brasileiros”. Embora essa prática não seja explicitada como uma experiência com consequências ou percepções traumáticas para os adultos que as vivenciaram, “como qualquer outra dinâmica familiar, tem sido associada também a situações conflituosas, de abandono ou de violência”.

Observando a prática da circulação de crianças como uma estrutura básica da organização de parentesco em grupos brasileiros de baixa renda, nossas atenções se deslocam de um ‘problema social’ para um *processo* social, e nosso enfoque analítico muda de ‘o colapso dos valores tradicionais’ para formas alternativas de organização vinculadas a uma cultura popular urbana.⁷⁶

A desigualdade no tratamento dispensado entre as crianças que circulam e os filhos “legítimos” das famílias, exceto em situações que envolvem avós, é um elemento sempre presente nas observações da antropóloga.

Quando a criança já é ‘meio grandinha’ (sete ou oito anos), ao chegar na família de criação, sua posição subalterna é um ponto pacífico. Nos casos que eu observei, estas crianças não eram matriculadas nas escolas da vizinhança com a mesma presteza que as crianças ‘legítimas’ da família; elas não ganhavam roupas e presentes nas mesmas proporções; e esperava-se que fizessem uma desproporcional quantidade de trabalhos domésticos. Apesar de serem tratadas assim, estas crianças não demonstravam grande ressentimento e deixavam claro que estavam naquelas residências voluntariamente.⁷⁷

Cyntia Sarti caracteriza a “circulação de crianças” pela da extensão da responsabilidade sobre as crianças, a qual é atribuída a “toda uma rede de sociabilidade em que a família está envolvida”. Para a autora, como uma prática popular, ela “se inscreve dentro da lógica de obrigações morais que caracteriza a rede de parentesco entre os pobres”⁷⁸.

⁷⁵ FONSECA, 2006, p. 15.

⁷⁶ FONSECA, 2006, p. 15.

⁷⁷ FONSECA, 2002, p. 34.

⁷⁸ SARTI, Cyntia Andersen. **A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 78.

Essa circulação, conforme as autoras, provoca a criação de novos vínculos entre os novos cuidadores e as crianças, vínculos estes percebidos por tais sujeitos como a criação de novos arranjos familiares, com a utilização de expressões como “mãe de criação”, para referir à mãe que criou a criança que circulou nessa rede. Com esses novos arranjos formados, as crianças passam a ter várias mães, evento denominado por Cláudia Fonseca denomina como “multiplicação de mães”.

De acordo com a autora,

o deslocamento da criança é motivado por uma situação de crise - divórcio de pais ou falecimento de um tutor - mas não faltam exemplos em que esta circulação parece plenamente voluntária. As meninas vão trabalhar ‘numa casa de família’ ou ‘fazer companhia’ a uma senhora de idade, os meninos partem em busca da fortuna. Um aterrissa na casa de uma madrinha, outro na da avó. Ainda outros acabam na casa de pessoas não aparentadas e, nesse caso, não é rara a imaginação correrem soltas sobre Fulano, recebido como filho numa ‘família de ricos’, ou Beltrano ‘feito escravo’ por tutores gananciosos. Entretanto, na maioria de casos, meus interlocutores falavam sem grande comentário sobre suas idas e vindas entre um lar e outro, como se fosse algo banal. Assim, terminei por compreender que, apesar do ditado ‘Mãe é uma só’, de fato, muitas pessoas chamam mais de uma mulher por este título.⁷⁹

As crianças “circulam” em redes de solidariedade – as quais podem ser tanto familiares quanto afetivas (vizinhos, amigos...) –, nas quais permanecem por tempo variável e constroem novos vínculos com pessoas que se colocam como seus cuidadores. Existe, nesse fenômeno, uma mobilização de uma rede de adultos que se estende para além do próprio grupo de parentesco. Essa mobilização não estigmatiza as mães como “cruéis ou desnaturadas por colocarem sua prole em lares adotivos” nem motiva os estabelecimentos de vínculos utilitários patrão-cliente, já que “muitos, senão a maioria dos adultos da vila, terem passado parte de sua infância longe de seus pais pode contribuir para a aceitação geral da circulação de crianças”⁸⁰.

Se, por um lado, às vezes se formam redes em função da sobrevivência da criança, por outro lado, as crianças podem ser usadas como elemento de troca, para consolidar redes já existentes, pois,

⁷⁹ FONSECA, 2002, p. 54.

⁸⁰ FONSECA, 2006, p. 80

[...] a circulação de crianças compensa várias tendências que poderiam, de outra forma, enfraquecer a solidariedade do grupo familiar como um todo. Ao cuidar de um neto, por exemplo, uma mulher justifica sua demanda de apoio material e de afeto aos seus próprios filhos. Além de unir pessoas de gerações sucessivas, a circulação de crianças pode também se contrapor à tendência masculina de se afastar do grupo familiar. Como os homens têm a reputação de ser menos ativos no intercâmbio diário com parentes, mais passíveis de romper com o grupo de parentesco, não seria este tipo de adoção uma tática para reatar parentes agnatos ao grupo?⁸¹

É preciso considerar, todavia, que a circulação de crianças diferencia-se da adoção, embora ambas possam ser entendidas como a transferência da responsabilidade e dos cuidados de uma criança de um adulto para outro. Enquanto, na primeira, a transferência é parcial e temporária; na adoção, é total e duradoura, consistindo na substituição completa da família biológica pela adotiva.

Ao que tudo indica, a prática da circulação de crianças antecede em muito a regulamentação da adoção, que estaria ligada à idéia de família moderna. “Encarar a mãe legítima e a mãe adotiva como mutuamente excludentes talvez decorra de uma certa orientação freudiana que almeja o bom desenvolvimento psicológico da criança”⁸².

Enquanto na prática do filho de criação, o *status* inferior conferido aos ‘criados’ não excluía o vínculo com os genitores, na circulação de crianças, o papel dos pais biológicos e daqueles que o criaram é confuso. “A mulher que dá a luz à criança não é a mesma que a cria; mas ambas as mulheres podem reivindicar a identidade social de ‘mãe’, especialmente durante a vida adulta da criança, quando desta se espera o sustento dos ‘pais’”⁸³.

Os provérbios “mãe é uma só” e “mãe é quem criou” bem retratam essa dicotomia entre os vínculos de sangue e aquele estabelecido entre quem assumiu as funções maternas. As pesquisas de Cláudia Fonseca evidenciaram que a maioria das crianças parece não guardar mágoas por ter sido “colocada” e, mesmo quando isso acontece, o ressentimento não serve de empecilho à lealdade aos genitores.

⁸¹ FONSECA, 2006, p. 33.

⁸² FONSECA, 2006, p. 131.

⁸³ FONSECA, 2006, p. 35.

Por outro lado, a mãe biológica quase nunca considera ter “abandonado” os filhos, mas considera que sacrificou prerrogativas maternas em benefício dos pais adotivos, a quem agraciou com a presença de uma criança, assegurando, ao mesmo tempo um contexto familiar decente para sua prole. “Esta idéia de sacrifício materno é subjacente aos esforços que ocasionalmente se vê uma mãe biológica fazer para extrair ajuda material do tutor de sua criança; a idéia implícita é: ‘eu te emprestei meu filho, agora o que tu vais me emprestar?’”⁸⁴.

Na circulação de crianças, observa-se ainda que as mães, em geral, preferem colocar seus filhos na casa de um consanguíneo, pois, sendo ambas da mesma rede de parentesco, enquanto a mãe biológica pode ver, no prestígio e no prazer de tomar conta da criança, uma recompensa, a mãe adotiva pode esperar, eventualmente, mesmo que de forma indireta, pagamento pelo tempo e pelo dinheiro investidos.

Ao encontrar sua própria rede de parentesco já saturada de crianças, ela será forçada a buscar outro lar adotivo – entre vizinhos, conhecidos ou parentes paternos da criança. Com mãe adotiva que não seja parente é mais provável o surgimento de conflito à medida que essa tende a considerar suas próprias reivindicações e as da mãe “verdadeira” mutuamente exclusivas⁸⁵.

Em contrapartida, a autora observou que, em relação às famílias adotivas, as crianças recebidas adquirem um valor material e simbólico, à medida que os novos pais, ao mesmo tempo que passam a gozar de prestígio nas redes sociais, também experimentam o prazer derivado do convívio com uma criança, dando sentido à sua existência e em rotinas de troca com a vizinhança.

Elas marcam graciosa presença no dia-a-dia, fornecendo diversão e um senso de importância para os adultos que delas cuidam. Criar um filho, para muitos, não é de modo algum incômodo. A maioria das mulheres que abrigam crianças, ou já passaram da idade de trabalhar, ou estão proibidas de fazê-lo pelos maridos. Cuidar dos desejos e necessidades materiais de uma criança preenche o dia e fornece pretexto para uma interação social regular com os vizinhos. Mas o mais

⁸⁴ FONSECA, 2006, p. 36.

⁸⁵ FONSECA, 2006, p. 37.

importante é que a criança, não sendo concebida como emocionalmente frágil, não é motivo de grandes preocupações.⁸⁶

Todo esse trânsito de crianças entre lares de parentes ou “adotivos”, pelas razões expostas, passa ao largo do ordenamento jurídico, pois dificilmente a transferência da criança é regulamentada por guarda ou adoção. Geralmente, apenas quando a criança graciosa passa a ser o pré-adolescente problemático, é que os guardiões vêm, na possibilidade de devolvê-los à família biológica, ou em caso de recusa à autoridade judiciária, a alternativa de livrarem-se do problema, sob argumentos diversos, mas normalmente fundados no não reconhecimento pelo filho de criação dos seus esforços espendidos.

A possibilidade de formalização da entrega mediante adoção “legal” é normalmente descartada pelas genitoras, já que, salvo exceções, nutrem o desejo de poder reaver o filho tão logo tenha condições para tanto, o que geralmente não ocorre. Além disso, a prevalência da filiação sanguínea em detrimento da afetiva, na cultura brasileira, corrobora a expectativa de obterem algum retorno em relação ao seu sustento, na velhice.

Da observação sobre a dinâmica das famílias e da repercussão emocional em relação às crianças e aos adolescentes circulantes, é que brota o interesse pela análise da necessidade de regulamentação pelo ordenamento jurídico visando à proteção do filho de criação, especialmente diante dos direitos constitucionalmente assegurados a essa população e do reconhecimento do afeto, que subjaz essas relações e os vínculos outrora estabelecidos, como suficiente para constituir a nova filiação sociológica pelo instituto da adoção.

Para isso, importa-nos verificar a evolução da concepção de família e suas configurações até a era moderna, situando no seu âmbito as relações afetivas estabelecidas entre seus membros, bem como a possibilidade e os pressupostos necessários ao estabelecimento do parentesco, da filiação e da adoção a partir do seu reconhecimento.

⁸⁶ FONSECA, 2006, p. 41.

CAPÍTULO II

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO AFETO NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

2.1 Do patriarcado à família eudemônica: a constitucionalização da família

A compreensão das dimensões que o termo “família” assume na perspectiva do Direito é indispensável para que possamos identificar se, no âmbito da proteção legal lhe conferida, o “filho de criação” ou a criança circulante também são reconhecidos como seus integrantes e especialmente quais as responsabilidades, os direitos e os deveres daquele que, por ato formal ou informalmente, com ou sem vínculo de parentesco, recebe uma criança ou um adolescente em seu grupo familiar, assumindo os seus cuidados.

A concepção, os significados e as funções da família que trataremos, sem dúvida, sofreram inúmeras modificações ao longo do tempo e de acordo com o contexto social em que estavam inseridas, implicando repercussões no âmbito normativo, à medida que a preocupação com a sua regulamentação sempre esteve presente, pois, desde os seus primórdios, o Direito já se preocupava em delimitar e regulamentar o seu funcionamento.

Assim, contrariamente aos autores⁸⁷ que sustentam uma concepção naturalista, entendendo a família como algo que nasce espontaneamente por virtude mesma da natureza, tem sido cada vez mais profícuos os debates sobre o seu reconhecimento como produto cultural, na medida em que tem como funções a socialização do indivíduo e a reprodução dos padrões culturais de determinada época.

A par das inúmeros estudos que pretendem estabelecer uma concepção universalizada do “ser família”, entendemos que não se pode olvidar que as leituras e interpretações sobre determinado grupo social sempre dependerá das finalidades pretendidas - seja normatizar as condutas ou avaliar o impacto das relações forjadas no seu interior na formação do indivíduo, dentre outras –, partindo-se da premissa que o intérprete não se desfaz de seus próprios valores, a partir de suas experiências pessoais.

Desse modo, a história da família vem sendo objeto de estudo de inúmeros campos da ciência, que tentam descrevê-la ou definir seu papel social. Mark Poster bem destaca essa evolução, salientando que as pessoas estão intensamente interessadas em descobrir como a família se comporta hoje em dia, como evoluiu no passado e que formas poderá adotar no futuro. Para o autor,

A família hoje está sendo atacada e defendida com igual veemência. É responsabilizada por oprimir as mulheres, maltratar as crianças, disseminar a neurose e impedir a comunidade. É louvada por sustentar a moralidade, ser um freio à criminalidade, manter a ordem e perpetuar a civilização. Casamentos estão sendo mais desfeitos do que em qualquer outra época. A família é o lugar donde se procura desesperadamente fugir e o lugar onde nostalgicamente se procura refúgio. Para alguns, a família é enfadonha, sufocante e intrometida; para outros, é amorosa, solidária e confidente. E assim transcorrem as coisas no que tange à família, ora progredindo, ora retrocedendo, sem sinais de acordo no horizonte.⁸⁸

A obra de Philippe Ariès abordada no Capítulo 1 representou um novo referencial para a análise das transformações operadas na família e na idéia de infância do antigo regime para a era moderna. “A família deixou de ser apenas uma instituição do

⁸⁷ Nesse sentido, no Brasil, filiam-se a esse entendimento Orlando Gomes, Eduardo de Oliveira Leite, Álvaro Villaça de Azevedo e Roberto de Ruggiero.

⁸⁸ POSTER, Mark. **Teoria crítica da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 10.

direito privado para a transmissão dos bens e do nome, e assumiu uma função moral e espiritual, passando a formar corpos e almas”⁸⁹.

O autor considera ainda que a família moderna está associada à invenção de sentimentos novos, o da infância e da vida privada, e, em vez de se interessar pela transmissão de um patrimônio ou de um nome; vira-se para a célula conjugal, que será o local de cuidados e socialização da criança, como futuro cidadão⁹⁰.

Referenciando o tratamento que a psicologia tem dado ao tema, Heloisa Szymanski assinala que,

Desde Freud, família e, em especial, a relação mãe-filho, tem aparecido como referencial explicativo para o desenvolvimento emocional da criança. A descoberta de que os anos iniciais da vida são cruciais para o desenvolvimento emocional posterior focalizou a família como *locus* potencialmente produtor de pessoas saudáveis, emocionalmente estáveis, felizes e equilibradas, ou como núcleo gerador de inseguranças, desequilíbrios e toda sorte de desvios de comportamento. Esta imagem corresponde ao modelo da família nuclear burguesa.⁹¹

Anthony Giddens aponta que, nas ciências sociais, havia uma perspectiva funcionalista de observar a família, observando que,

A perspectiva funcionalista vê a sociedade como um conjunto de instituições sociais que desempenha funções específicas para assegurar a continuidade e consenso. Conforme essa perspectiva, a família desempenha importantes tarefas que contribuem para as necessidades básicas da sociedade e auxiliam a perpetuar a ordem social.⁹²

Acrescenta o autor ainda que,

[...] as duas principais funções da família são a socialização primária e a estabilização da personalidade. A socialização primária é o processo pelo qual as crianças aprendem as normas culturais da sociedade em que nasceram. A estabilização da personalidade refere-se ao papel desempenhado pela família ao assistir emocionalmente seus membros adultos.⁹³

⁸⁹ ARIÈS, 1981, p. 277.

⁹⁰ ARIÈS, 1981.

⁹¹ SZYMANSKI, Heloisa. Teoria e “teorias” de famílias. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brandt de. (Org.). **A família contemporânea em debate**. São Paulo: EDUC/Cortez, 2002, p. 53.

⁹² GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 152.

⁹³ GIDDENS, 2005, p. 152.

No entanto, o que o desenvolvimento dos estudos históricos sobre a família não deixou de demonstrar foi o fato de ser uma instituição em contínua mutação, pois cada época conhece suas formas familiares; sociedade e família são o produto de forças sociais, econômicas e culturais comuns, sem que uma seja o resultado da outra.⁹⁴

Na sociedade ocidental do início do século passado, a família era fundada exclusivamente no casamento e; a mulher e filhos ocupavam uma posição de inferioridade, uma vez que deviam respeito e obediência ao marido e chefe da sociedade conjugal. O casamento tinha o condão de moralizar as relações sexuais entre o homem e a mulher, uma vez que a filiação legítima somente dele decorreria.

Elisabeth Zambrano sustenta ainda que, no ocidente, o modelo familiar mais comum corresponde ao da família nuclear, que parece se impor como uma verdade incontestável, justamente por estar socialmente de acordo com o fato biológico. “Daí ser tão fácil pensarmos que ela tem suas raízes no início dos tempos, considerá-la como sendo a unidade fundadora da sociedade, a célula germinativa da civilização e o suporte para evolução da sociedade”⁹⁵.

Martine Segalen assinala que, na década de 70, já se costumava falar em “enfraquecimento das famílias”, “famílias em crise” e “famílias desfeitas”⁹⁶. Essas denominações eram estabelecidas a partir dos contrastes com um modelo de família ideologicamente concebida como outrora portadora de “sólidas estruturas”.

Para a autora citada, o modelo da família ocidental, nas décadas de 1960 e 1970, era de um casamento monogâmico, apoiado no casal estável, articulado em torno de papéis sexuais repartidos rigorosamente entre os cônjuges. A família era vista como uma instituição com um formato definido produzido pela industrialização e sua universalização acabaria por ocorrer entre outras civilizações do mundo, à medida que essas fossem se modernizando. No entanto, o prolongamento da esperança de vida leva ao

⁹⁴ SEGALEN, Martine. **Sociologia da Família**. Lisboa: Terramar, 1996, p. 10.

⁹⁵ ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades Impensáveis: Pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. **Horizontes Antropológicos**. Porto Alegre, ano 12, jul./dez. 2006, p. 125.

⁹⁶ SEGALEN, 1996, p. 9.

fato de que várias gerações estejam fisicamente presentes, possibilitando, assim, o regresso à dimensão de longo prazo da família extensa ou parentela, que havia sido um tanto esquecida em benefício do estudo da célula conjugal e das suas convulsões, redescobrimo-se a intensa circulação afetiva, material e simbólica no seio da família.

François De Singly, por sua vez, analisando os movimentos sociais que categoriza como de primeira e segunda modernidades, reforça a tese da desinstitucionalização familiar, a partir da autonomia do indivíduo na família e em relação à parentela, reafirmando o seu lugar na construção da identidade individualizada⁹⁷.

Para o autor,

A família contemporânea oscila entre o fato de experimentar juntos a liberdade e a coexistência pacífica de indivíduos que se respeitam, sem contudo apreciar a dimensão comum. Entretanto, o que diferencia essa família mais aberta das famílias anteriores é o que a faz ser ‘moderna’, é o primado do indivíduo enquanto tal, de modo que nenhum elo – nem de parentesco, nem de sangue, nem de filiação – possa prioritariamente defini-lo.⁹⁸

No âmbito da família brasileira, observa-se que o modelo patriarcal foi importado durante a colonização e adaptado ao latifúndio e à escravidão. Da colônia até o Código Civil de 1916, no âmbito do Direito de Família, esta caracterizou-se pelo predomínio do patriarcado e da proteção às relações patrimoniais oriundas da relação conjugal matrimonializada, fundada na ideologia cristã, não havendo meios de proteção ou tutela jurídica para outros arranjos familiares.

Daí a importância do casamento como sinal de permanência e perenidade, garantia de respeitabilidade, segurança e ascensão. A sociedade colonial valorizou o matrimônio, quer na solenização religiosa, quer no convívio da sociabilidade, como uma condição honrada e venerada.⁹⁹

Sob essa perspectiva, a família nessa época assentava-se sobre as seguintes dimensões: “matrimonializada (fundamentalmente voltada para o casamento, sob o

⁹⁷ SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

⁹⁸ SINGLY, 2007, p. 182.

⁹⁹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, apresentação.

influxo canônico), hierarquizada (jungida ao *paterfamilias* colonial) e patriarcal. Nela cabia o modelo dominante das relações familiares, apto a dar azo à estrutura social, marcada por profunda discriminação”¹⁰⁰.

Com o avanço da ciência, o reconhecimento da criança e a valorização dos cuidados maternos, a autoridade paterna começou a ser questionada. As mudanças significativas atribuídas ao papel e ao lugar da mulher, da criança e adolescente na família, fruto dos esforços dos movimentos sociais, atores e profissionais de diversas áreas, como juristas, médicos, pedagogos e assistentes sociais, determinou uma série de modificações na legislação brasileira, com a introdução de novos Diplomas Legais que provocaram profundas mudanças nas concepções de família e na proteção de seus membros, tais como o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962); Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26 de setembro de 1977), culminando com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as legislações subsequentes, como o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), que representaram verdadeiro marco jurídico-político na transição democrática e instituição de direitos humanos no Brasil.

Embora se observassem mudanças no lugar da mulher, elas “não abalaram o modelo patriarcal e monogâmico, em que pesem as práticas sociais que se afastam na sua concretude, com frequência, do ‘tipo ideal’ de família, segundo a ideologia jurídica”¹⁰¹.

Sylvia Lesser Mello aponta que as transformações da família nas últimas décadas são demonstradas em três níveis: “eliminação de seu papel como unidade produtiva; fragilização da estrutura do poder patriarcal, em face da crescente individuação e autonomia de mulheres e jovens; e separação entre sexualidade, conjugalidade e procriação”. Tais níveis estão relacionados, para a autora, a cinco tendências globais:

¹⁰⁰ FACHIN, 2001, p. 34.

¹⁰¹ BARSTED, Leila Linhares. Permanência ou mudança? O discurso legal sobre a família. In: ALMEIDA, Ângela Mendes *et al.* **Pensando a família no Brasil**: da Colônia à Modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/UFRRJ, 1987, p. 103-113.

1) elevação da idade média das mulheres em seu primeiro casamento e no primeiro parto, o que tem retardado a formação de novas famílias; 2) diminuição do tamanho das famílias e dos lares; 3) aumento das responsabilidades financeiras dos pais, que passam a ter dependentes mais jovens e também mais velhos; 4) elevação do número de lares chefiados por mulheres; e 5) maior participação das mulheres no mercado de trabalho formal e modificação na balança de responsabilidade econômica nas famílias.¹⁰²

Destarte, enquanto na família tradicional atribuía-se ao pai a função de provedor do sustento do grupo familiar e à mãe as funções correspondentes aos cuidados e afetos dedicados às crianças, na contemporaneidade as modificações socioeconômicas e culturais alteraram esses vínculos familiares. “Os membros da família foram instados a assumir novos papéis e posições e levados a conviver com novos arranjos familiares. Os papéis destinados a cada sexo, antes fortemente delimitados, hoje se encontram mais flexibilizados”¹⁰³.

Como define Cláudia Fonseca há diversos estudos atualmente, que evidenciam diferenciações ocorridas – histórica e socialmente – em relação à família brasileira, tais como a circulação de crianças em grupos populares, as famílias recompostas, a parentalidade e conjugalidade homoafetiva¹⁰⁴.

Dessa maneira, observa-se que as famílias podem ser construídas e reconstruídas, através da constituição de novos vínculos, fenômeno observado por Maria do Carmo Crespo Brauner como formação de “famílias reconstituídas, reconstruídas, sequenciais ou heterogêneas”, nas quais se entende que “o núcleo familiar formado por pessoas que saíram (através do divórcio, separação ou dissolução de uma união estável) de uma primeira união, da qual tiveram filhos, ou os adotaram, e ingressam em uma nova relação, unindo-se ou casando-se novamente (rematrimônio)”¹⁰⁵.

¹⁰² MELLO, Sylvia Leser de Mello. Família: perspectiva teórica e observação factual. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brandt de. (Org.). **A família contemporânea em debate**. São Paulo: EDUC/Cortez, 2002, p. 53.

¹⁰³ AMAZONAS, 2003, p. 11-20.

¹⁰⁴ FONSECA, Cláudia. Mãe é uma só? Reflexões em torno de alguns casos brasileiros. **Psicologia USP**, v. 13, n. 2, 2002, p. 49-68.

¹⁰⁵ BRAUNER, Maria do Carmo Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hannsen. **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 274.

Adriana Wagner refere que a construção de vínculos familiares pode-se realizar, assim, através da “entrada de novos membros, no caso, o padrasto, a madrasta, os filhos do padrasto e/ou madrasta, entre outros” e esse fato se configura em “um fator muito importante que caracteriza a complexidade inerente dos núcleos familiares recasados”¹⁰⁶. É possível visualizar, de acordo com a autora, a constituição de vínculos familiares diversos nas famílias através da inclusão de novos membros.

Todavia, como assinala Maria do Carmo Brandt de Carvalho, as expectativas em relação à família estão, no imaginário coletivo, ainda impregnadas de idealizações, das quais a família nuclear é um dos símbolos. A maior expectativa é de que ela produza cuidados, proteção, aprendizado dos afetos, construção de identidades e vínculos relacionais de pertencimento, capazes de promover melhor qualidade de vida da seus membros e efetiva inclusão social na comunidade e na sociedade em que vivem. No entanto, na visão da autora, estas expectativas são possibilidades, e não garantias. “A família vive num dado contexto que pode ser fortalecedor ou esfacelador de suas possibilidades e potencialidades”¹⁰⁷.

Daí desume-se a impossibilidade de delinear-se um conceito único ou universal, abstrato e atemporal de família, senão pelos caracteres próprios de uma estrutura familiar concreta, em um determinado tempo e espaço social.

Evidencia-se, assim, que família não é uma expressão de fácil, ou possível, conceituação, mas de descrição das estruturas e modalidades assumidas ao longo dos tempos. É por isto que, de um modo geral, a lei não define a família, nem é possível dar-lhe um conceito geral porque o grupo familiar tem distinta amplitude nos diversos aspectos em que é considerado: nas sucessões, nos alimentos, na seguridade social, em preceitos do Código Penal. Nestas circunstâncias, um conceito legal é desnecessário.¹⁰⁸

¹⁰⁶ WAGNER, Adriana. Possibilidades e potencialidades da família: a construção de novos arranjos a partir do recasamento. In: **Família em cena: tramas, dramas e transformações**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 25.

¹⁰⁷ CARVALHO, Maria do Carmo Brandt de. (Org.). O lugar da família na política social. **A família contemporânea em debate**. São Paulo: EDUC/Cortez, 2002, p. 15.

¹⁰⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**. Novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

Rompendo com os paradigmas culturais predominantes, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 legitimou assim a existência de vários modelos de família(s), reconhecendo a comunidade formada entre qualquer dos ascendentes com os descendentes, assim como a união estável e o casamento, como entidades familiares, prevendo:

Art. 226.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Nesse sentido, de acordo com Viviane Girardi, desume-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou o sistema aberto, pois, ainda que tenha abarcado novas formas de família, não o fez de forma a incluir todas as uniões afetivas possíveis e já existentes na realidade nacional¹⁰⁹.

Especificamente, no Capítulo destinado à família, salienta a autora que a Carta Constitucional deixou de considerar expressamente as uniões formadas por pares homossexuais, como também não declarou uma tutela típica para outros arranjos familiares, tais como os constituídos por avós e netos, irmãos entre si, tios e sobrinhos, demonstrando que persistem situações não envolvidas pelo direito positivado, deixando para a jurisprudência e legislação infraconstitucional a incumbência de construí-lo pela concretização dos princípios constitucionais e da aplicação dos direitos fundamentais.

Paulo Luiz Netto Lôbo acrescenta que

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão.

¹⁰⁹ GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

Violam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana as interpretações que (a) excluem as demais entidades familiares da tutela constitucional ou (b) asseguram tutela dos efeitos jurídicos no âmbito do direito das obrigações, como se os integrantes dessas entidades fossem sócios de sociedade de fato mercantil ou civil.¹¹⁰

Nessa nova concepção, a família começa a envidar esforços para satisfazer suas necessidades especiais, transformando-se em uma instituição cujo anseio é a integridade e o desenvolvimento pessoal de cada um dos seus membros.

Nada obstante, a idéia contemporânea de família assenta-se na existência de um vínculo afetivo e duradouro que desenha um projeto biográfico conjunto, e gera um âmbito de proteção e promoção por parte do Estado, e de uma relação de parentesco, sem as quais dificilmente pode atribuir-se aos membros de qualquer grupo social a condição de familiares.¹¹¹

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana funda e orienta a nova família, implicando profundas modificações nas relações interpessoais, abandonando a formação desigual e discriminatória, inspirada em objetivos patrimoniais, políticos e religiosos, para contemplar a sua finalidade precípua de realização dos seus membros, especialmente os filhos.

Os princípios constitucionais, calcados na valorização da pessoa humana, trazem uma nova ordem de valores insculpidos na Constituição e visam à realização integral da pessoa. Essa realização significa a plena dignidade da pessoa humana e, como princípio central, o Direito de Família encontra-o como pedra basilar: amor, afeto e solidariedade conformam e amoldam a família constitucional.¹¹²

Com o advento da norma constitucional, o novo Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, no que pertine ao Direito de Família, reconheceu a pluralidade da família e o primado da igualdade entre os cônjuges e filhos.

Essa incidência das normas constitucionais sobre as matérias infraconstitucionais a doutrina denominou como “constitucionalização do direito civil”,

¹¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 4 mai. 2008.

¹¹¹ GRISARD FILHO, 2007, p. 30.

¹¹² FACHIN, 2001, p. 81.

com grande repercussão no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no âmbito da regulamentação da família, à medida que os princípios fundamentais inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impuseram a necessária reformulação de toda normativa infraconstitucional, sobretudo a incidência do princípio da igualdade e da própria norma de isonomia familiar, tanto na filiação quanto na conjugalidade, assim como a proteção de outras formas de organização familiar, que não somente o casamento (arts. 227, §§ 5º e 6º).

A constitucionalização do direito privado, em especial, no tocante à família, presta-se igualmente, como um mecanismo, um meio a possibilitar a penetração e o ingresso das normas constantes dos diplomas internacionais na órbita interna dos países signatários, refletindo um movimento universal de preocupação com a família e com as pessoas do núcleo familiar.¹¹³

Esse novo arcabouço, no qual se insere a família – democrática e plural, de acordo com os novos contornos constitucionais -, passa a ser compreendido como o espaço privilegiado do afeto e do amor, não mais fundado exclusivamente no pressuposto do casamento.

Na lição de Leila Donizetti,

Sem dúvida alguma, a família idealizada constitucionalmente é multifacetária e aberta e, por essa razão, acolhe todo e qualquer modelo de família forjado pelos indivíduos no cotidiano. Inserem-se aqui as famílias monoparentais, as famílias formadas por netos e avós, por tios e sobrinhos, irmãos e também fundadas em relacionamentos homoafetivos. A família, nesse milênio, é o instrumento canalizador de todos os afetos; o ambiente ideal para a realização espiritual e física do ser humano, e não mais uma instituição voltada apenas para a procriação e para a defesa de aspectos patrimoniais.¹¹⁴

De acordo com Josiane Rose Petry Veronese e João Felipe Correa Petry, “hoje, cada vez mais se prioriza a concepção da família como espaço de vínculos afetivos,

¹¹³ GIRARDI, 2005, p. 39.

¹¹⁴ DONIZETTI, Leila. **Filiação e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 13.

de espaço para a formação de valores, com ênfase à liberdade, ao respeito, à dignidade de cada elemento que a compõe”¹¹⁵.

Por isso, destacam os autores que o Código Civil de 2002, atento a essa mutação social e já sob uma nova ótica do Direito de Família, referendado na Constituição da República, passa a assumir princípios de ordem pública, consagrando a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse da Criança como norteadores das situações que dele decorrem, especialmente ao tratar do instituto da adoção, elevando o direito à convivência familiar e comunitária ao grau de direito fundamental¹¹⁶.

A propósito, Heloísa Helena Barbosa salienta que

O segundo princípio estrutural da nova filiação consiste na adoção, pela Constituição Federal da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (CF/88, art. 227), os quais passaram a ter reconhecidos e garantidos direitos próprios a sua condição de pessoas em desenvolvimento. Em consequência, as relações envolvendo essas *pessoas em desenvolvimento*, em especial as travadas entre pais e filhos, devem necessariamente respeitar tais direitos.¹¹⁷

Dessa forma, causas e fatores conhecidos concorrem para a profunda modificação nos costumes da vida familiar, mas vê-se que, para além da família tradicional, outros arranjos familiares são compostos na contemporaneidade e esses cumprem a função que a sociedade destina à família – transmissão da cultura e formação dos sujeitos¹¹⁸.

A família tornou-se, assim, instrumento para o desenvolvimento, com dignidade, da personalidade de seus membros, especialmente para a educação dos filhos – crianças e adolescentes -, titulares da proteção integral outorgada constitucionalmente. No

¹¹⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. PETRY, João Felipe Corrêa. **Adoção Internacional e Mercosul: aspectos jurídicos e sociais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 111-112.

¹¹⁶ VERONESE e PETRY, 2004, p. 112-113.

¹¹⁷ BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. *In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord). O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 120.

¹¹⁸ ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

Direito de Família, Maria Celina Bodin de Moraes defende que “o interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado com esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social”¹¹⁹.

Todavia, Heloísa Szymanski afirma que o discurso oficial e científico ainda reforça a apresentação da “família pensada” como a família nuclear. Quando a “família vivida” se afasta desse padrão, surgem denominações como “família desestruturada”, apontando-a como incompetente, desqualificando seus membros adultos e responsabilizando-os por problemas emocionais, comportamentais e escolares das crianças. O aspecto avaliado é a presença/ausência de seus membros, e não a qualidade das relações estabelecidas entre eles¹²⁰.

À luz dessas constatações, especialmente porque a família tem sido objeto de atenção para a elaboração de políticas públicas sociais, enfatiza-se a importância de que a família nuclear deixe de ser o único referencial normativo para a sua compreensão, pois, nas composições não-nucleares, as famílias não estão desestruturadas, mas sim organizadas de forma diferenciada, segundo as necessidades que lhe são peculiares.

A pesquisa realizada por Cláudia Fonseca aponta que pode ainda se encontrar, preponderantemente, o modelo de “família nuclear”, nas classes altas e médias, mas, nas classes populares, há predomínio da “família extensa”, com a inclusão de outros parentes, que consiste em uma estratégia coletiva de suporte para o cuidado dos mais jovens, decorrente, em grande parte, das dificuldades como o desemprego, os baixos salários e a instabilidade das relações conjugais¹²¹.

Assim, tomando-se como premissa o modelo aberto da concepção de família adotado pela Constituição Federal, esses novos modelos de conjugalidade e parentalidade também são merecedores da proteção do Estado, pois, como família, são

¹¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 65, jul./set. 1993, p. 21-32.

¹²⁰ SZYMANSKI, 2002, p. 54.

¹²¹ FONSECA, Cláudia. Ser mulher, mãe e pobre. In: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto/UNESP, 2000, p. 510-533.

responsáveis pela satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, como também “para a proteção e a socialização de seus componentes, transmissão do capital cultural, do capital econômico e da propriedade do grupo, bem como das relações de gênero e de solidariedade entre gerações”¹²².

Para Cynthia Sarti, a família apresenta um caráter social e histórico, pois é “vista como uma realidade que se constitui pela linguagem, socialmente elaborada e internalizada” na qual há distintos lugares e distintos momentos, de acordo com o desenvolvimento humano¹²³.

Pensar a família como uma realidade que se constitui pelo discurso sobre si própria, internalizado pelos sujeitos, é uma forma de buscar uma definição que não se antecipe à realidade da família, mas que nos permita pensar como a família constrói, ela mesma, sua noção de si, supondo evidentemente que isso se faz em cultura, dentro, portanto, dos parâmetros coletivos do tempo e do espaço em que vivemos, que ordenam as relações de parentesco (entre irmãos, entre pais e filhos e entre marido e mulher). Sabemos que não há realidade humana exterior à cultura, uma vez que os seres humanos se constituem em cultura, portanto, simbolicamente.¹²⁴

Assim, é preciso considerar que as experiências vividas e simbolizadas na família têm como referência as definições cristalizadas de família socialmente instituída pelos dispositivos jurídicos, médicos, psicológicos, religiosos e pedagógicos, enfim, os dispositivos disciplinares existentes em nossa sociedade que “constituem ‘os modelos’ do que é e deve ser uma família”¹²⁵.

Nesse sentido, identifica-se a necessidade de proteção do Estado e legitimação pela sociedade, porquanto a compreensão sobre a existência, o pertencimento e o reconhecimento de um determinado grupo familiar passa pelo mundo interno e pelo mundo externo, cujas experiências são refletidas como um espelho. Em cada família, em cada mundo subjetivo, há a tradução desse discurso social e exterior, que é filtrado pela singularidade das experiências vividas. “Cada família constrói seus mitos a partir do que

¹²² CARVALHO, Inaiá Maria Moreira e ALMEIDA, Paulo Henrique. Família e proteção Social. **São Paulo em Perspectiva**. v. 17, n. 2, jun. 2003, p. 109.

¹²³ SARTI, Cynthia Andersen. A família como ordem simbólica. **Psicologia USP**, v. 15, n. 3, 2004, p. 13.

¹²⁴ SARTI, 2004, p. 15.

¹²⁵ SARTI, 2004, p. 16.

ouve sobre si, do discurso externo internalizado, mas devolve um discurso sobre si que contém também sua própria elaboração, objetivando sua experiência subjetiva”¹²⁶.

É, nesse horizonte, que se evidenciam os desafios que reclamam um novo olhar para o Direito de Família, voltado à efetividade material dos direitos fundamentais, assentados na dimensão pessoal e na dignidade humana, superando as conotações fundadas em modelos que não mais refletem as relações familiares contemporâneas, exigindo uma nova postura.

Nesta linha, a família, neste final de século, ganha um novo contorno, passando a ser o centro de realização da pessoa, uma comunhão de afeto, o seu fim último de vida em sociedade. Esta orientação obedece diretrizes pela qual uma das mudanças vivenciadas pelo tempo presente é o reclamo da efetividade real, da concreta realização do Direito, não mais apenas visto como formulação abstrata ou virtual.¹²⁷

Se é certo que as novas configurações familiares têm assustado e conduzido à interpretações equivocadas no sentido de que a família vive um período sem precedentes de desintegração e decadência, também não podemos desconsiderar que inexistente outro grupo social com o potencial de vivência do afeto e da solidariedade com maior plenitude do que a família. De acordo com Michelle Perrot, “a casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano”¹²⁸.

Na concretização dos interesses da criança, a família exerce um papel insubstituível para o seu desenvolvimento físico e emocional saudável, consagrando-se constitucionalmente a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, ao mesmo tempo em que lhe atribui, juntamente com a sociedade em geral e o Poder Público, a responsabilidade pela sua formação.

Infelizmente, as mudanças constitucionais no reconhecimento da família, da criança e do adolescente e o respeito à dignidade humana, estão distantes da realidade

¹²⁶ SARTI, 2004, p. 14-15.

¹²⁷ FACHIN, 2001, p.

¹²⁸ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. Reflexões para o futuro. *In: Veja 25: reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993, p. 81.

vivenciada na sociedade brasileira, pois ainda é tímida a evolução, especialmente das políticas sociais, no sentido da efetividade desses direitos.

2.2 Parentesco, parentalidade e filiação

Como visto no item anterior, embora a doutrina jurídica pátria, após a Constituição da República de 1988, acolha o princípio da pluralidade familiar, significando a renúncia ao modelo padrão e a livre possibilidade de adoção por cada indivíduo do modelo que se ajustar à sua conveniência e realização de seus membros¹²⁹, a definição dos conceitos de parentesco, parentalidade e filiação, forjados dentro do contexto da família, é essencial para identificar e avaliar a produção dos efeitos pré-fixados na lei, como o direito a alimentos e à sucessão.

Não se restringindo aos limites da lei civil, a proteção legal da família e as obrigações decorrentes do parentesco e da filiação assumem feições peculiares, diferenciando-se, em cada acepção, o seu nível de abrangência. Nas leis sociais, que instituem o Programa Bolsa Família; o antigo Bolsa Escola e no Programa de Saúde da Família, por exemplo, a família é vista em sua concepção mais ampla, enquanto para o Direito Penal, restringe-se aos ascendentes e descendentes.

Pelo critério fiscal, é reduzida sua noção; nela incluem-se os genitores, os filhos menores e maiores inválidos, os que frequentam curso superior até os 24 anos de idade e os ascendentes inválidos, considerados dependentes econômicos do contribuinte. Para fins previdenciários, a família compreende o casal, os filhos e as filhas solteiras, até a maioridade civil, ou os inválidos, incluindo-se os companheiros que vivem em união estável.

¹²⁹ GRISARD FILHO, 2007, p. 24.

No estudo sobre as estruturas do parentesco, Claude Lévi-Strauss afirmou que a família não é uma entidade em si nem uma entidade fixa, ela é, antes, o lugar onde se desenvolvem as normas de filiação e de parentesco, construindo sistemas elementares, cuja finalidade é ligar os indivíduos entre eles e à sociedade. São os vínculos entre os indivíduos que criam a família, e são as variações possíveis desses vínculos intrafamiliares que caracterizam as formas possíveis de família¹³⁰.

Assim, apenas a título de exemplo, pode-se especular sobre as implicações e significados das separações e recasamentos sobre as concepções de família e parentesco, pois surgem novos *status* familiares, aos quais correspondem novos papéis e que ainda não dispõem de nomeação em nossa classificação jurídica de parentesco.

Por outro lado, Cynthia Sarti sustenta que a família vai ser a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida; ela se relaciona com o parentesco, mas não se confunde com ele.

O parentesco é uma estrutura formal que resulta da combinação de três tipos de relações básicas: a relação de consanguinidade entre irmãos; a relação de descendência entre pais e filho e mãe e filho; e a relação de afinidade que se dá através do casamento. Esta é uma estrutura universal, e qualquer sociedade humana se forma pela combinação dessas relações. A família é o grupo social concreto através do qual se realizam estes vínculos.¹³¹

De uma maneira geral, pode-se afirmar que o parentesco é a relação jurídica que resulta da consanguinidade, do casamento ou união estável, da afinidade e da adoção. No Direito Brasileiro, o parentesco está regulamentado nos artigos 1.591 e seguintes do Código Civil, que disciplina os efeitos jurídicos, os direitos e as obrigações recíprocas entre os parentes, de acordo com os graus que estabelece.

Embora o Código Civil Brasileiro não tenha definido expressamente a filiação, das relações de parentesco, ela é a relação jurídica mais importante, estabelecida

¹³⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1982.

¹³¹ SARTI, Cynthia A. Família e individualidade: um problema moderno. *In*: CARVALHO, Maria do Carmo Brandt de. (Org.). **A família contemporânea em debate**. São Paulo: EDUC/Cortez, 2002. p. 40.

entre pais e filhos, sendo designada, sob o ângulo das pessoas das quais descendem, de paternidade ou maternidade.

Como analisa Heloísa Helena Barboza, “na verdade, a filiação é a mais importante das relações de natureza pessoal que surgem com a formação da família, a qual estabelece três ordens de vínculos, a saber: o parentesco, o vínculo conjugal e o vínculo da afinidade”¹³².

A tutela jurídica da filiação, ao longo dos tempos, sempre esteve atrelada aos interesses subjacentes à formação da família, cujas relações, antes essencialmente privadas, passaram a interessar ao Estado especialmente a partir do século XVIII, quando esta passou a ser considerada fundamento da sociedade civil e, portanto, merecedora da proteção estatal.

Nessa linha evolutiva, a modificação do papel familiar na vida sentimental dos séculos XVI a XIX, desde a família medieval até a moderna e das atitudes com as crianças contribuíram para as mudanças operadas no direito de filiação, especialmente com a superação do modelo patriarcal, fundada no critério biológico ou por imposição legal, para cumprimento de suas funções tradicionais, especialmente a sucessão dos bens.

No Brasil, as mudanças operadas foram lentas e, até a Constituição de 1988, no âmbito das relações de filiação, ainda persistiam as mesmas diretrizes das Ordenações Filipinas, estabelecendo-se que a filiação poderia ser legítima (decorrente do casamento), e ilegítima.

A filiação ilegítima era classificada em natural, aquela oriunda de pais não casados, mas sem impedimento para o matrimônio; e em espúria. Nesta classe, os filhos poderiam ser incestuosos, cujos genitores tinham impedimento de parentesco em grau proibido; sacrílegos, resultante de investidura de ordem sacras maiores, e adulterinos, nascidos de pessoas casadas. Os filhos incestuosos e adulterinos também eram conhecidos como filhos “bastardos” e, somente em casos realmente excepcionais, permitia-se o reconhecimento da paternidade extramatrimonial.

¹³² BARBOSA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização ‘in vitro’**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 16.

Dessa forma, os filhos "legítimos" eram determinados pela presunção *pater is est*¹³³ e, os filhos havidos fora do casamento somente poderiam ser reconhecidos por sentença ou por reconhecimento voluntário, conforme ensina Luiz Edson Fachin:

Diante da certeza da maternidade, o eixo do estabelecimento da paternidade gira em torno da figura da mãe: se esta for casada, opera a presunção *pater is est*; se a mãe não for casada, a filiação paterna pode ser estabelecida pelo reconhecimento voluntário ou por investigação. Sendo assim, muitas eram as dificuldades existentes para se reconhecer tais filhos, ocasionando, na maioria das vezes, a não declaração das suas paternidades.¹³⁴

Pelo sistema até então vigente, apenas os filhos naturais poderiam ser reconhecidos, já que não era permitido o reconhecimento dos filhos espúrios, assim como ocorria com a família "ilegítima", constituída fora do casamento, deixando de ser considerada pelo ordenamento jurídico, como se realmente não existisse.

Felizmente, com as profundas mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais operadas no último século, como visto, a família exclusivamente matrimonializada começou a dar lugar à família fundada na afetividade e na solidariedade, voltada à satisfação das necessidades de seus membros, como visto.

Assim, rompendo com a história de discriminações e implementando o novo marco paradigmático da família, a Constituição Federal de 1988 recepcionou-a como base de toda a sociedade, merecedora da proteção estatal, reconhecendo assim a união estável entre o homem e a mulher; as denominadas uniões livres, como entidade familiar¹³⁵.

No regramento da filiação, a nova Carta Constitucional introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o sistema da igualdade de filiação, prevendo assim a impossibilidade de qualquer discriminação entre os filhos, independentemente da origem, biológica ou afetiva. Os filhos passaram a não sofrer qualquer preconceito em decorrência

¹³³ É pai aquele que as núpcias legítimas indicam, ou seja, será filho legítimo aquele concebido na constância do matrimônio, presumindo-se ainda os nascidos pelo menos 180 dias após a constituição da sociedade conjugal ou nos 300 dias subsequentes à sua dissolução – Arts. 337 e 338 do Código Civil de 1916.

¹³⁴ FACHIN, Luiz Edson Fachin. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 21.

¹³⁵ CF/88, artigo 226, §§ 3º e 4º.

do estado civil de seus genitores, inadmitindo qualquer tipo de classificação, consoante dispõe o artigo 227, § 6º:

Art. 227.

§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Por outro lado, a Doutrina da Proteção Integral dos direitos infanto-juvenis, acolhida pela Constituição Federal de 1988 e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente passou a orientar a construção da nova configuração da filiação, a partir da funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade dos seus membros, em especial os filhos, e da dimensão socioafetiva das relações paterno-filiais.

Maria Celina Bodin de Moraes analisa que

[...] o ordenamento jurídico brasileiro, em comparação com os outros ordenamentos do sistema romano-germânico, caracteriza-se pelo avanço na proteção dos direitos dos filhos, sendo o primeiro destes o reconhecimento do estado de filiação. Assim é que, no Brasil, ao contrário do que ocorre em muitos outros países, são reconhecíveis, sem qualquer restrição, não apenas os filhos adulterinos como também os incestuosos, tendo sido vitorioso o argumento ético-político de que a proteção da pessoa do filho deve justamente independender do tipo de relação existente entre seus pais.¹³⁶

Assim, a partir do esquema tradicional, a classificação do parentesco segundo sua origem estabelece quatro classes: consanguíneo, afim, adotivo e sócio-afetivo¹³⁷, que interessa ao presente estudo.

Já, no que pertine à filiação, o Código Civil Brasileiro prevê quatro tipos de estados de filiação, quais sejam: a) por consanguinidade; b) por adoção; e c) por inseminação artificial heteróloga, prevendo também o estabelecimento por “outra origem” incluindo aí a chamada filiação decorrente da posse de estado de filho¹³⁸.

¹³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusas à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. São Paulo: Renovar, 1977, p.179.

¹³⁷ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

¹³⁸ Arts. 1.593 e 1.597 do Código Civil Brasileiro.

A consanguinidade, a mais ampla de todas, faz presumir o estado de filiação quando os pais são casados, ou vivem em união estável, ou, ainda, na hipótese de família monoparental. Pela consanguinidade ou parentesco natural, são parentes entre si as pessoas que descendem umas das outras, ligadas pelo vínculo de sangue. A afinidade, que decorre da lei, também chamado de parentesco político, é o vínculo que se estabelece entre um dos cônjuges ou companheiros e os parentes do outro.

O parentesco civil ou por adoção é aquele estabelecido entre pessoas alheias, por sentença judicial. “É a criação de uma relação paterno-materno-filial artificial, por meio de um ato judicial complexo, pelo qual se faz do filho biologicamente alheio um filho próprio, pressupondo uma realidade afetiva”¹³⁹.

A adoção atribuiu a condição de filho legítimo ao adotado, que se desliga de qualquer vínculo com seus parentes consanguíneos, ressalvados os impedimentos matrimoniais. Assim, pais e filhos adotivos são parentes civis em virtude da lei¹⁴⁰ e a eles são atribuídos os mesmos direitos e as obrigações oriundas do parentesco consanguíneo, por força do princípio da isonomia constitucional entre os filhos.

Atualmente, a adoção de criança ou adolescente está disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente, que, em seu artigo 41, disciplina que “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

A adoção de maiores de 18 anos é regida pelo Código Civil (art. 368 e segs.), sendo aplicável o princípio constitucional de igualdade da filiação (incluindo os filhos adotivos), vedado o tratamento discriminatório na questão sucessória.

Na filiação civil, decorrente da adoção, a afetividade foi elevada à categoria de valor jurídico, capaz de estabelecer uma nova forma de parentesco e, portanto, de gerar efeitos na ordem jurídica familiar, dispondo o art. 1.593 do Código Civil que esse pode

¹³⁹ GRISARD FILHO, 2007, p. 113.

¹⁴⁰ Código Civil, art. 1.626.

decorrer de “outra origem”, inserindo no ordenamento pátrio a chamada “família sociológica”.

Sobre tal categoria, Jaqueline Filgueras Nogueira afirma que

[...] a família sociológica é aquela onde existe a prevalência de laços afetivos, onde se verifica a solidariedade entre os membros que a compõem, família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que, independentemente de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles, a criam, a amam e a defendem, fazendo transparecer a todos que são seus pais.¹⁴¹

Assim como na adoção, na prática social as relações de afeto assumiram relevância na configuração das famílias e da filiação, sendo mais importantes que as oriundas da consanguinidade, pois o entendimento majoritário é que pais serão aqueles que “criam” o filho, assumindo todas as funções inerentes ao exercício da função parental, e não os que geram, do ponto de vista biológico.

Nesse sentido, a autora citada ainda elucida que

A filiação, nesse caso, é verificada por uma manifestação espontânea dos pais sociológicos, que, por pura opção, efetivamente mantêm um vínculo de filiação ao desempenhar um papel protetor, educador e emocional de pais, devendo estes ser considerados como os verdadeiros pais, em caso de conflitos de filiação. Deve ser considerada como mais relevante a família sociológica, pois é a paternidade determinada por um construído diário e não por um mero fator de sangue, que deverá ser levada em conta a realidade sociológica, vivenciada pela criança.¹⁴²

A certeza da filiação biológica trazida há pouco tempo pela popularização do teste de DNA, reintroduzindo no cenário jurídico a discussão sobre os efeitos da mera coincidência genética para o estabelecimento das relações de parentesco, foi prontamente suplantada pela doutrina nacional, já que a prova da verdade biológica não é suficiente para desconstituir a paternidade presumida, diante da filiação socioafetiva.

Como destaca Eduardo Oliveira Leite,

Relativizando as conquistas obtidas pela verdade genética (atualmente, plenamente garantidas através dos seguríssimos exames de DNA), as novas

¹⁴¹ NOGUEIRA, Jaqueline Figueiras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 55.

¹⁴² NOGUEIRA, 2001. p. 56.

técnicas de reprodução revelam não só a fragilidades da verdade biológica, mas retomam a validade de novos princípios informadores da relação paterno-materno-filial, como é a verdade afetiva.¹⁴³

Da mesma forma, a inseminação artificial heteróloga, prevista no art. 1.596, V, do Código Civil, que ocorre quando é utilizado sêmen de outro homem para a fecundação do óvulo da mulher, normalmente de doador anônimo e não do marido, fortalece a natureza socioafetiva e não biológica da filiação e da paternidade.

Destarte, se o marido autorizou expressamente a inseminação artificial heteróloga, não poderá negar a paternidade, em razão da origem genética, nem poderá ser admitida investigação de paternidade, com o mesmo fundamento, porquanto a filiação que haverá de prevalecer será aquela constituída pelas relações cotidianas e pelo afeto.

A possibilidade do ajuizamento de ação investigatória pelo filho para o reconhecimento da descendência genética tem sido admitida unicamente para fins de identificação de impedimentos decorrentes do parentesco, ou seja, para evitar o incesto, e de doenças genéticas, sobrepondo-se o interesse da criança ao anonimato do doador, direito de personalidade fundamentado na dignidade humana.

Restringir-se o direito de conhecer sua origem genética, implicaria negar-se a uma pessoa a possibilidade de ter acesso a informações que possam auxiliar na descoberta de fatores que compõem a sua personalidade e que influenciam na sua autodeterminação, sem que tal reconhecimento implique na atribuição de direitos decorrentes da filiação, como a imputação da paternidade, sucessão hereditária ou obrigação alimentar.

A Ação de Conhecimento da Origem Genética não visa estabelecer a paternidade do doador em relação à criança concebida, prova disso é que esta ação não tem o condão de desconstituição do vínculo familiar anteriormente constituído, entre a criança e os beneficiários das técnicas de Reprodução Humana Assistida, não havendo como sustentar a existência de direitos e deveres entre o doador de

¹⁴³ LEITE, Eduardo Oliveira. Os sete pecados do novo direito de família. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 94, n. 833, mar. 2005. p. 77.

material genético e esta criança, pois não há entre estes a configuração do poder familiar, que é característica exclusiva do vínculo paterno-filial.¹⁴⁴

Mesmo diante do reconhecimento da verdade socioafetiva, a naturalização do modelo de família nuclear e monogâmico torna-o incontestável e geralmente conduz à convicção de que uma criança pode ter apenas um pai e uma mãe, juntando em uma mesma pessoa o fato biológico da procriação, o parentesco, a filiação e os cuidados da criação. Isso acontece porque, como destaca Elizabeth Zambrano, ao percebermos “pai” e “mãe” apenas como aqueles que geram a criança, concebemos essa relação como tão natural que nem pensamos que possa ser ela submetida à lei social¹⁴⁵.

Entretanto, na lição da autora citada, o vínculo familiar ligando um adulto a uma criança pode ser desdobrado em quatro elementos que nem sempre são concomitantes: 1) o vínculo biológico, dado pela concepção e pela origem genética; 2) o parentesco, vínculo que une dois indivíduos em relação a uma genealogia, determinando o seu pertencimento a um grupo; 3) a filiação, reconhecimento jurídico desse pertencimento de acordo com as leis sociais do grupo em questão; e 4) a parentalidade, o exercício da função parental, implicando cuidados com alimentação, vestuário, educação, saúde, etc., que se tecem no cotidiano em torno do parentesco. Esses elementos podem estar combinados entre si de maneiras diversas, dependendo de como é estabelecido o peso de cada um em relação aos outros, evidenciando a relatividade das escolhas feitas por uma determinada cultura em uma determinada época¹⁴⁶.

Portanto, enquanto o parentesco define-se como o vínculo jurídico que decorre da consanguinidade, do casamento ou da união estável, da afinidade ou da adoção, ou de outra origem, tal como a socioafetividade, a parentalidade seria, portanto, a

¹⁴⁴ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida**: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 11 dez. 2008.

¹⁴⁵ ZAMBRANO, 2006, p. 126.

¹⁴⁶ ZAMBRANO, 2006, p. 126.

capacidade psicológica de exercer a função parental, ou seja, ter a competência de ser pai ou mãe suficientemente bons para seus filhos¹⁴⁷.

Em essência, o que quer assinalar o conceito de parentalidade é que não basta ser genitor nem ser designado como pai para preencher todas as condições é necessário “tornar-se pais”, o que se faz por meio de um processo complexo implicando níveis conscientes e inconscientes do funcionamento mental¹⁴⁸.

Conforme Elizabeth Zambrano,

[...] devido a essa variação dos papéis sociais parentais desempenhados nas diferentes culturas e períodos históricos, podemos, também, compreender que parentalidade não é sinônimo de parentesco e filiação e pode ser exercida por pessoa sem vínculo legal ou de consanguinidade com a criança como ocorre, por exemplo, nas famílias recompostas, nas quais o cônjuge do pai ou da mãe participa cotidianamente da criação do filho.¹⁴⁹

No que se refere ao parentesco e à filiação, ainda que tenhamos avançado em relação ao reconhecimento jurídico das relações afetivas que se constroem na convivência familiar, Cláudia Fonseca define que não é adequado acreditar que uma tipologia familiar possa ser homogênea entre as várias classes sociais, especialmente, nas sociedades ocidentais e industrializadas¹⁵⁰. Embora não haja uma tipologia familiar homogênea no contexto social brasileiro, alguns aspectos podem ser evidenciados a partir das compreensões que tratam do pertencimento a uma família: o vínculo biológico e o socioafetivo.

Como observa a autora, “o sangue conta sim, tanto que a paternidade ‘social’ se calca na crença de uma relação biológica”¹⁵¹. Assim, ela observa, em pesquisa realizada, na segunda metade de 2002, no Sistema Judiciário gaúcho, em Porto Alegre,

¹⁴⁷ SCHETTINI, Suzana Sofia Moeller. *Et all.* Famílias adotivas: identidade e diferença. *In: Psicologia em estudo*. Maringá, v. 11, n. 2, p. 285-293, mai./ago. 2006, p. 289.

¹⁴⁸ HOUZEL, Didier. As implicações da parentalidade. *In: SOLIS-PONTON, Leticia (Org.). Ser pai, ser mãe Parentalidade: um desafio para o terceiro milênio*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. p. 47.

¹⁴⁹ ZAMBRANO, 2006, p. 126.

¹⁵⁰ FONSECA, 2004, p. 19.

¹⁵¹ FONSECA, Cláudia A. A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA. *In: Revista de Estudos Feministas*, v. 12, n. 2, ago. 2004. p. 19.

que a origem biológica é significativamente relevante para a construção dos vínculos familiares, da paternidade, da maternidade e da filiação.

Na pesquisa realizada, a autora verificou que são ajuizados – mensalmente – cerca de mil pedidos de investigação de paternidade no Sistema Judiciário gaúcho, cerca de 7% do volume mensal de nascimentos. Em adição, marcam-se, aproximadamente, 500 testes de paternidade por mês no Serviço Médico Jurídico, o qual possui uma lista de espera com mais de oito mil pedidos. Para a autora, a quantidade de exames identificada, que é relacionada ao impacto da tecnologia que identifica a origem biológica, em todos os lugares e classes sociais, demonstra – contemporaneamente – o peso de compartilhar o mesmo DNA.

Nesse sentido, Cláudia Fonseca afirma que “hoje, com a crescente importância legal do teste de DNA e a possibilidade de saber a verdade real, homens e mulheres não têm mais a tranquilidade para negociar a sua própria verdade”¹⁵². A verdade real sobre os fatos se constitui no exame do DNA, o qual aponta a realidade supostamente objetiva. Dessa maneira, “não são mais os fatos da vida social (relações, afeto) que definem o ‘verdadeiro pai’, mas sim os fatos biológicos que ‘revelam’ os comportamentos”¹⁵³.

A certeza da tecnologia muda o cenário nas definições da “paternidade” e nas premissas das relações familiares, ao passo que enfoca os aspectos biológicos em detrimento dos aspectos relacionais e afetivos, o que, conforme a autora, pode aumentar a dúvida que se pretendeu sanar.

A propósito, Elisabeth Bilac ressalta a relação irônica entre a acessibilidade desse teste de DNA de paternidade e a cobrança da lei sobre as obrigações do pai, as quais nunca foram tão impactantes¹⁵⁴.

Porém, ao que tudo indica, na ausência de uma mínima relação anterior entre pai e filho, essa ‘identidade’ oficial nem sempre traz consequências no plano prático

¹⁵² FONSECA, 2004, p. 31.

¹⁵³ FONSECA, 2004, p. 31.

¹⁵⁴ BILAC, Elisabeth. Família: algumas inquietações. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brandt (Org.). **A família contemporânea em debate**. São Paulo: EDUC-Cortez, 2002.

– no que diz respeito ao sustento material –, e muito menos no plano afetivo. Nada garante que o homem declarado pela corte como o pai de certa criança cumpra seu compromisso paterno. Há de se convir: a afirmação de um fato biogenético, o cumprimento de uma lei e o desenvolvimento de uma relação social são processos distintos. Hoje, a ciência fornece meios para identificar esse pai e, assim, atribuir estas obrigações a um indivíduo preciso.¹⁵⁵

Assim, é importante pontuar-se a diferenciação entre definir a origem genética, que se constitui num fato biológico, cumprir uma lei, a qual prescreve que a origem genética define a paternidade; e a construção da parentalidade, que se efetiva com a relação afetiva entre seus membros.

Nesse sentido, afigura-se essencial a análise da filiação socioafetiva, como categoria jurídica capaz de estabelecer o parentesco, na esteira do entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias, elemento indissociável das relações estabelecidas com crianças e adolescentes filhos de criação, para garantia do seu direito à proteção integral.

2.3 A filiação socioafetiva

Como analisado no item anterior, o Direito Brasileiro, especialmente após a Constituição de 1988, alterou, de maneira significativa, o estatuto da filiação, contemplando expressamente a filiação socioafetiva, assim entendida a que se constitui na convivência familiar, independentemente da origem do filho, como uma das categorias do parentesco.

A partir do reconhecimento da pluralidade da família, cujas relações agora não mais estão adstritas ao casamento, mas na afetividade que une os seus membros, desume-se que a tutela constitucional agora é essencialmente funcionalizada à satisfação da sua dignidade, em particular, no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos, especialmente crianças e adolescentes, credores da proteção integral, nos termos do art. 227, *caput*, da Constituição da República.

Como destaca Belmiro Pedro Welter,

¹⁵⁵ FONSECA, 2004, p. 15.

Com o defraldamento do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, havendo a necessidade de ser formatada uma parceria, um espaço de convivência recíproca.¹⁵⁶

A verdade afetiva suplanta, assim, a verdade biológica na determinação da filiação, à medida que mesmo os filhos biológicos precisam ser amados e desejados por seus pais, para que estes possam lhes garantir o desenvolvimento saudável, pois “toda filiação é adotiva, uma vez que mesmo sendo um filho biológico, se não houver a aceitação dele por seus pais, a vinculação afetiva não se perfaz, não configurando, portanto, a verdadeira filiação”¹⁵⁷.

Assim, Paulo Luiz Netto Lobo sustenta que

Encontram-se na Constituição brasileira vários fundamentos do estado de filiação geral, que não se resume à filiação biológica: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); não é relevante a origem ou existência de outro pai (genitor); d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e o do adolescente (art. 227, caput).¹⁵⁸

No contexto do reconhecimento do afeto como valor jurídico, a adoção assume especial relevância porque é compreendida como um dos mais antigos institutos que o reconhecem como elemento indispensável ao estabelecimento do parentesco e da filiação civil, merecedor da proteção legal.

Por isso, a legislação brasileira prevê, além da filiação decorrente da consanguinidade, por adoção e inseminação artificial heteróloga, a possibilidade de seu estabelecimento por “outra origem” incluindo assim a chamada filiação decorrente da posse de estado de filho, que valoriza, sobretudo, as relações de afeto, caracterizando-se

¹⁵⁶ WELTER, Belmiro Pedro. **A inconstitucionalidade do processo de adoção judicial**. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=611. Acesso em: 24 jan. 2009.

¹⁵⁷ NOGUEIRA, 2001, p. 94.

¹⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e a verdade real**. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewPDFInterstitial/723/903>. Acesso em: 15 fev. 2009.

não só pelo vínculo biológico ou por uma presunção legal mas também pela convivência entre pai e filho.

A paternidade socioafetiva, sob a noção de posse de estado de filho, já consagrada em outros países, funda-se assim em um ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica, no estabelecimento da filiação¹⁵⁹.

No direito anterior, a posse de estado de filho apenas era admitida para fins de prova e suprimento do registro civil, se os pais convivessem em família constituída pelo casamento, ou seja, para a filiação considerada legítima.

O instituto da posse de estado de filho buscou contemplar ainda a chamada “adoção a brasileira”, pela qual a paternidade se estabelece quando se registra como seu o filho de outrem, impedindo a ruptura dos vínculos já formados diante do critério biológico, que passou a ser preterido ante a verdade socioafetiva. Nesse sentido, a jurisprudência já tem acatado a paternidade socioafetiva, em detrimento da biológica, sob o argumento de que a paternidade é função, na qual se insere a construção do amor paterno-filial, cuja base é o desenvolvimento da criança em formação.

Embora o Direito brasileiro não faça referência expressa, entende-se a posse de estado de filho como sendo uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e aceitação de chamamento de pai.¹⁶⁰

É na posse de estado de filho que se vê caracterizada a paternidade de afeto que, independentemente da vinculação biológica ou jurídica, são construídas na convivência estabelecida entre pai e filho, exteriorizada pelos cuidados, pelo auxílio e pelo tratamento dispensado à criança, tanto no espaço do lar como no público.

Esse aspecto social, com o reconhecimento do afeto como fundante das relações parentais, aliado a um elemento volitivo daí decorrente, torna inafastável a

¹⁵⁹ NOGUEIRA, 2001, p. 85.

¹⁶⁰ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade: posse de estado de filho. Paternidade Socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 60.

consagração da posse de estado de filho como o instituto apto a permitir o reconhecimento da filiação como fato socioafetivo.¹⁶¹

A orientação jurisprudencial tem indicado a importância de tal instituto nos conflitos de paternidade, especialmente quando da filiação extramatrimonial, como, por exemplo, nos casos em que as relações de afeto entre pai e filho não condizem com a paternidade jurídica, ou ainda quando comprovada a paternidade biológica, mas a existência de posse de estado de filho se dá com um terceiro, que não o pai genético. Em todos esses casos, assume importância primordial a posse de estado de filho, valorizando-se a *afectio*, a verdade sociológica¹⁶².

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin argumenta que é preciso que a “noção de posse de estado de filho se projete para conferir sensibilidade jurídica a determinados fatos sociais, captando elementos e valorizando situações que se colocam na busca da verdadeira família”¹⁶³.

Na Brasil, a filiação socioafetiva fundada na posse de estado de filho tem sido admitida pela doutrina e jurisprudência, na chamada “adoção a brasileira”, consistente no reconhecimento voluntário da paternidade e maternidade, e no caso dos filhos de criação.

A partir da interpretação do art. 1.605 do Código Civil também se pode extrair de seu enunciado genérico a possibilidade de reconhecer-se a noção de posse de estado de filho, “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”, como no caso de falta ou defeito do termo de nascimento, embora em caráter subsidiário, bastando a ‘aparência dos papéis sociais de pai e filho’¹⁶⁴.

Os elementos que podem constituir o instituto da posse de estado de filho são determinados pela doutrina como sendo o nome (*nomem*), o trato (*tractatus*) e a fama

¹⁶¹ FACHIN, 2004, p. 108.

¹⁶² ANDERLE, Elisabeth Nass. **A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>. Acesso em: 28 dez.2008.

¹⁶³ FACHIN, 1992, p. 149.

¹⁶⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 511.

(*fama*), embora não exista um rol completo, ou uma definição acabada dos fatos aptos a constituí-lo.

Em relação ao primeiro elemento, embora esse se caracterize pela atribuição do nome do pai ao filho afetivo, a doutrina não lhe atribui maior importância, dizendo não sê-lo essencial para a configuração da posse de estado de filho, visto que, muitas vezes, o filho não utiliza o nome de seu pai.

O trato resulta do tratamento dispensado à pessoa, a criação, a educação, enfim, que o presumido pai a tenha tratado como seu filho. É considerado elemento objetivo, porque se caracteriza pela assistência material e moral dada ao filho, como, por exemplo, o carinho, os cuidados, o afeto, a educação, a saúde, comuns a todos os pais no tocante aos seus filhos.

Há idêntica criação, educação, destinação carinho e amor entre os filhos sociológicos e biológicos, não se devendo conferir efeitos jurídicos desiguais em relação a quem vive em igualdade de condições, sob pena de revisitar a odiosa discriminação, o que seria, sem dúvida, inconstitucional, à medida que toda filiação deve ser afetiva, sendo necessário o ato de aceitação da criança como filho para que exista realmente essa vinculação afetiva entre mãe e filho ou pai e filho.¹⁶⁵

De acordo com a doutrina, o uso do termo "filho" e do termo "pai" não é necessário. O que deve ser valorizado é o amor, o carinho, a educação e tudo mais que um pai dispensa a um filho.

A fama é a exteriorização desse estado da pessoa para a sociedade, isto é, que se conheça a pessoa como sendo filho daqueles que a criam. “Diante das atitudes do suposto pai em relação ao seu pretense filho, as pessoas criaram a convicção de que se trata mesmo de pai e filho”¹⁶⁶.

Outro aspecto importante destacado pela doutrina para a caracterização da posse de estado de filho diz respeito à duração da convivência estabelecida entre o pai e a mãe afetivos e o suposto filho, pois como leciona José Bernardo Ramos Boeira “fator

¹⁶⁵ WELTER, 2004, p. 67.

¹⁶⁶ PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986. p. 164.

‘tempo’ condiciona, ao mesmo tempo, a existência e a força da posse de estado, mais que todos os outros elementos, a duração é característica da posse de estado, ou seja, a condição de existência da posse de estado”¹⁶⁷.

Necessário, portanto, que, em cada caso concreto se faça um exame destes elementos para aferir-se o liame afetivo capaz de sustentar a filiação sociológica, sem que a ausência de um deles exclua a apreciação dos demais. Assim, é a aparência da posse de estado de filho, revelada na sua forma de ser e agir que constituirá a filiação socioafetiva.

Nesse sentido já se vislumbra nos Tribunais Pátrios, o reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva, atribuindo-lhe assim novo *status* em nosso ordenamento jurídico, como se vê a partir da seguinte decisão:

Filiação. Filho adulterino ‘a matre’ registrado pelo marido da mãe. Possibilidade de terceiro vindicar a condição de pai. Paternidade jurídica. Paternidade Biológica. Paternidade sócio-afetiva. 1. A Lei nº 8560/92, ao remover qualquer restrição para o reconhecimento de filhos extramatrimoniais pelos respectivos pais, assegura-lhes o interesse jurídico para eventual demanda que tenha essa finalidade. Em decorrência, tanto o pai quanto a mãe tem legitimidade para postular em nome próprio, em ação que visa à vindicação de paternidade ou maternidade. 2. A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto a paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção a criança (art. 227, CF), assim como da doutrina da integral proteção consagrada na Lei n. 8069/90 (especialmente nos arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, revelada pela ‘posse do estado de filho’, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação. 3. Entretanto, o pedido formulado na ação não tem esse conteúdo, mas visa, modo exclusivo, desconstituir o registro de nascimento da menor, sem atribuição de paternidade ao autor/agravado. Assim, dada a forma equivocada como foi posta a pretensão, não ostenta o autor legítimo interesse para a demanda. A desconstituição do registro seria mera decorrência da atribuição da paternidade ao autor/agravado. Porém, como esta não consta do pedido - e não poderia a sentença ir além do postulado - resta o autor órfão de interesse legítimo para propor a demanda nos termos em que foi formulada, a qual, se procedente, traria como consequência, simplesmente, a circunstância de que a menor ficaria sem qualquer paternidade reconhecida, o que não pode ser admitido, até em consideração aos superiores interesses da criança.¹⁶⁸

¹⁶⁷ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho. Paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 21.

¹⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 599296654**. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 18 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 16 mar. 2009.

Reconhecendo a filiação socioafetiva decorrente da denominada "adoção a brasileira", destaca-se ainda:

Negatória de paternidade. 'Adoção a brasileira'. Confronto entre a verdade biológica e a sócio-afetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na súmula 149 do STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada 'adoção a brasileira' (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do Direito Civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes a irregular 'adoção a brasileira', não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências em benefício do próprio apelado.¹⁶⁹

A adoção do princípio da igualdade e da filiação, no ordenamento jurídico brasileiro, rompendo com a visão hierarquizada e matrimonializada da família, transformou a paternidade, que deixou de ser uma relação jurídica ou meramente biológica, para constituir-se em um direito e uma necessidade do filho, como titular de direitos.

O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõem-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais.¹⁷⁰

É com base nessa nova postura do Direito perante o homem, que o afeto está sedimentado como fundamento das relações familiares, especialmente a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento de crianças e adolescentes

¹⁶⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0108417900**. Rel. Accácio Cambi, j. 12 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 16 mar. 2009.

¹⁷⁰ LOBO, 2004, p. 513.

como sujeitos de direitos, cujos interesses subordinam a família, a sociedade em geral e ao Poder Público, como se verá a seguir.

CAPÍTULO III

A PROTEÇÃO INTEGRAL E O DIREITO FUNDAMENTAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

3.1 O novo paradigma: a proteção integral e o melhor interesse da criança

A necessidade de proteção especial à criança, a partir do reconhecimento da infância e do surgimento do sentimento de família, abordados no Primeiro Capítulo, foi acompanhada de mudanças nos modelos normativos até então vigentes, visando a conferir a necessária coercibilidade às condutas agora exigidas, especialmente diante da família e do Estado.

Nesse sentido, a premissa de garantia de direitos de crianças e adolescentes, sugere a compreensão do paradigma atualmente albergado pelo ordenamento jurídico internacional e nacional que fundamentam o seu direito à convivência familiar e comunitária, especialmente diante das situações objeto da presente pesquisa, como a circulação e a transferência de crianças a outras pessoas, com ou sem vínculo de parentesco, como no caso dos filhos de criação.

Como mencionado no Capítulo 1, a Declaração de Genebra de 1924, adotada pela Liga das Nações, foi o primeiro documento internacional que materializou a

preocupação com a afirmação da criança como ser humano merecedor de cuidados e proteção especial e a consequente normatização jurídica das obrigações daí decorrentes, possível para todos os países, em quaisquer circunstâncias.

Contudo, somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, é que se reconheceu que a criança deve ser objeto de cuidados e atenções especiais. Tal reconhecimento deu-se por força do item 2 do artigo 25, onde se dispôs claramente que "a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especial. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social"¹⁷¹.

As Nações Unidas passaram assim a proteger os direitos da criança por meio de tratados de caráter geral, marcando o início de uma nova ordem internacional; e o primeiro instrumento específico a surgir, com real importância, foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, que se tornou um guia para a atuação, tanto privada como pública, em favor da criança.

Todavia, no plano prático, diante da pouca da força obrigacional da Declaração¹⁷², verificou-se que essa

[...] não conseguiu traduzir-se em medidas efetivas de proteção à criança, consubstanciando-se mais no embrião de uma nova doutrina relativa aos cuidados com a criança, de uma nova maneira de enxergar o indivíduo detentor de direitos e prerrogativas, do que num instrumento ativo de consolidação de tais direitos e prerrogativas.¹⁷³

Por isso, embora de forma não específica, diversos dos direitos citados pela Declaração acabaram por incorporarem-se ao texto de convenções subsequentes, como o

¹⁷¹ Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php Acesso em: 05 mai. 2009.

¹⁷² Na lição de Josiane Rose Petry Veronese "A Declaração Universal dos Direitos da Criança sugere princípios de natureza moral, sem nenhuma obrigação, representando basicamente sugestões de que os Estados poderiam se servir ou não, enquanto a Convenção tem natureza coercitiva e exige que cada Estado Parte que a subscreve um determinado posicionamento. Como um conjunto de deveres e obrigações aos que a ela formalmente aderiram, a Convenção tem força de lei internacional e, assim, cada Estado não poderá violar seus preceitos, como também deverá tomar as medidas positivas para promovê-los. (VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999, p. 97).

¹⁷³ SOUZA, Sérgio Augusto Pereira de. A declaração dos direitos da criança e a convenção sobre os direitos da criança. Direitos humanos a proteger em um mundo em guerra. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2568>>. Acesso em: 5 mai. 2009.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966¹⁷⁴; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁷⁵; a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969)¹⁷⁶; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância – Regras de Beijing¹⁷⁷ e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad¹⁷⁸, dentre outros.

Por ocasião do Ano Internacional da Criança e das comemorações pelos vinte anos da Declaração, em 1979, mediante iniciativa do Governo da Polônia, visando a atribuir-se força cogente aos direitos da criança, de forma específica e consolidada, a Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas começou a elaborar um projeto de convenção, resultando, após dez anos de trabalho envolvendo diversas disciplinas científicas e compatibilizando sistemas jurídicos e culturais diversos, na Convenção

¹⁷⁴ Artigo 24.

1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.
2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após o seu nascimento e deverá receber um nome.
3. Toda criança terá direito a adquirir uma nacionalidade.

Artigo 25.

4. Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos.

¹⁷⁵ Artigo 10. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.
2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham, licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.
3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.

Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil.

¹⁷⁶ Art. 19. Toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado.

¹⁷⁷ Resolução n. 40/33, da Assembléia Geral, de 29-11-1985.

¹⁷⁸ Assembléia Geral da ONU, novembro de 1990.

Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada por unanimidade pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.

Fruto de compromisso e negociação, ela representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis. Exige, por parte de cada Estado que a ratifique, uma tomada de decisão, incluindo-se os mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento de suas disposições e obrigações concernentes à sua infância, ou seja, pessoas menores de 18 anos. Deve, inclusive, servir de instrumento básico para todos aqueles que direta ou indiretamente trabalham em prol da população infanto-juvenil.¹⁷⁹

Ao debruçar-se sobre a Convenção, menciona Miguel Cillero Bruñol:

A convenção representa uma oportunidade, certamente privilegiada, para desenvolver um novo esquema de compreensão da relação da criança com o Estado e com as políticas sociais, e um desafio permanente para se conseguir uma verdadeira inserção das crianças e seus interesses nas estruturas e procedimentos dos assuntos públicos.¹⁸⁰

No Brasil, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi ratificada, em 24 de setembro de 1990, por meio do Decreto n. 99.710. No entanto, mesmo antes da sua incorporação formal ao sistema jurídico brasileiro, o Constituinte de 1988 já havia adotado os seus princípios básicos, reconhecendo crianças e adolescentes como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, credores da proteção integral preconizada em seu art. 227, *verbis*:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁷⁹ PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O Melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5.

¹⁸⁰ BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. In: MENDEZ, Emílio García e BELOFF, Mary (Org.). **Infância, Lei e Democracia na América Latina**. Blumenau: FURB, 2001, v.1, p. 92.

A Doutrina¹⁸¹ da Proteção Integral, consagrada no texto constitucional de 1988, mormente após a edição da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, ao regulamentar o dispositivo constitucional em consonância com os princípios da Convenção, substituiu o modelo jurídico anterior de proteção às crianças e adolescentes, fundado na doutrina da situação irregular. “Coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente concretizar e expressar os novos direitos da população infanto-juvenil, que põem em relevo o valor intrínseco da criança como ser humano e a necessidade de especial respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento”¹⁸².

Embora a proteção integral já estivesse prevista desde 1959, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, nessa época, a posição predominante no cenário brasileiro de proteção à infância e adolescência, era de que os seus direitos deveriam ser efetivados pelo Poder Executivo, não sendo função do Poder Judiciário assegurá-los.

Essa era a posição defendida durante 8º Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores:

A Doutrina da Proteção Integral do Menor foi enunciada inicialmente na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, mas o 8º Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores (Genebra, 1959) posicionou-se no sentido de que não era função do Poder Judiciário assegurar à criança direitos tão amplos como o direito ao nome, à nacionalidade, à saúde, à educação, ao lazer e ao tratamento médico dos deficientes.¹⁸³

Nesse sentido, a Doutrina da Situação Irregular, consolidada no País pelo Código de Menores, instituído pela Lei n. 6.697, de 1979, entendia ser papel do Executivo proporcionar a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente:

¹⁸¹ Para Emílio Garcia Mendez, doutrina é o conjunto da produção teórica elaborada por todos aqueles ligados, de uma ou de outra forma, ao tema, sob a ótica do saber, da decisão ou execução. O autor entende ainda que, normalmente, em todas as áreas do direito dos adultos a produção teórica encontra-se homogeneamente distribuída entre os diferentes segmentos do sistema, o que, estimulando-se a pluralidade dos pontos de vista, assegura eficazes contrapesos intelectuais na interpretação das normas jurídicas. (*Apud* SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei – da indiferença à proteção integral**: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 12).

¹⁸² BARBOSA, Maria Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. *In*: PEREIRA, 1999, p. 110.

¹⁸³ SILVA, Roberto. **A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/capit10.pdf>, s/a, p.297. Acesso em: 24 abr. 2009.

A posição majoritária, defendida por Alyrio Cavallieri, que redundou na adoção da Doutrina da Situação Irregular, era no sentido de a Justiça de Menores limitar-se à aplicação do Direito do Menor, relegando os Direitos da Criança à competência do Poder Executivo.¹⁸⁴

Além disso, a Doutrina da Situação Irregular dirigia-se a um tipo de criança ou adolescente específicos, ou seja, aqueles que se encontravam em situações de “patologia social”, elencadas no art. 2º do referido Código¹⁸⁵, que, quando constatadas, indicavam que o “menor” deveria ser alcançado pela norma, na lição de Antônio Fernando do Amaral e Silva, confundindo

[...] na mesma situação irregular, abandonados, maltratados, vítimas e infratores. Causa perplexidade que se considerasse em situação irregular o menino abandonado ou maltratado pelo pai, ou aquele privado de saúde ou da educação por incúria do Estado.¹⁸⁶

Sobre o mesmo assunto, Wilson Donizeti Liberati explica que:

O Código revogado não passava de um Código Penal do "Menor", disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas em medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que na realidade, eram seres privados de seus direitos.¹⁸⁷

¹⁸⁴ SILVA s/a, p.297

¹⁸⁵ Art 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
 - b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
- II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
- III - em perigo moral, devido a:

- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 - b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
- IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
- VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

¹⁸⁶ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. Comentários do debatedor. In: SIMONETTI, Cecília *et all* (Orgs.) **Do avesso ao direito**. São Paulo: Malheiros, Governo do Estado de São Paulo, UNICEF, 1994, p. 37.

¹⁸⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. rev. ampl. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 13.

Contrariamente, a nova postura exigida pela Doutrina da Proteção Integral atribui a todas as crianças e os adolescentes indistintamente e em qualquer situação jurídica, a condição de sujeitos de direitos, sendo-lhes garantidos todos aqueles necessários ao seu pleno desenvolvimento, ainda que cometa um ato considerado ilícito.

Como bem salienta Paulo Afonso Garrido de Paula,

Somente com a Constituição de 1988 é que se reconhece a possibilidade de crianças e adolescentes participarem direta e amplamente de relações jurídicas com o mundo adulto, na qualidade de titulares de interesses juridicamente protegidos. Foram concebidos, finalmente, como sujeitos de direitos, capazes para o exercício pessoal de direitos relacionados ao desenvolvimento saudável e de garantias relacionadas à integridade. [...] Se, num passado remoto, criança ou adolescente era coisa conseqüentemente descartável e, num passado recente, interessava apenas ao direito penal, ao depois em razão de alguma patologia erigia-se um conjunto de normas tendentes à integração sócio-familiar, modernamente passa a ser considerado como sujeito de direito, sendo-lhes devida a proteção integral perante a família, à sociedade e ao Estado.¹⁸⁸

Nesse contexto, ao regulamentar a Doutrina da Proteção Integral consagrada na Lei Maior e sintetizando os esforços e a responsabilidade de todos com o futuro, o Estatuto da Criança e do Adolescente assume a relevante função de instrumentalizar a sua aplicação, explicitando os direitos, estabelecendo as responsabilidades e procedimentos, visando à realização de suas prescrições e à concretização dos direitos atribuídos aos seus destinatários.

Por isso, na lição do autor antes citado, a proteção integral “constitui-se em expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”¹⁸⁹, que, muito além de abster-se de sua violação, devem garantir a sua promoção e efetivação.

A responsabilidade legal atribuída à família, à sociedade e ao Estado funda-se no dever moral e na solidariedade estabelecidas em prol de crianças e adolescentes, em razão de sua dependência e vulnerabilidade a todas as formas de violência.

Se a família for omissa no cumprimento de seus deveres ou se agir de modo inadequado, poderá causar graves prejuízos a criança ou adolescente, bem como a

¹⁸⁸ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20-24.

¹⁸⁹ PAULA, 2002, p. 23.

todos os que se beneficiariam com seu bom comportamento e que poderão sofrer os males de um eventual desajuste psicológico ou social.¹⁹⁰

Do mesmo modo, a sociedade e a comunidade em que a criança e o adolescente e sua família estão inseridos também devem assumir a sua proteção integral; cabendo ainda ao Poder Público, por todos os seus entes, seus órgãos e suas instituições, a implementação de políticas sociais, por meio de ações diretas, projetos ou programas que promovam o seu acesso aos direitos.

A Doutrina da Proteção Integral, como lembra Antonio Carlos Gomes da Costa,

[...] afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas públicas específicas para promoção e defesa dos seus direitos.¹⁹¹

Por outro lado, diferentemente da Doutrina da Situação Irregular que via a criança ou adolescente como objeto de intervenção do mundo adulto, cujo regramento deveria ser reservado apenas às situações que escapassem à normalidade, o que justificava a atuação jurisdicional sempre em favor do “menor”, mesmo em detrimento das fórmulas legais, a concepção da proteção integral os enxerga como aquilo que são, e não como aquilo que podem ser. “O desenvolvimento saudável e harmonioso, em condições dignas de existência, tem imenso valor intrínseco, devendo ser considerado como necessidade do presente e não como instrumento do futuro”¹⁹².

Destarte, crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como titulares de direitos plenos e específicos, que vão além dos direitos fundamentais outorgados a todos os outros cidadãos, em razão de sua vulnerabilidade e da “condição

¹⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CURY, Munir *et all* (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

¹⁹¹ COSTA, Antonio Carlos Gomes. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, 2002, p. 17.

¹⁹² PAULA, 2002, p. 31.

peculiar de desenvolvimento”, que devem ser efetivados com absoluta prioridade, consoante dispõe o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁹³.

A propósito, como bem destaca Paolo Vercelone,

A afirmação da criança e do adolescente como ‘pessoas em condição peculiar de desenvolvimento’ não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, a sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.¹⁹⁴

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente pressupõe um sistema legal que deve garantir a efetivação, com absoluta prioridade, dos direitos fundamentais preconizados na Constituição da República. Segundo Wilson Donizeti Liberati,

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes. Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.¹⁹⁵

Por outro lado, o dever de velar pela dignidade da criança e do adolescente, determinado no art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, indica a responsabilidade de todos em colocá-los “a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante,

¹⁹³ É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

¹⁹⁴ VERCELONE, Paolo. *In*: CURY, 2000, p. 18.

¹⁹⁵ LIBERATTI, Wilson Donizetti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente** – Comentários. São Paulo: IBPS, 1991, p. 4-5.

vexatório ou constrangedor”, ressaltando as suas relevantes noções centrais, como destacam Nelson Nery Junior e Martha de Toledo Machado, quais sejam:

a) a dignidade humana, como um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos dispostos na CF, art. 1º, inciso III; b) um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais da criança, instituído pela Carta Magna de 1988, ou seja, um sistema particular de proteção da dignidade humana dessas pessoas especiais; c) o sistema representa uma especificação do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais do cidadão; d) fundado no paradigma da proteção integral, esse sistema se baseia no princípio constitucional de respeito à peculiar condição de crianças e adolescentes como pessoa em desenvolvimento, derivando o reconhecimento de que a personalidade infanto-juvenil tem conteúdo distinto da personalidade adulta, em função da vulnerabilidade daqueles; e) em razão disso, obedecendo ao princípio da igualdade, esse sistema especial de proteção positiva uma maior gama de direitos fundamentais aos menores, sendo alguns exclusivos a eles, como o direito à convivência familiar e comunitária.¹⁹⁶

No entanto, mesmo após atingida a maioria da sua vigência, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não alcançou, na prática, a efetiva concretização da sua concepção sustentadora¹⁹⁷, qual seja, a Doutrina da Proteção Integral, à medida que as políticas públicas sociais destinadas à promoção, garantia e defesa dos direitos da população infanto-juvenil ainda são inexistentes e/ou insuficientes diante do elevado número de violações ocorridas e que, o mais grave, os próprios operadores do sistema de justiça, última instância para a efetivação da norma, ainda mantêm, em sua interpretação, resquícios da doutrina menorista, impossibilitando o adequado alcance da lei.

Igualmente importante salientar que a adoção da Doutrina da Proteção Integral reafirmou o princípio do melhor interesse da criança, expressamente consignado na Declaração Universal dos Direitos da Criança e na Convenção respectiva, que, em seu artigo 3.1, prevê:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, interesse maior da criança.

¹⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson e MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. In: **Revista de Direito Privado**. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 15.

¹⁹⁷ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19.

Ao disciplinar acerca da guarda, no artigo 9º, a Convenção impõe, em outras duas oportunidades, a observância do referido princípio:

1- Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, se a criança sofre maus tratos ou descuido por parte dos pais, ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

2- Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente Artigo, todas as Partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.

3- Os Estados Partes respeitarão o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

De acordo com Tânia da Silva Pereira, o princípio do melhor interesse da criança tem suas origens no instituto *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria, razão pela qual, ao exercitá-la, a preocupação central não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas, pois o bem-estar da criança deveria sobrepor-se aos direitos dos pais¹⁹⁸.

Acrescenta Wilson Donizete Liberati que,

O princípio do *the best interest of the child* nasceu da idéia de que o Estado pode exercer sua autoridade sobre a criança que pratica ou mantém comportamento contra a lei, na ausência ou incapacidade dos pais de proverem sua necessária assistência. A filosofia do *parens patriae* adotada pelo sistema judicial juvenil dos Estados Unidos, consiste na exclusão ou suspensão do pátrio poder quando uma criança apresenta um comportamento contrário à lei. O *parens patriae* é um princípio da lei comum que autoriza o Estado a assumir as regras de orientação paternal e definir a custódia de uma criança (que pode ser seu aprisionamento para receber ‘cuidados’ e ‘proteção’!).¹⁹⁹

¹⁹⁸ PEREIRA, 1999, p. 1-101.

¹⁹⁹ LIBERATI, Wilson Donizete. Princípio do *best interest of the child* na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis. In: PEREIRA, 1999, p. 411.

Apesar da controvérsia inicial estabelecida na doutrina em relação ao termo utilizado no texto original *the best interest*²⁰⁰, vinculado a um conceito qualitativo, e a versão brasileira *o maior interesse*, vinculada a um conceito quantitativo, considerando os ideais da Doutrina da Proteção Integral adotada pelo legislador brasileiro, atualmente, é uníssono o entendimento no sentido de que a expressão mais adequada refere-se ao seu aspecto qualitativo, *melhor interesse*.

Na lição de Tânia da Silva Pereira, “diante dos elementos elencados, optamos pelo conceito qualitativo – *melhor interesse* – considerando-se o conteúdo da Convenção, assim como a orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro”²⁰¹.

Mesmo antes da Constituição Federal de 1988, a avaliação do melhor interesse da criança já estava consagrada como orientador da solução dos conflitos dos menores no art. 5º do Código Revogado, como “regra de ouro do Direito do Menor”²⁰², segundo o qual, na aplicação da lei, a proteção aos seus interesses sobrelevava qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, autorizando o Juiz de Menores a fazer prevalecer a legislação especial em caso de conflito com outro texto legal.

Após 1988, a adoção da Doutrina da Proteção Integral ratificou o princípio do melhor interesse da criança, como critério hermenêutico, conferindo-lhe natureza constitucional, como cláusula genérica que, em parte, se traduz pelos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto do art. 227 da Constituição Federal.

Como esclarece Gustavo Tepedino, o critério sintetizado na fórmula anglo-saxônica *the best interest of the child*, adquiriu, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana introduzida pelo art. 1º, III, da

²⁰⁰ O texto original em inglês declara, expressamente: “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, **the best interests of the child shall be a primary consideration**” (grifamos).

²⁰¹ PEREIRA, 1999, p. 6.

²⁰² CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 130.

Constituição Federal de 1988 e determinado especialmente no art. 6º da Lei n. 8.069/90²⁰³.

Percebe-se que o legislador, ao regulamentar o texto constitucional, inseriu implicitamente no art. 6º Estatuto da Criança e do Adolescente o princípio segundo o qual, na aplicação da lei, deverão prevalecer os interesses das crianças e dos adolescentes, respeitando-se sempre a sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento, mediante a proteção integral dos direitos de seus destinatários, indispensáveis ao seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, como estabelece o art. 3º.

Nessa linha de pensamento, Moacyr Pereira Mendes destaca que é

Interessante notarmos que a intenção do legislador, com o referido dispositivo, foi proteger, integralmente, os direitos dos menores, utilizando-se o aplicador do direito, se necessário, de todas as formas que lhes são peculiares para análise da matéria e dos dispositivos legais que deverão se aplicados por certo que essa proteção integral depreende-se do fato de estarmos lidando com uma pessoa ainda imatura, em fase de desenvolvimento e, por esta razão, todos os cuidados devem ser tomados visando a aplicação do melhor do direito.²⁰⁴

Desse modo, o princípio do melhor interesse deve ser tido como o fundamento primário de todas as ações direcionadas à população infanto-juvenil, afinal, qualquer orientação ou decisão que lhes diga respeito deve sempre levar em conta o que é melhor e mais adequado à garantia de suas necessidades e interesses, que se sobrepõe a quaisquer outros, inclusive dos pais, visando sempre à sua proteção integral e a concretização dos seus direitos fundamentais.

Estabelece-se, portanto, no universo da infância e da juventude, uma diferenciação fundamental com o padrão até então existente, que era a da quase total desconsideração da pessoa humana da criança. Essa nova concepção que passa a revelar os cuidados, as atenções especiais que se fazem imprescindíveis, sempre sob o fundamento do “melhor interesse”.²⁰⁵

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 395.

²⁰⁴ MENDES, Moacyr Pereira. **A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente à Lei 8.060/90**. Mestrado (Direito). São Paulo. PUC, 2006, p. 33.

²⁰⁵ VERONESE, 2004, p. 25.

Por isso, inexistente um critério uniforme ou mesmo critérios do que venha a ser o melhor interesse, pois na aplicação do princípio há que sempre se levar em conta as peculiaridades de cada caso, porquanto, como salienta Tânia da Silva Pereira, os princípios do direito, de uma forma geral, possuem certa indeterminação devendo ser aplicado conforme as circunstâncias do caso concreto:

Isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser *prima facie*. Os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto.²⁰⁶

Merece destaque ainda a advertência da doutrina no sentido de que, por fundar-se na subjetividade de cada operador ou Juiz, a avaliação do melhor interesse das crianças e adolescentes envolvidos pode deixar de considerar outros interesses também relevantes, acarretando generalizações e dando margem à discricionariedade.

Como salienta Tânia da Silva Pereira,

A aplicação deste princípio enfrenta, na realidade, inúmeras dificuldades. Cabe um alerta no sentido de não se conceder ao Juiz um poder discricionário ilimitado; com base em uma interpretação sistemática e nas normas constitucionais e legais, deverão os Operadores de Direito tratar com atenção os conflitos que envolvem crianças, adolescentes e suas famílias.

A falta de clara definição para o princípio que resguarda a oitiva da criança aliada ao poder discricionário muito amplo por tal princípio autorizado podem gerar resultados injustos para as crianças, assim como fazer com que o número de litígios aumente, fornecendo ao juízes elementos vagos que podem comprometer suas próprias decisões.

Enfrentando incontáveis debates e dificuldades, os métodos atuais para a definição de questões que envolvam crianças e jovens ainda não encontraram parâmetros seguros para priorizar os interesses desses novos sujeitos de direitos no nosso ordenamento jurídico.²⁰⁷

Destarte, considerando a sua condição de pessoa em situação peculiar de desenvolvimento, no caso em concreto é que deverão ser identificados os fatores que devem ser priorizados para efetivação de seus interesses, especialmente para garantia do seu direito à convivência familiar e comunitária, que ora nos interessa especificamente.

²⁰⁶ PEREIRA, 2004, p.13.

²⁰⁷ PEREIRA, 2004, p 31-32.

3.2 O conteúdo jurídico do direito à convivência familiar e comunitária

Na esteira da Doutrina da Proteção Integral e aos princípios previstos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a Constituição Federal em vigor estabeleceu como direito fundamental²⁰⁸ de crianças e adolescentes, a convivência familiar e comunitária.

Conclamando que “família é a base da sociedade” (art. 226, CF) e que cabe a ela, juntamente com a comunidade e o Estado, assegurar à criança e ao adolescente o exercício de direitos fundamentais (art. 227, CF), o legislador brasileiro procurou ressaltar a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta, valorizando essa convivência, quer na família natural, quer na família substituta.

Essa compreensão da imprescindível necessidade da constituição de vínculos afetivos, para que a criança e o adolescente desenvolvam-se de forma plena, encontra como fonte a Declaração dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU), de 20 de novembro de 1959:

Princípio 6. Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e as autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças se, família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

²⁰⁸ De acordo com a doutrina mais recente, alguns autores tendem a distinguir a denominação de ‘direitos humanos’ (direitos numa esfera global) de ‘direitos fundamentais’ (direitos tutelados e consagrados na constituição de um país, dando a entender que cada uma possui um sentido e um alcance. Assim sendo, os direitos humanos ou direitos do homem podem ser compreendidos como os direitos válidos para todos os homens em todos os lugares, pelo simples fato de serem homens. Os direitos fundamentais, por sua vez, podem ser entendidos como direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço e temporalmente ou, em outras palavras direitos que o direito positivo vigente de cada Estado assim qualifica. (WOLKMER, Antonio Carlos Wolkmer. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos Wolkmer; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6).

Priorizando a convivência familiar como um direito fundamental da infanto-adolescência, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu, no art. 19, que “toda criança tem o direito de ser criada e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária”.

A família é assim reconhecida como estrutura ideal e privilegiada para o crescimento e a socialização das crianças e dos adolescentes, possibilitando a sua constituição como sujeito, o desenvolvimento afetivo e a capacidade de relacionar-se com o outro e o meio.

De acordo com Josiane Rose Petry Veronese,

A convivência comunitária é fundamental na estruturação da personalidade da criança e dos adolescentes e da nossa contínua elaboração de conceitos e valores, pois é na convivência com o outro diferente de nós, de nossas concepções, que aprendemos, na prática, as primeiras lições de tolerância. É na convivência com o outro que iniciamos as primeiras noções de civilidade, das quais extraímos modelos, aprendemos e exercitamos os princípios da coerência, do companheirismo, da solidariedade, noções estas que serão imprescindíveis em nossa formação (e reformulação) enquanto cidadãos, isto é, enquanto sujeitos comprometidos com a *polis*, com a sua comunidade. Ao negarmos, portanto, à criança o direito a essa convivência estaremos comprometendo não só a sua cidadania futura, mas a que já é lhe apresentada, por estarmos bloqueando o desenvolvimento pleno de sua personalidade.²⁰⁹

A convivência saudável com a família possibilita que

[...] o indivíduo encontre estabeleça sua identidade de maneira tão sólida que, com o tempo, e a seu próprio modo, ele ou ela adquira a capacidade de tornar-se membro da sociedade – um membro ativo e criativo, sem perder sua espontaneidade pessoal nem se desfazer daquele sentido de liberdade que, na boa saúde, vem de dentro do próprio indivíduo.²¹⁰

Por outro lado, as transformações sociais que implicaram mudanças na estrutura tradicional da família, na sua organização e no funcionamento, destacadas no

²⁰⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. Discriminação e atentados ao exercício da cidadania da criança e do adolescente. In: PEREIRA, 1999, p. 662.

²¹⁰ WINNICOTT, Donald Woods. **A família e o desenvolvimento individual**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 129.

Capítulo 2, foram recepcionadas pela nossa Lei Maior, que, rompendo com a concepção de família nuclear (pai, mãe e filho) admitiu, em seu § 4º do dispositivo citado, que “entende-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Dessa forma, a garantia do direito à convivência familiar e comunitária não está adstrita a um modelo hegemônico, mas ao contrário, evidenciando que suas funções de socialização e proteção podem ser exercidas nos mais diversos arranjos familiares e nos contextos socioculturais, a proteção outorgada pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente exigem que todos os esforços e ações sejam empreendidos pela sociedade e pelo Estado para garantir a preservação dos vínculos familiares.

Em decorrência, nas situações de risco e no enfraquecimento dos vínculos familiares, as estratégias de atendimento deverão esgotar as possibilidades de sua preservação, que vão desde o auxílio alimentar, geração de emprego e renda, apoio socioeconômico até a elaboração de novas formas de convívio relacional e referências afetivas no grupo, como já estabeleceu o artigo 226 da Constituição Federal de 1988, dispondo que “o Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Nesse sentido, não se pode olvidar que a capacidade da família para desempenhar plenamente suas responsabilidades e funções é interligada ao seu acesso aos direitos fundamentais básicos de saúde, educação e dos demais direitos sociais, pois, como bem destacado no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, aprovado pela Resolução Conjunta n. 1, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), em 13 de dezembro de 2006:

Assim, uma família que conta com orientação e assistência para o acompanhamento do desenvolvimento de seus filhos, bem como acesso a serviços de qualidade nas áreas de saúde, da educação, da assistência social, também encontrará condições propícias para bem desempenhar as suas funções afetivas e

socializadoras, bem como para compreender e superar suas possíveis vulnerabilidades.²¹¹

No contexto do citado Plano, vale salientar que o ponto fundamental para se compreender a importância do investimento no fortalecimento e no resgate dos vínculos familiares em situação de vulnerabilidade, é reconhecer-se a família em constante evolução, dotada de competências e habilidades desenvolvidas que se interpõem em cada etapa de seu ciclo de desenvolvimento, e, por isso, “potencialmente capaz de se reorganizar diante de suas dificuldades e desafios, de maximizar as suas capacidades, de transformar suas crenças e práticas para consolidar novas formas de relação”²¹².

É o que garante também o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor que:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou adolescente deverá ser mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

A manutenção dos vínculos familiares exsurge do citado dispositivo legal como obrigação inafastável do Poder Público e está diretamente relacionada ao investimento nas políticas públicas de atenção à família, que devem ser implementadas de forma articulada, diante da necessidade de que crianças e adolescentes tenham garantido o seu desenvolvimento de forma indissociável de seu contexto familiar e comunitário.

Como leciona Tânia da Silva Pereira,

A colocação familiar há de ser assumida como política municipal. Medidas preventivas para evitar o abandono, providências político-administrativas diretas ou indiretas e medidas judiciais de caráter não repressivo devem fazer parte dos programas na comunidade. ‘Casas maternais’ para acolher adolescentes grávidas, ajuda social e financeira às famílias como forma de prevenir o abandono representam medidas efetivas a serem implantadas no âmbito municipal. A

²¹¹ BRASIL. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006, p. 27. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/convivencia/plano_nacional_convivencia_familiar_comunitaria.pdf> Acesso em: 22 fev. 2009.

²¹² BRASIL. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**, 2006, p. 31.

institucionalização em entidades de abrigo deverá ser a última opção nas hipóteses de risco pessoal, especialmente nos casos de abandono.²¹³

Diante disso, a ruptura dos vínculos com a família biológica em decorrência de violações de direitos de crianças e adolescentes, com seu acolhimento institucional ou colocação em família substituta, deverá ser sempre excepcional e provisória, obrigando que se assegure a preservação dos vínculos familiares ou a integração à família substituta, apenas quando esgotados os recursos para que sejam mantidos nas famílias de origem.

Isso porque, alguns autores²¹⁴ são unânimes em afirmar que a separação da criança e do adolescente do convívio com a família, seguida de institucionalização, “pode repercutir negativamente sobre seu desenvolvimento, sobretudo, quando não for acompanhada dos cuidados adequados, administrados por um adulto com o qual possam estabelecer uma relação afetiva estável até que a integração ao convívio familiar seja viabilizada novamente”²¹⁵.

Diante da gravidade das consequências que poderão advir, a decisão que determina o afastamento da criança ou do adolescente do seu núcleo familiar de origem, deve ser precedida de rigorosa avaliação dos riscos aos quais estão expostos, as condições da família para superação da situação de violação ou negligência, bem como as possibilidades da família extensa ou “rede social de apoio”²¹⁶ atendê-los momentaneamente, até a superação da situação de crise, a ser efetivado pela Equipe Técnica da entidade de acolhimento, da rede de proteção ou do próprio Poder Judiciário²¹⁷.

²¹³ PEREIRA, 1999, p. 228.

²¹⁴ Como BOWLBY, John. **Cuidados maternos e saúde mental**, Porto Alegre: Artes Médicas, 1998; DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991; WINNICOTT, Donald. **Privação e delinquência**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²¹⁵ BRASIL. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. 2006, p. 31.

²¹⁶ Nos termos do Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária caracterizam a rede social de apoio os “vínculos vividos no cotidiano das famílias que pressupõe auxílio mútuo, não de caráter legal, mas sim de caráter simbólico e afetivo. São relações de apadrinhamento, amizade e vizinhança e outras correlatas. Constam dentre elas, relações de cuidado estabelecidas por acordos espontâneos e que não raramente se revelam mais fortes e importantes para a sobrevivência cotidiana do que muitas relações de parentesco.”

²¹⁷ Nos termos do art. 150, do Estatuto da Criança e do Adolescente, “Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção da equipe interprofissional, destinada à assessorar a Justiça da Infância e Juventude”.

Lamentavelmente, essa realidade ainda parece longínqua em nosso horizonte, pois o Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede de Serviços de Ação Continuada (SAC) do Ministério do Desenvolvimento Social, que contemplou 589 abrigos beneficiados com recursos do Governo Federal, realizado pelo IPEA/CONANDA, em 2003²¹⁸, evidenciou que a cultura da institucionalização indiscriminada de crianças ainda se afigura como único caminho para sua “proteção”, demonstrando que o princípio da excepcionalidade e brevidade da medida não vem sendo respeitados.

Como destacado no Primeiro Capítulo da pesquisa, o Brasil é um país com tradição de responder com institucionalização nos casos de situações de vulnerabilidade de crianças e adolescentes como medida de proteção contra os desvios causados pelas condições sociais, econômicas e morais das famílias em situação de pobreza ou como medida corretiva de desvios²¹⁹.

Entre os principais motivos para o abrigamento, apurou-se: a pobreza da famílias (24,2%), o abandono (18,9%), a violência doméstica (11,7%), a dependência química dos pais ou responsáveis, incluindo o alcoolismo (11,4%), a vivência de rua (7%) e a orfandade (5,2%)²²⁰.

Assim, o levantamento demonstrou que, embora a carência de recursos materiais não constitua motivo para a perda ou suspensão do poder familiar, dentre as causas que motivaram o abrigamento de expressiva parcela das crianças e adolescentes institucionalizados estavam relacionadas à pobreza, consequência da falha ou inexistência das políticas de apoio às famílias que delas necessitam.

De acordo com o art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, se incumbe precipuamente aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, não menos responsável é o Estado, pois o seu cumprimento, mormente pela

²¹⁸ SILVA, Enid Rocha Andrade da Silva (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária**: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

²¹⁹ BRASIL. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**, 2006, p. 61.

²²⁰ IPEA, 2004. **Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC**.

família sem recursos materiais, está indissolúvelmente associado à concomitante obrigação de proteção e assistência pelo Poder Público, nos termos do art. 226, §§ 3º e 8º, da Constituição Federal.

Se, nos termos do art. 23, do citado Diploma Legal, a pobreza – carência de recursos materiais – não se constitui em motivo suficiente para a perda do poder familiar, deve-se observar que a não garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente pela família vulnerável não pode ser confundida com o descumprimento injustificado dos deveres e das obrigações a que alude o art. 22 antes referido.

Além disso, mesmo as hipóteses do art. 1.638 do Código Civil Brasileiro²²¹, que justificam a perda do poder familiar, devem ser consideradas com cautela, pois, na prática, a falta de condições materiais da família, associada à omissão do Estado e da sociedade, efetivamente impedem que os pais possam cumprir adequadamente seus deveres.

Desse modo, apenas a omissão voluntária da família, quando esgotados todos os recursos possíveis para promover a superação da situação que motivou o afastamento da criança ou do adolescente vítima de violência, abandono e negligência pelos pais biológicos, é que autorizará a promover a competente ação de suspensão ou destituição do poder familiar, a fim de proceder à sua colocação em família substituta.

Segundo Maria Amélia Azevedo e Viviane Guerra, “a negligência se configura quando os pais (ou responsáveis) falham em termos de atendimento às necessidades dos filhos (alimentação, vestir, etc.) e quanto tal falha não é o resultado das condições de vida além do seu controle”²²², razão pela qual, antes de decidir-se pelo seu afastamento da família de origem, possa se ter certeza que não há interesse em prestar os cuidados básicos ao seu desenvolvimento.

²²¹ Art. 1.638. Perderá, por ato judicial, o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

²²² AZEVEDO, Maria Amélia & GUERRA, Viviane. Infância e Violência intrafamiliar. *Apud* TERRA DOS HOMENS. Série ‘**Em defesa da convivência familiar e comunitária**. Violência intrafamiliar’. Vol. 4. Rio de Janeiro: ABTH/Booklin, 2003, p. 32.

No entanto, é forçoso reconhecer que há situações em que a permanência da criança ou do adolescente sob a guarda dos pais significa risco iminente à sua vida ou integridade física, como nos casos de violência física habitual ou abuso sexual, autorizando a aplicação das medidas de proteção previstas no art. 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive o seu afastamento do lar e abrigamento em entidade, além daquelas aplicáveis aos pais (art. 129).

Registre-se pois que, mesmo nessa hipótese extrema de ingerência no poder familiar, nas situações previstas na lei civil e por descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o artigo 22, do Estatuto da Criança e Adolescente, que dependerá de decisão judicial, deve ser assegurado aos pais no curso do procedimento o amplo direito à defesa e contraditório, através de advogado constituído, da Defensoria Pública ou assistência judiciária gratuita, bem como durante a instrução da ação, deve a rede de proteção perseverar na atenção à família de origem, como forma de abreviar a separação e promover à reintegração familiar, sempre sem perder de vista o seu melhor interesse.

Nesse sentido, é o que destaca o art. 9, item 3, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança,

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Tal medida se afigura imprescindível principalmente nos casos em que inexitem alternativas de reintegração na família extensa ou com reduzidas possibilidades de colocação em família substituta, como ocorre com os adolescentes ou crianças portadoras de alguma patologia ou deficiência, considerados comumente como ‘inadotáveis’ e com perspectiva de acolhimento institucional de longa permanência, cujo atendimento deve perseverar no apoio ao fortalecimento dos vínculos comunitários, na qualificação profissional e na construção de um novo projeto de vida, fundado em metodologia que favoreça o exercício de seu protagonismo, posto que a decisão que suspende ou destitui os pais do poder familiar não terá qualquer efetividade.

A convivência comunitária, nesses casos e no apoio à família de origem, assume especial relevância na medida em que na sua ausência ou fragilidade, é a relação com a comunidade, as instituições e espaços sociais que a criança ou adolescente se inserem, manifestam sua individualidade e encontram importantes recursos para o seu desenvolvimento.

Os espaços e as instituições são, portanto, mediadores das relações que as crianças e adolescentes estabelecem, contribuindo para a construção das relações afetivas e de suas identidades individual e coletiva. Nessa direção, se o afastamento do convívio familiar foi necessário, as crianças e adolescentes devem, na medida do possível, permanecer no contexto social que lhes é familiar. Além de muito importante para o desenvolvimento pessoal, a convivência comunitária favorável contribui para o fortalecimento dos vínculos familiares e a inserção social da família.²²³

Com a perspectiva de articulação das políticas públicas visando ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários é que o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, já citado, objetiva destacar a importância da mobilização do Estado e da sociedade visando primordialmente a prevenção do seu rompimento, na qualificação dos serviços de acolhimento e no investimento para o retorno ao convívio com a família de origem.

Rumar em sentido contrário, reproduzindo práticas paternalistas que reforcem a falsa idéia de que a família empobrecida é incapaz de cuidar dos seus filhos, implica sem dúvida a negação do seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária, comprometendo não só a sua cidadania futura mas também sua atual condição de sujeito de direitos, na medida em que impede o desenvolvimento pleno de sua personalidade.

3.3 A família substituta: guarda e adoção

²²³ BRASIL. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, 2006, p. 32.

Como já abordado no Capítulo 1, o acolhimento de crianças por pessoas alheias à sua família natural, especialmente nos casos de entrega pelos pais, orfandade, abandono, maus-tratos e negligência, tem sido uma prática usual na história da humanidade com o objetivo de suprir a sua ausência. Nesse contexto histórico, tem-se que a adoção é um dos institutos jurídicos mais antigos apresentado como alternativa ao assassinato de crianças nos primeiros séculos.

Uma vez impossibilitada a convivência com a família de origem, o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente amplia a possibilidade da garantia de tal direito excepcionalmente à família substituta, considerando que, não sendo viável aos pais fazê-lo, por razões apuradas em ação própria, outras pessoas poderão assumir a responsabilidade pelos cuidados e proteção de crianças e adolescentes, uma vez demonstrada a importância do estabelecimento de vínculos afetivos para o seu desenvolvimento e socialização, além das dificuldades e consequências da sua institucionalização, como resume a psicóloga Mônica Cuneo:

A descontinuidade dos vínculos afetivos formados no espaço institucional também foi apontada pelos respondentes como fator incidente que prejudica o processo de interação social da criança abrigada por longo período de tempo, a qual demora em demonstrar sinais de formação de apegos sociais específicos. Por fim, foram elencadas pelos entrevistados a ansiedade, a frustração e a depressão como características comuns às crianças abrigadas por mais de um ano. Essas são marcas profundas e dolorosas que mutilam, aos poucos, os sentimentos dos pequenos, ainda em elaboração, podendo contribuir para a incidência de perturbações biopsicossociais em fases mais tardias da vida. Em relação às crianças institucionalizadas por longo período o que se nota é uma angústia excessiva, uma apreensão permanente que vai se agravando com o passar do tempo de abrigamento.²²⁴

Para possibilitar a diferenciação em relação à família substituta, o art. 25 do referido Texto Legal esclarece que “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou quaisquer deles e seus descendentes”, em consonância com o art. 226, § 4º, da Constituição Federal, antes analisado.

²²⁴ Mônica Rodrigues Cuneo. **Abrigamento prolongado:** os filhos do esquecimento. A Institucionalização Prolongada de Crianças e as Marcas que Ficam. Disponível em: www.sbpj.org/materias/Abrigamento_Prolongado.doc Acesso em: 08 mai. 2009.

Com ou sem casamento, desde que uma comunidade de vida se formou entre os pais, ou qualquer deles, e os filhos, a família, assim constituída, não pode deixar de ser havida como *família natural*, para os fins legais²²⁵.

Nesse sentido, inicialmente importa lembrar que o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, como já analisado, independe do estado civil dos pais, mudança operada após a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu, no seu art. 227, § 6º, o princípio da igualdade da filiação, posteriormente reproduzido no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, proibindo, com fundamento na doutrina da proteção integral, quaisquer designações discriminatórias, inclusive em relação à filiação adotiva.

Como bem salienta Heloísa Helena Barboza,

Não importa se os pais são casados, não casados, companheiros, conviventes, ou mesmo se são parentes em grau que lhe impede o casamento. O filho, como tal biologicamente considerado, tem *direito* ao reconhecimento correspondente ao estado jurídico de filho. A filiação constitui portanto, um vínculo jurídico com natureza própria, que não mais se contém no casamento ou fora dele, já que se estabelece, insista-se, em decorrência do fato natural da procriação.²²⁶

Destarte, independentemente do tipo de arranjo familiar em que a relação de filiação está inserida, a efetivação da proteção integral reclama a garantia do direito à convivência da criança e do adolescente com sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta, na forma de guarda, tutela e adoção, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, que adotou alguns princípios comuns visando sempre à garantia do seu desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança também prevê a colocação em família substituta como instrumento de garantia da convivência familiar no caso de privação temporária ou permanente do seu meio de origem²²⁷.

²²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *In*: CURY, 2000, p. 103.

²²⁶ BARBOZA, 1999, p. 119.

²²⁷ Artigo 20

1. As crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo interesse maior exija que não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado.
2. Os Estados Partes garantirão, de acordo com suas leis nacionais, cuidados alternativos para essas crianças.
3. Esses cuidados poderiam incluir, *inter alia*, a colocação em lares de adoção, a *kafalah* do direito islâmico, a adoção ou, caso necessário, a colocação em instituições adequadas de proteção para as crianças. Ao serem consideradas as soluções, deve-se dar especial atenção à origem étnica, religiosa, cultural e linguística da criança, bem como à conveniência da continuidade de sua educação.

Assim, partindo-se do reconhecimento da família pluralizada, composta por pessoas unidas por laços de consanguinidade, de aliança e afinidade, como referência de afeto, proteção e cuidados, a família substituta caracteriza-se como sendo aquela que, não sendo a natural, assumiu o seu lugar e funções na garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e a sua proteção integral, conforme estabelece o art. 227 da Constituição Federal e art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É certo, porém, que dependendo do tipo de colocação em família substituta (eventual, transitória ou permanente) que variará segundo a maior ou menor eventualidade daquele estado de substituição, advirão os efeitos quanto à maior ou menor capacidade de ingerência na vida da criança ou adolescente posto sob a proteção daquela família substituta.

Assim, se assume ela o caráter definitivo, através de adoção, na verdade assume a posição da substituída, portanto assume a totalidade de direitos desta.

Entretanto, se assume temporariamente a posição da família substituída, também restritos estarão os direitos que poderá exercer.²²⁸

Além disso, prevendo o *caput* do art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a medida se aplica “independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente”, estabelece que a possibilidade de colocação da família substituta independe do fato de estar a criança sob poder familiar dos pais ou em uma entidade, bastando apenas que se afigure como necessária e adequada ao seu melhor interesse, com o intuito de fazer cessar a situação de negligência ou violação de direitos a que está submetida, apurados em procedimento próprio previsto nos artigos 165 e seguintes.

Desse modo, respeitada a excepcionalidade da medida, que não pode fundar-se exclusivamente na carência de recursos materiais (art. 23 do ECA), na colocação mediante guarda, inexistente a exigência obrigatória de perda ou suspensão do poder familiar, que é condição indispensável tanto para a tutela como para a adoção (arts. 36, parágrafo único, 41 e 169 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Para subsidiar a decisão que transfere a criança ou o adolescente para família substituta, reconhecendo-os como sujeitos de direitos em condição peculiar de

²²⁸ AOKI, Luiz Paulo Santos. *In*: CURY, 2000, p. 111.

desenvolvimento, fundamentos da proteção integral, o art. 28, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece o direito de serem ouvidos, sempre que possível, sendo sua opinião devidamente considerada. Tal determinação reproduz o conteúdo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que, em seu art. 12, dispõe que

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Desse modo, podendo a criança ou o adolescente exprimir sua vontade, ao julgador é imposta a obrigação legal de colher a sua manifestação de vontade expressa pelo termo “deverá” constante do dispositivo, por meio de métodos adequados ao seu grau de desenvolvimento e capacidades, já que a tarefa exige sensibilidade do Magistrado para agir de acordo e em prol do seu bem-estar, tendo em vista que, para contrariá-la, terá de justificar a disposição diversa daquela manifestada²²⁹.

Sua opinião, cotejada com os demais elementos constantes do procedimento específico, deve avaliar aspectos relacionados à conveniência da medida, como o conhecimento de sua situação e as medidas a serem adotadas, a aceitação ao novo grupo familiar, as condições propiciadas para a garantia de seus direitos e especialmente o grau de parentesco e sua relação de afinidade ou afetividade com a família substituta, como prevê expressamente o § 2º do citado artigo, a fim de evitar ou minorar as suas consequências.

A relevância da manifestação da criança e do adolescente, consentânea com o seu reconhecimento como sujeito de direitos, é ainda reforçada em outros dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, como no art. 161, § 2º, ao estabelecer ainda que na ação de destituição ou suspensão do poder familiar, se o “pedido importar em

²²⁹ AOKI, 2000, p. 115.

modificação de guarda será obrigatória desde que possível e razoável, a oitiva da criança e do adolescente”.

Tendo em mente que a decisão de retirar uma criança de sua família de origem terá repercussões profundas, tanto para a criança quanto para a família, os critérios exemplificados pelo dispositivo legal objetivam, sem dúvida, minorar os prejuízos decorrentes do afastamento ao seu processo de desenvolvimento, considerando-se o seu melhor interesse, diante dos vínculos já estabelecidos, por exemplo, com a família extensa, ou seja, aquela que se estende para além da unidade pais/filhos e/ou da unidade do casal, estando ou não dentro do mesmo domicílio, como irmãos, meio-irmãos, avós, tios e primos, e com as pessoas significativas na rede social de apoio.

A análise da família substituta deve considerar ainda se essa oferece ambiente familiar adequado, não só material mas também afetivo, não se deferindo a colocação de criança e adolescente àquela que revele incompatibilidade com a natureza da medida (art. 29, ECA).

Certamente, a natureza da medida é a de proporcionar à criança ou adolescente uma vida familiar compatível com suas necessidades e direitos. O ponto central da medida, portanto, são os interesses da criança, e não os interesses e necessidades dos adultos. Revelam, desta forma, incompatibilidade da medida pessoas que buscam na criança ou adolescente um serviço doméstico ou aqueles que, por motivos pessoais, consideram a criança como um objeto de consumo que venha, p. ex., a corrigir frustrações ou resolver problemas de casamento em crise.²³⁰

A única ressalva estabelecida na Lei refere-se à impossibilidade de colocação da criança em família substituta estrangeira residente em outro país, somente admissível na modalidade de adoção²³¹, a fim de prevenir a sua saída do território nacional em situação precária, passível de revogação, como ocorre em relação à guarda e tutela.

Assim, uma vez determinada a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, não se admitirá a sua transferência a terceiros ou entidades

²³⁰ BECKER, Maria Josefina. *In*: CURY, 2000, p. 121-122.

²³¹ Art. 31, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

governamentais ou não governamentais sem expressa autorização judicial, como dispõe o art. 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente, evitando-se assim novas transferências e ruptura dos vínculos, a critério dos adultos que, muitas vezes, despreparados para acolhê-las, diante de situações decorrentes da não adaptação ou dificuldades na convivência, decidem devolvê-los à Justiça ou, o que é pior, transferi-los a outras famílias, sem que se tenha apurado as suas reais condições para atendê-los, o que se afigura claramente prejudicial ao seu desenvolvimento e interesse.

3.3.1 Guarda

De acordo com a Lei Civil²³², a guarda é um dos atributos do poder familiar e por isso, durante muito tempo, vinculou-se apenas aos pais o direito de guarda dos filhos.

Compreendendo a guarda como uma das modalidades de colocação em família substituta, tem-se ressaltado que é um dos atributos do poder familiar, mas não se exaure nele nem com ele se confunde e por isso, pode existir independentemente do seu exercício, como reciprocamente este pode ser exercido sem a guarda, ao contrário da tutela, que não pode coexistir com aquele.²³³

O instituto da guarda já era previsto no Código de Mello Matos de 1927, no seu artigo 27, afirmando que “entende-se por encarregado da guarda do menor a pessoa que, não sendo seu pai, mãe ou tutor, tem por qualquer título a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia.

Também o Código de Menores de 1979, identificando o “menor em situação irregular”, regulamentou a guarda como forma de colocação em lar substituto (art. 17, II), dispondo, em seu art. 2º, parágrafo único, que “entende-se por responsável

²³² Código Civil Brasileiro, art. 1.634, inciso II.

²³³ Art. 36, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente no dever de guarda”.

aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação do menor, ou voluntariamente o tem em seu poder e companhia, independentemente de ato judicial”.

Reconhecendo a primazia do direito à convivência familiar e a excepcionalidade da colocação de crianças e adolescentes em família substituta, o Estatuto buscou aprimorar o instituto, evitando assim a sua institucionalização, reconhecendo que, diante da fragilidade das políticas de promoção à família, a sua transferência e a posse de fato por pessoas alheias ou mesmo integrantes ao grupo familiar de origem, à margem da lei, ainda vem sendo efetivada como alternativa primeira para garantia da sua sobrevivência e de seu desenvolvimento, situação cujas implicações jurídicas serão objeto de análise detalhada no Capítulo 4 da presente pesquisa.

A medida de colocação em família substituta sob a forma de guarda é bastante flexível e oferece alternativas de proteção à criança e ao adolescente em diversas circunstâncias. Não é demais acrescentar que a guarda é uma prática altamente difundida entre as famílias de classes populares, fruto da solidariedade humana existente no seio desses segmentos sociais. É a vizinha que toma conta das crianças enquanto a mãe vai para o hospital, a tia que cuida dos sobrinhos quando a irmã entre em crise, e assim por diante.²³⁴

Assim, a guarda vem sendo a modalidade de colocação em família substituta mais amplamente utilizada e, nos termos do art. 33, “obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Segundo a lição de Wilson Donizeti Liberati, a guarda poderá ser deferida para atender a várias circunstâncias:

- a) Para regularizar a posse de fato de criança ou adolescente, art. 33, § 1º, do ECA;
- b) Como medida liminar ou incidental nos processos de tutela ou adoção, art. 33, § 2º, do ECA;
- c) Como medida excepcional para atender a situações peculiares, art. 33, § 2º, do ECA;

²³⁴ BECKER, 2000, p. 132.

d) Como medida para regularizar a situação de adolescente trazido de outra comarca para prestar serviços domésticos, art. 248, ECA.²³⁵

Na primeira hipótese, visa a Lei regularizar a situação fática existente, como dito anteriormente, a fim de impor àquela pessoa que, sem a intervenção judicial, assume a seu cargo a criação e educação de determinada criança, os efeitos jurídicos respectivos para garantia de sua proteção integral, evitando assim que a posse de fato da criança, autorizada e transferida pelos próprios pais, implique violação do seu direito à convivência familiar, ou no caso de famílias que revelem incompatibilidade com a medida e não ofereçam familiar adequado.

No entanto, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente preveja tal possibilidade, é certo que a regularização da “guarda jurídica” da criança depende da manifestação de vontade do guardião de fato encarregado pelos pais dos seus cuidados e criação, que deve se dirigir ao Sistema de Justiça para regularizá-la. Caso contrário, normalmente o Poder Judiciário e o Ministério Público infelizmente só tomam conhecimento da posse de fato da criança ou do adolescente quando a rede de proteção e o Conselho Tutelar são acionados nos casos de violações de seus direitos, ocasião em que lamentavelmente os danos físicos e emocionais causados por eventual violência ou negligência dos guardiões são irreversíveis, implicando a sua separação da família substituta e em novo abandono.

A guarda pode ser também deferida em caráter temporário ou provisório, quando visa a atendimento de situação limitada ou por termo ou condição, não sendo assim um fim em si mesma (ECA, art. 167). Pode ser deferida ainda liminarmente, para regularizar situação de posse de fato, ou seja, guarda de fato de criança ou de adolescente pura e simples, com vistas a uma situação jurídica futura – como a regularização da guarda jurídica - ou pode ser incidental, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros, já que, como visto, a colocação em família substituta nesse caso só se dará com o trânsito em julgado da sentença que a defere (art. 30), e finalmente

²³⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 4.

quando houver necessidade de, no curso do processo, já efetivar-se a sua transferência para família substituta, se a medida atender ao seu melhor interesse, regularizando-se assim a sua posse de fato e impondo os deveres do guardião.

No primeiro caso, a guarda se esgota em si mesma e o interesse da criança ou do adolescente é satisfeito com a sua colocação em família substituta. Já as demais são de reduzida duração e se exaurem quando se realiza ou se obtém uma situação peculiar ou se procede a um ato determinado.

Além das situações em que a guarda pode ser deferida para regularizar a posse de fato de criança ou adolescente, o artigo 33, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê a possibilidade de ser deferida excepcionalmente “para suprir a falta eventual dos pais ou responsável”.

Embora sejam poucos os estudos existentes no que pertine ao objetivo dessa modalidade de guarda, já que, mesmo na hipótese da posse de fato, a medida deve ser sempre excepcional e no interesse da criança ou do adolescente, porquanto a garantia do direito fundamental à convivência familiar exige que, mesmo que entregue voluntariamente pelos pais a outros familiares ou terceiros, que requerem a sua guarda, devem ser esgotadas as possibilidades de seu retorno e manutenção na família biológica, somente se observa tal medida nas situações emergenciais, visando a suprir a ausência dos pais, como determina o dispositivo antes citado, nas hipóteses, por exemplo, de pais ignorados, desaparecidos ou hospitalizados, até que se avalie a conveniência de proceder-se à sua colocação em família substituta de forma permanente.

Ainda que os genitores concordem expressamente com a colocação da prole sob a guarda de terceiros, ou, caso inexistentes razões suficientes para a suspensão ou destituição do poder familiar, entende-se que a colocação em família substituta mediante guarda deverá ser sempre excepcional, mesmo quando a criança ou adolescente já esteja na posse de fato dos pretendentes à guarda, diante da possibilidade de ruptura permanente dos vínculos familiares, o que, sem dúvida será contrário ao seu melhor interesse.

Como lembra Maria Josefina Becker,

A excepcionalidade a que se refere o § 2º do art. 33 para atender situações peculiares, será tanto mais frequente quanto menos se organizarem e implementarem programas de assistência à família de baixa renda (v. art. 23). Na prática, a situação econômica precária, embora não seja causa para perda ou suspensão do pátrio poder, impede, muitas vezes, pelo menos eventualmente, o exercício efetivo da guarda dos filhos de pais que trabalham todo dia e não contam com equipamentos comunitários ou públicos, como creches e pré-escolas. Não é demais sublinhar que, nesses casos extremos, deve ser dada preferência à guarda por pessoas do grupo familiar ampliado ou do mesmo ambiente cultural e social da família natural, para que se preservem a identidade da criança ou do adolescente bem como seus vínculos com os pais biológicos.²³⁶

A modalidade de guarda prevista no art. 248 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê como infração administrativa a omissão referente à obrigação de regularização da situação do adolescente trazido de outra Comarca para a prestação de serviços domésticos, reproduzindo o art. 71 do revogado Código de Menores de 1979, constitui, a nosso ver, resquício da triste história do acolhimento familiar de inúmeras crianças e jovens, que, não tendo lhes sido garantido o direito e as condições para crescerem em suas famílias de origem, eram encaminhados a “casas de famílias” para exploração de sua mão de obra em troca da própria sobrevivência.

Salientando que o tema será abordado no Capítulo seguinte, pois a história dos filhos de criação e de muitas colocações em família substituta, até os dias atuais, lamentavelmente ainda reproduzem tais práticas discriminatórias e violadoras, de plano registra-se que o art. 7º da Constituição Federal, inciso XXXIII, alterado pela Emenda Constitucional n. 20, de 15-12-1998, proibiu expressamente o trabalho do menor de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos de idade, o que não é o caso do trabalho doméstico, pois a atividade não se enquadra no conceito de aprendizagem, nos termos da Lei n. 10.097, de 19-12-2000.

No que pertine ao exercício da guarda a fim de viabilizar aos guardiões as condições para o atendimento adequado à criança ou adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente lhe atribui o direito de representação para a prática de determinados atos, que, consoante o art. 1.634, V, do Código Civil seria restrito aos pais

²³⁶ BECKER, 1994, p. 42.

no exercício do poder familiar; atribuindo-lhes a condição de dependente do guardião para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários.

Nesse sentido, o art. 227 da Constituição Federal de 1988, em seu § 3º, reza que o direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: garantia de direitos previdenciários e trabalhistas (inciso II) e estímulo do Poder Público, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado (inciso VI).

Embora a garantia do direito à convivência familiar e o rompimento dos vínculos com a família natural seja excepcional, não se pode negar que, com vistas à percepção do benefício previdenciário, inúmeras ações de guarda são ajuizadas diariamente com essa finalidade exclusiva, o que, em tese, contraria a finalidade do instituto, que, como visto, objetiva a proteção integral da criança e adolescente quando apenas excepcionalmente os pais não podem atendê-los, já que o encargo é muito mais amplo, conferindo a seu detentor a responsabilidade de prestar-lhe assistência moral, material e educacional.

No entanto, não se pode desconsiderar que o benefício previdenciário pretendido, muitas vezes, constitui-se em única fonte ou complementação da renda para a manutenção da família, nos casos, cada vez mais frequentes, em que os avós assumem as responsabilidades pelo sustento do grupo familiar e os cuidados pelos netos.

Contrariamente, quando isso não ocorre, ou seja, quando os netos vivem sob os cuidados dos pais biológicos, a guarda requerida com essa finalidade exclusiva deve ser indeferida, sob pena de eximirem-se os genitores das responsabilidades decorrentes do poder familiar e contribuir-se para fragilização dos vínculos respectivos.

Nesse sentido é que a colocação em família substituta mediante guarda, em respeito à Doutrina da Proteção Integral e ao direito fundamental à convivência familiar, deve ser cautelosamente analisada, a fim de avaliar se atende ao melhor interesse da criança e do adolescente, como vêm reiteradamente decidindo os nossos Tribunais:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA DE CRIANÇA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. EXEGESE DO ART. 33, §2º, DA LEI Nº 8.069/90.

RECURSO PROVIDO. O jurista que pretenda transitar com segurança pela seara da criança e do adolescente deverá ter sempre presente o princípio maior insculpido no dispositivo 1º, da Lei nº 8.069/90. Isso porque, do aludido dispositivo, floresce toda a estrutura da doutrina da proteção integral - concepção sustentadora do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo do espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente a proteção integral, inadmissível se apresenta a não concessão do instituto da guarda, quando esta tem por finalidade precípua, na hipótese em apreço, assegurar as crianças (netas dos requerentes) o resguardo previdenciário.²³⁷

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça já assentou:

GUARDA DE MENOR. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PAIS PRESENTES. INTUITO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. LEI 8.069/90. PRECEDENTES. - O pedido de guarda formulado por avô não pode ser deferido para meros efeitos previdenciários, se os pais têm plena possibilidade de permanecer no seu exercício. Precedentes. - Recurso Especial não conhecido.²³⁸

Por fim, resta ainda consignar que, visando justamente a atender o princípio do melhor interesse e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em processo de desenvolvimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente prevê no art. 35 a possibilidade de ser alterada quantas vezes foram necessárias e convenientes ao seu desenvolvimento, já que o rompimento frequente dos vínculos estabelecidos eventualmente poderá comprometer a sua estabilidade emocional.

Como destaca Yussef Said Cahali,

Diz-se que a decisão a respeito da guarda do menor não transita em julgado sob o aspecto substancial ou material, ocorrendo eventualmente trânsito em julgado apenas sob o aspecto meramente formal; ante a inexistência de coisa julgada, poderá a mesma ser revista a qualquer tempo, desde que as circunstâncias de fato ou de direito tenham se modificado e que uma nova solução passe a atender melhor aos interesses da criança ou adolescente.²³⁹

Assim, o requerimento de revogação do encargo e a reintegração da criança ou adolescente à família de origem poderá ser formulado nos mesmos autos do

²³⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 41.071**. Rel. Des. Álvaro Wandelli. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 25 mar. 2009.

²³⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 125769/RJ**. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 14 mai. 2002. Disponível em <http://stj.jus.br>. Acesso em 13 abr. 2009.

²³⁹ CAHALI, Yussef Said. *In*: CURY, 2000, p. 134.

procedimento anterior, sempre submetido ao estudo prévio que a recomende para garantia de sua proteção integral.

3.3.2 Adoção

Disciplina o Estatuto da Criança e do Adolescente que, além da guarda e da tutela, a adoção de crianças e adolescentes constitui uma modalidade de colocação em família substituta, quando impossibilitada a convivência com a família natural, aplicada como medida de proteção, na forma do art. 101, inciso VIII.

Diferentemente da tutela²⁴⁰, que tem por objetivo garantir a proteção ao menor de 18 anos, não emancipado, nos casos de suspensão ou destituição do poder familiar ou de falecimento dos pais ou quando esses forem julgados ausentes, mantendo a criança ou o adolescente tutelado os vínculos com sua família natural e preservando a sua identidade originária; a adoção é medida excepcional e irrevogável e “atribui a situação de filho ao adotado, com os mesmos direitos, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”²⁴¹.

Como brevemente analisado nos Capítulos 1 e 2, a adoção tem suas origens nas eras mais remotas da antiguidade, inicialmente, com um caráter religioso e místico, para preservar o culto aos deuses domésticos do casal que não pudesse ter filhos, e, posteriormente, com cunho patrimonial ou político, visando à transmissão da herança ou do título também dos que não podiam conceber, admitindo, por fim, um caráter eminentemente social, visando ao acolhimento e à proteção da criança em situação de abandono.

No Brasil, apenas no século XX, a adoção foi objeto de normatização específica. Embora prevista inicialmente nas Ordenações Filipinas, o Código Civil de

²⁴⁰ A tutela encontra-se regulada no Código Civil, em seus artigos 1.728 a 1.766 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 36 a 38).

²⁴¹ Art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 1.626, do Código Civil Brasileiro.

1916²⁴² determinava que somente poderia adotar a pessoa com mais de 50 anos, sem descendentes legítimos ou legitimados e deveria ser, pelo menos, 18 anos mais velho que o adotado. O filho adotivo, no caso de nascimento de prole “legítima”, teria direito apenas à metade da herança a que teria direito aquele.

Posteriormente, a Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, permitiu a adoção a quem já tivesse prole consanguínea, dando nova redação ao art. 377 do Código Civil, dispondo que, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a adoção não envolveria a relação hereditária, em evidente discriminação entre os filhos adotivos, aqueles com direito hereditário (adoção anterior à prole sanguínea) e sem direito hereditário (havida posteriormente). A idade do adotante foi reduzida para 30 anos, estabelecendo uma diferença mínima de 16 anos.

Em 2 de junho de 1965, a Lei n. 4.655 instituiu a “legitimação adotiva” impondo limites ao número de adoções por casais, integrando totalmente o legitimado na família adotante, com direitos sucessórios plenos. “A legitimação adotiva misturou as noções de adoção (estabelecendo um parentesco de primeiro grau, em linha reta) e da legitimação²⁴³ (artigos 352-354), parentesco igual ao que vincula o pai ao filho consanguíneo”²⁴⁴.

Revogando tal texto legal, o Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10-10-79) estabeleceu o sistema dúplice de adoção: a plena, que atribuía ao adotado o *status* de filho legítimo, rompendo os vínculos com a família biológica, em caráter irrevogável, atribuindo-lhe integralmente direitos sucessórios; e a adoção simples, relativa ao “menor em situação irregular”, que poderia ser revogada, e, em relação aos direitos sucessórios, seguia a orientação do Código Civil, deferindo ao adotado metade do que coubesse ao filho legítimo concorrente.

²⁴² Arts. 368 a 378.

²⁴³ Legitimação era o meio jurídico de, por meio de casamento posterior dos pais, tornar legítimos os filhos que não o eram, por não terem sido gerados por justas núpcias.

²⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse da criança. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: Adoção. Aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 112.

Mesmo assim, o Código de Menores, como observa Luiz Carlos de Barros Figueirêdo, ao instituir a adoção plena “serviu de importante e indispensável estágio sem o qual teria sido impossível o salto das regras privatistas do Código Civil para as bem delineadas disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente”²⁴⁵.

Apenas com a Constituição Federal de 1988 e o novo paradigma jurídico da Proteção Integral é que se estabeleceu uma nova cultura em relação à adoção, orientada pelo melhor interesse da criança, quando foram abolidas todas as discriminações entre filhos legítimos, ilegítimo ou adotados, atribuindo-lhes os mesmos direitos e qualificações²⁴⁶. As adoções simples e plena foram, portanto, unificadas, tornando-se irrevogável. “Hoje só há, para os menores de 18 anos, uma adoção: a adoção plena, que através de uma ficção jurídica, vincula o adotado aos pais adotantes, como se tratasse de filho biológico ‘em perfeita imitação da natureza’”²⁴⁷.

A adoção estabelece o parentesco, através da filiação civil que, ao contrário da natural, está exclusivamente fundada em uma relação afetiva, fazendo com que o adotado passe a gozar do estado de filho do adotante. Em decorrência, desaparecem todas as ligações com a família natural e todos os vínculos são esquecidos e apagados, perante a lei, parentes serão agora os da família do adotante; a exceção dos impedimentos matrimoniais, que ainda persistem em relação ao núcleo de origem. O adotado é equiparado, nos direitos e nas obrigações, ao filho sanguíneo, e, nessa ordem, assegura-se a ele o direito a alimentos, assumindo os deveres de assistência aos pais adotivos.

Na lição de Arnaldo Marmitt, a adoção

[...] é um ato jurídico bilateral, solene e complexo. Através dela cria-se relações análogas ou idênticas àquelas decorrentes da filiação legítima, um *status* semelhante ou igual entre filho biológico e adotivo. Os laços de filiação e paternidade são estabelecidos pela vontade dos particulares, das pessoas entre as quais esta relação inexistente naturalmente. Não se trata de mero contrato, mas de um ato jurídico, ou de um ato condição, que transforma a situação do adotado, tornando-o filho de quem não é seu pai, com toda a garantia de direitos e deveres que tal ato gera, e cujos efeitos decorrem da lei, não das partes, que não poderão alterá-los. Pelo relevante conteúdo humano e social que encerra, a adoção, muitas

²⁴⁵ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção internacional**: doutrina & prática. Curitiba: Juruá, 2003, p. 19.

²⁴⁶ Art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

²⁴⁷ LEITE, 2005, p. 113.

vezes, é um verdadeiro ato de amor. Além de seu caráter acentuadamente humanitário, a adoção também faz florescer os sentimentos sublimes da generosidade, da afeição, da benemerência, eis que veste alguém com o estado de filho, com todas as vantagens decorrentes.²⁴⁸

Destarte, embora na sua origem a adoção tivesse assim um caráter contratual e privado, regulado a partir da concepção civilista do Código Civil de 1916 e das leis seguintes, estabelecendo-a como ato jurídico solene aperfeiçoado pela vontade das partes, atualmente, por força da Doutrina da Proteção Integral, não se tem dúvidas quanto à sua concepção publicista, pois se cuida, em sua natureza, de instituto de ordem pública, já que visa ao interesse de toda sociedade na efetivação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes.

Fundada nessa nova concepção é que a adoção, nos termos da novel regulamentação²⁴⁹, será sempre instituída por sentença constitutiva e dependerá da assistência do Poder Público, vedando-se a adoção por escritura pública ou procuração, a fim de que, dada a excepcionalidade da medida e sua irrevogabilidade, previamente se possa avaliar se a colocação em família substituta atende aos interesses da criança, do adolescente ou mesmo do maior de 18 anos, o que seria inviável caso fosse feita diretamente em cartório extrajudicial ou se houvesse a intervenção de um terceiro, com evidente caráter negocial ou para atender a outros interesses.

Assim, a adoção de crianças e adolescentes está regulada no Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto a adoção de maiores de 18 anos é regida pelo Código Civil (arts. 1.618 a 1.629). Mudando o paradigma tradicional, segundo o qual a adoção tinha a finalidade precípua de dar filhos a quem não os tem, centrada, portanto, no interesse dos adultos, a adoção moderna busca garantir uma família a uma criança cujo convívio com a família biológica esteja impossibilitado.

Talvez a mais importante alteração da adoção tenha atingido o conceito mesmo do instituto que passou de uma visão personalista, individualista e egoísta, traduzível na premissa (até então dominante) do escopo de atender ao justo interesse dos adotantes, trazendo para sua família e na condição de filho, uma

²⁴⁸ MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro, Aide: 1993, p. 7.

²⁴⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 39, parágrafo único e Código Civil, art. 1.623.

pessoa estranha, a nova proposta, de caráter acentuadamente assistencial, visualiza na adoção um meio de melhorar a condição do adotado.²⁵⁰

Por isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou facilitar e ampliar o rol de candidatos à adoção, contrariamente às legislações anteriores que impunham limites etários e outras condições a fim de que a filiação adotiva, fundada na ‘caridade cristã’, não tivesse repercussão patrimonial.

Assim, podem adotar as pessoas maiores de 18 anos de idade, diante da alteração do Código Civil, que, por força da dicção do art. 1.618, revogou o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tratando-se de adoção requerida por cônjuges ou companheiros, admite-se que apenas um deles tenha 18 anos (art. 42, § 2º do ECA e art. 1.618 e parágrafo único do Código Civil).

Buscando garantir que o instituto aproxime-se o mais possível da família plural protegida pela Constituição Federal, a adoção independe do estado civil do adotante, incluindo-se obviamente a convivência em união estável, autorizando ainda o art. 41, § 1º, do ECA a adoção dos filhos do cônjuge ou companheiro, quando, por exemplo, não tiver sido reconhecida a paternidade da criança, for falecido ou comprovar-se o descumprimento injustificado dos deveres oriundos do poder familiar que redundem na sua perda, denominada “adoção unilateral”, única hipótese em que mantém-se os vínculos com o pai ou mãe consanguíneos. Registre-se que, ainda nesse caso, é expressamente necessária a concordância do genitor ou genitora, e, se adolescente, o seu consentimento (art. 45 do ECA), além da comprovação que a medida venha ao encontro dos seus interesses e apresente reais vantagens (art. 43 do ECA).

Também foi mantida pelo Código Civil a necessidade de que o adotante, ou um dos adotantes, tratando-se de casal, seja pelo menos 16 anos mais velho que o adotado (art. 42, § 3º do ECA e art. 1.619 do Código Civil), não tendo sido fixado limite máximo de idade para adotar, devendo serem avaliadas, em cada caso, as condições do pretendente para oferecer ao adotando ambiente familiar próprio ao desenvolvimento físico, psíquico e afetivo saudáveis.

²⁵⁰ LEITE, 2005, p. 111.

A proibição de adoção por ascendentes e irmãos, prevista no art. 42, § 1º do ECA, não encontra correspondência no Código Civil, razão pela qual é autorizada após o adotando atingir 18 anos de idade. Sobre o tema, não se desconsidera que são inúmeros os casos em que os pais biológicos desconhecem por completo seus filhos, deixando-os entregues aos cuidados dos avós que passam a exercer as funções de verdadeiros pais.

Para Nelson Nery Jr. e Matha de Toledo Machado a adoção por ascendentes sempre importa em uma “situação de artificialidade nefasta, pelo potencial de desagregação das famílias que traz em si, já que a medida pode gerar um grave comprometimento nos mais elementares laços de afeto que agregam as famílias”²⁵¹.

Além das confusões de parentesco, já que, na hipótese de adoção por avós, o filho passaria a ser irmão do pai ou da mãe, também são levantados pela doutrina como óbices os prejuízos na sucessão ou eventual fraude a beneficiar os adotandos com pecúlios ou pensões.

A jurisprudência, no entanto, não é pacífica, existindo alguns julgados que autorizaram a adoção por avós *contra legem* quando, inexistindo qualquer interesse material a motivar a sua decisão, a vedação contida no art. 42, § 1º, do ECA deve ceder ante o princípio geral, excepcionando-a em cada caso, prevalecendo sempre o interesse e o direito da criança ou do adolescente, afigurando-se profundamente injusto e mesmo injurídico, negar-lhe o direito à adoção tanto quanto se permite a estranhos, já que, na interpretação da lei, devem ser levados em conta os fins sociais a que se destinam as exigências do bem comum, os direitos individuais e coletivos e, expressamente, a condição de criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento²⁵².

Ainda no que pertine à aptidão para adoção, permite o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda que divorciados e separados judicialmente possam adotar conjuntamente, desde que acordem sobre guarda e visitas e que o estágio de convivência

²⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson e MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. In: **Revista de Direito Privado**. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 30.

²⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 76.712**. Rel. Min. Valdemar Zveiter, j. 16 dez.1996. In: RSTJ 93/247-248.

haja sido iniciado na constância da sociedade conjugal (art. 42, § 4º, do ECA), regra também mantida pelo Código Civil (art. 1.622, parágrafo único).

Tratando-se da possibilidade de adoção por pessoas que não vivam maritalmente, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente não tenha regulado a respeito, o Código Civil, procurando solucionar a controvérsia, determina que a adoção só pode ser requerida por duas pessoas quando se tratem de marido e mulher ou que vivam em união estável (art. 1.622, *caput*).

A regra, em tese, eliminaria qualquer polêmica sobre a possibilidade de adoção por casais homossexuais, porque a união estável só é admitida entre homem e mulher (art. 1.723 do Código Civil), e por pessoas sem vínculo conjugal.

No primeiro caso, embora já seja pacífica a possibilidade de, em um casal homoafetivo, apenas um dos companheiros requerer a adoção, como autoriza a lei, se a medida afigurar reais vantagens para o adotando, também já desponta na jurisprudência pátria a possibilidade excepcional de reconhecimento da adoção homoafetiva a famílias formadas por pessoas do mesmo sexo. Nesse caso, a criança ou o adolescente terá seu registro civil elaborado de acordo com os requisitos de praxe, já que não haveria qualquer vedação na legislação que impeça de constarem como pais ou mães duas pessoas do mesmo sexo, omitindo-lhes a condição específica de pai ou mãe, como se vê do *decisum* prolatado no Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo

existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.²⁵³

A questão é polêmica, pois, embora não se desconheça a capacidade de casais homoafetivos acolherem uma criança e garantir-lhe todas as condições necessárias ao seu desenvolvimento, aceitando muitas vezes adoções tardias, inter-raciais ou de grupos de irmãos, nessa avaliação, o Sistema de Justiça carece da interlocução com as demais ciências, especialmente a psicologia e as ciências sociais, dentre outras, para se aferirem, em cada caso, as possíveis repercussões da ausência da figura paterna ou materna na sua estruturação psicossocial.

Tratando-se de pessoas sem vínculo conjugal, para Antonio Chaves,

[...] se a adoção é o reconhecimento jurídico de vínculos filiais psicológicos criados pela convivência, que se assimilam aos legítimos, a proibição da pluralidade de adotantes se impõe por suas razões: a) pela falta de fundamento de um ou de ambos os vínculos; b) pelo conflito possível de um com os idênticos emergentes do outro.²⁵⁴

Ou, como sustenta Clóvis Bevilaqua,

[...] seria realmente contrário à natureza e aos fins da adoção dividir o vínculo de parentesco civil. Assim como ninguém pode ter mais de um pai pela natureza, também não o poderá ter pela lei, que pretende, com o instituto da adoção, imitar a natureza e suprir-lhe uma deficiência.²⁵⁵

De acordo com art. 42, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 1.628 do Código Civil também se reconhece, em nosso ordenamento jurídico, a possibilidade de adoção póstuma, exigindo a comprovação da inequívoca manifestação de vontade do adotante e existência de procedimento instaurado, retroagindo a adoção à data do óbito, conforme dispõe o art. 46, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.628 do Código Civil.

Quanto à primeira condição, o juiz só poderá deferir a adoção se houver prova – inequívoca – de que o adotante manifestou em vida a intenção de adotar a criança

²⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70013801592**, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 5 abr.2006. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 16 mar.2009.

²⁵⁴ CHAVES, Antonio. **Adoção e legitimação adotiva**, São Paulo: RT, 1966, p. 22.

²⁵⁵ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973, vol. I, p. 824-825.

ou adolescente, pois, caso contrário, o deferimento irá de encontro ao seu melhor interesse, no sentido de que filiação civil deverá refletir a relação socioafetiva estabelecida.

Com relação à segunda, a doutrina²⁵⁶, de maneira uniforme, condiciona o reconhecimento da adoção à existência de qualquer procedimento de colocação em família substituta instaurado, embora alguns julgados já admitam tal possibilidade mesmo à falta de ação ajuizada, desde que haja prova inequívoca do desejo do falecido em adotar determinada criança ou adolescente, com fundamento na filiação socioafetiva.

Em recente decisão, enfrentando o tema, o Superior Tribunal de Justiça assentou:

Direito civil e processual civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade. Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e provas. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Decisão fundamentada. Prequestionamento. Ausência.

- Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

- A adoção póstuma pode ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, venha a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença (art. 42, § 5º, do ECA).

- Na apreciação do pedido de adoção levar-se-á em consideração a relação de afetividade entre o adotante e o adotado (art. 28, § 2º, do ECA).

- Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação de propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço de afeto a envolver a adotada e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial. Recurso especial não conhecido.²⁵⁷

Por fim, quanto à capacidade para adotar, admite-se ainda que o pedido seja formulado por tutor ou curador, mediante prévia prestação de contas e demonstração da inexistência de débitos (art. 44 do ECA e art. 1.620 do Código Civil).

Enfatizando a necessidade de a adoção atender ao princípio do melhor interesse, o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina que a adoção

²⁵⁶ Nesse sentido, posicionam-se Arnado Marmitt, José de Farias Tavares, Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, Wilson Donizeti Liberati, dentre outros.

²⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 823.384**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22 mar. 2007. Disponível em www.stj.jus.br Acesso em 02 mai.2009.

somente “será deferida quando apresentar reais vantagens e fundar-se em motivos legítimos”, a ser aferida em cada caso por equipe interprofissional a disposição do Poder Judiciário, novamente frisa-se, a fim de evitar ou minorar as consequências da medida (art. 28, § 2º), pela análise de elementos como afinidade, afetividade, interesse familiar, etc.

Não se fale, assim, em qualquer benefício para adotando, salvo o de ter filhos. Além disso, a adoção deve fundar-se em motivos legítimos. Portanto, aquelas pretensões de adoção como pagamento de promessas e afins não devem ser deferidas. Também aquelas feitas em troca de promessa de pagamento ou quaisquer vantagens, não só aos genitores como a intermediários.²⁵⁸

Para ser adotado, exige-se ainda o consentimento do adotando maior de 12 anos²⁵⁹ e dos pais ou do representante legal do adotando, salvo se os pais forem desconhecidos ou destituídos do poder familiar (art. 45 do ECA e 1.621 do Código Civil).

As hipóteses de destituição e suspensão do poder familiar estão previstas nos arts. 1.637 e 1638 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

O descumprimento reiterado dos deveres oriundos do poder familiar, nos termos do art. 22 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.634 do Código Civil,

²⁵⁸ PACHI, Carlos Eduardo. *In*: CURY, 2000, p. 165.

²⁵⁹ Mesmo em relação à crianças com menos de 12 anos de idade, ela deverá ser ouvida, por força do artigo 28, § 1º, do ECA, nos casos de colocação em família substituta, “sempre que possível a criança será previamente ouvida e sua opinião devidamente considerada”.

ou a prática dos atos que podem acarretar a sua perda ou suspensão, deve ser apurado em procedimento específico regulado nos artigos 155 a 163 daquele texto legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, a fim de que sejam investigadas as causas da fragilidade ou do rompimento dos vínculos familiares, as intervenções efetivadas pela rede de proteção e a impossibilidade de manutenção da criança ou do adolescente no seu núcleo familiar origem.

Sobre o tema, merece registro ainda que lamentavelmente, que o Código Civil “reitera concepções obsoletas de que no ato de educar está implícita a imposição de castigos físicos ‘moderados’. Que moderação é esta se justamente a família aparece nas estatísticas sobre violência doméstica como instituição agressora, violentadora das pessoas em formação?”²⁶⁰.

Em relação ao abandono, pode-se caracterizá-lo como a forma mais grave de negligência voluntária dos pais, deixando a criança ou o adolescente à própria sorte, em extrema vulnerabilidade, sem perder de vista que a negligência decorrente da vulnerabilidade socioeconômica não é fundamento para a destituição do poder familiar, como já visto.

Por essa razão, reconhecendo o direito fundamental de crianças e adolescentes de serem criados no seio de sua família de origem, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituindo o cadastro de pessoas interessadas na adoção (art. 50), visou a acabar com práticas identificadas como “adoção à brasileira” e “adoção *intuito personae*”, que, em muitos casos, desconsideraram a possibilidade de manutenção do vínculo, a pretexto de que os pretendentes à adoção, por entenderem os trâmites judiciais como lentos e burocráticos, com o consentimento dos genitores, sem qualquer intervenção judicial acolhem a criança ou adolescente, sem que se tenha podido aferir a excepcionalidade da medida ou mesmo as possibilidades de serem mantidos em sua família natural.

O primeiro caso (adoção à brasileira), também conhecida como “tráfico humanitário”, consiste em registrar o filho de outra pessoa como sendo próprio sem

²⁶⁰ VERONESE e PETRY, 2004, p. 138.

passar pelos trâmites adotivos legais, o que, além de constituir o crime de previsto no art. 242 do Código Penal, ainda expõe os pais adotivos à ausência de proteção legal no caso se de os pais ou a mãe biológica desejarem seu filho de volta.

Por seu turno, a totalidade das crianças ‘adotadas’ é composta de recém-nascidos. Não se verifica essa forma espúria de colocação em lar alternativo na forma *tardia*.

Tal se justifica na medida em que os autores dessa farsa recorrem ao recebimento de bebês na tentativa de aproveitar todas as fases da infância do ‘adotado’, fazendo com que ele não se recorde (ainda que de maneira vaga) de fases pretéritas em que havia supostamente a presença do pai/mãe de sangue. Oculta-se a real origem da criança e simultaneamente se mostra à sociedade uma gestação virtual, como se o ‘adotado’ efetivamente tivesse nascido daquele núcleo familiar.²⁶¹

Todavia, com a implantação no Brasil do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (SINASC), do Ministério da Saúde²⁶², embora empiricamente já se pode afirmar que essa prática sofreu significativa redução, já que, desde 2003, tornou-se obrigatória a apresentação da Declaração de Nascido Vivo (DN) emitida pelo Hospital ou Maternidade onde se realizou o parto, para fins de lavratura do registro civil de nascimento, resta portanto tal possibilidade apenas nas hipóteses de parto domiciliar.

As chamadas adoções prontas ou *intuito personae* consistem na entrega direta de crianças para adoção, também sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, procurado mais tarde somente para regularizar a situação do ponto de vista legal, muitas vezes por meio de pedido inicial de guarda da criança ou do adolescente, com o consentimento formal dos genitores, para posteriormente convertê-lo em adoção, pressupondo os interessados que, com a constituição dos vínculos afetivos com o adotando, a retirada da família que já reconhece como sua será contrária aos seus interesses.

Embora com base em tal fundamento venha excepcionalmente deferindo-se as adoções prontas, não se pode perder de vista que tal procedimento escuso, na maioria

²⁶¹ LAMENZA, Francismar. **Um raio-x da ‘Adoção à Brasileira’**. Disponível em http://www.mp.rn.gov.br/caops/caopij/doutrina/doutrina_adocao_brasileira.pdf. Acesso em: 09 mai.2009.

²⁶² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Portaria nº 20, de 3 de outubro de 2003. Disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria_20_03.pdf. Acesso em: 05 mai.2009.

das vezes imbuído de boas intenções, igualmente inviabiliza que a excepcionalidade da medida seja garantida e, portanto, que a adoção esteja de fato voltada à defesa do interesse superior da criança e do adolescente, além de possibilitar que os genitores possam manifestar sua retratação em relação ao consentimento até a publicação da sentença constitutiva da adoção, consoante estabelece o art. 1.621, § 2º, do Código Civil, causando-lhes ainda mais danos emocionais decorrentes de uma nova separação da família.

Como bem destaca Pedro Caetano de Carvalho,

Os problemas decorrentes desses mecanismos costumam aparecer quando a mãe entra na justiça para recuperar a guarda do filho ou, cada vez mais frequentemente, nos consultórios de psiquiatras ou psicólogos. Muitos estudos têm revelado que a presença do segredo, a negação da identidade e os sentimentos de culpa dos pais adotivos podem gerar graves problemas nos novos vínculos que se formam e, conseqüentemente, importantes conflitos emocionais para as crianças assim 'adotadas'.

As medidas necessárias a serem tomadas, com vistas a recolocar o instituto da adoção em seu lugar de recurso adequado à proteção de determinadas crianças e adolescentes, são, preliminarmente, vinculadas a procedimentos que necessariamente devem preceder: por um lado, todos os passos que devem ser dados em relação às crianças e à preservação de seus vínculos com a família natural e, por outro lado, os critérios e modos de selecionar futuros pais adotivos.²⁶³

Por outro lado, não se pode desconsiderar que o poder familiar, mais do que propriamente um "poder" constitui-se em um verdadeiro conjunto de deveres que os pais possuem em relação à sua prole, deveres que não admitem renúncia ou delegação, não podendo assim manifestação de vontade nesse sentido formulada receber de plano a chancela da Justiça.

A propósito, ressalte-se nesse sentido que o consentimento dos pais com o pedido de colocação de seus filhos em família substituta, em especial na modalidade adoção, não autoriza nem é causa da destituição do poder familiar, que, a teor do disposto no art. 24 da Lei n. 8.069/90, somente pode ocorrer em procedimento contraditório

²⁶³ CARVALHO, Pedro Caetano de. **A Família e o Município**. In: PEREIRA, 1999, p. 183.

(disciplinado nos arts. 155 *usque* 163), pelo qual seja comprovada a ocorrência de alguma das situações previstas nos arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil ou por grave e injustificado descumprimento dos deveres relacionados no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente; o quê somente ocorrerá com o trânsito em julgado da decisão que deferir o pedido de adoção eventualmente formulado.

Diante da manifestação de vontade dos pais, cabe à autoridade judiciária, por força da Doutrina da Proteção Integral, tomar as providências que se fizerem necessárias para assegurar que a criança não seja privada do seu direito fundamental ao convívio com a família natural, exigindo, como formalidade essencial do procedimento, a realização de audiência própria para oitiva dos genitores, na qual deverá estar presente o representante do Ministério Público (art. 166, parágrafo único do ECA), não bastando assim a mera declaração particular em cartório, ainda que firmada por instrumento público.

Nesse sentido, o legislador nitidamente teve a intenção de fazer com que os genitores, quando ouvidos pelo Juiz e o Promotor de Justiça, pudessem expor suas motivações em relação à concordância com o pedido de adoção, para que, mediante intervenção de uma equipe interprofissional habilitada, a partir de situações constatadas e relatadas possa avaliar conjuntamente as possibilidades de superação das limitações expostas, esgotando assim as possibilidades de manutenção da criança no núcleo familiar de origem.

O cadastramento das pessoas interessadas em adotar, junto ao Juízo da Comarca de sua residência, é condição necessária para adoções de crianças e adolescentes, nos termos do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a realização do estágio de convivência, período a ser fixado pelo juiz para a aferição da adaptação do adotando ao novo lar, que poderá ser dispensado se o adotado não tiver mais de um ano de idade ou se já estiver na companhia do adotante há tempo suficiente para se avaliar a conveniência do deferimento da medida, independentemente de idade, situação que não dispensa, todavia, a avaliação psicossocial sobre a natureza do vínculo e as reais vantagens para àquele (art. 46, *caput* e § 1º).

No caso de adoção de crianças brasileiras por estrangeiros residentes ou domiciliados fora do País, o § 2º estabelece como estágio de convivência obrigatório o mínimo de 15 dias, se o adotando tiver menos de dois anos, e 30 dias, se tiver mais, pois, antes de consumada a adoção, a criança ou adolescente não poderá deixar o território brasileiro (art. 51, § 4º).

Além disso, visando facilitar a aproximação entre as crianças e adolescentes que aguardam a colocação em família substituta mediante adoção e os interessados em adotar, registra-se que, desde 28 abril de 2008, já está em vigor no País o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), implementado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), viabilizando a sua manutenção junto às famílias inscritas em todo território brasileiro, antes de recorrer-se à adoção internacional, que deve ser vista sempre como última alternativa.

Por fim, a par dos requisitos legais para colocação de crianças e adolescentes em família substituta, mediante guarda ou adoção, não pode perder de vista o seu melhor interesse, reorientando-se as práticas que, vislumbrando-as apenas como alternativas à garantia da sua sobrevivência, desconsideram o seu direito fundamental à convivência familiar junto aos pais biológicos, eximem o Poder Público de sua obrigação legal de promoção à família e atendem exclusivamente aos dos adultos.

CAPÍTULO IV

A (DES)PROTEÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FILHOS DE CRIAÇÃO

4.1 O lado escuro da circulação e do acolhimento irresponsável

Como visto no Capítulo 1, especificamente no Brasil, que historicamente possui grande parcela da população incapaz de atender às suas necessidades básicas e a distribuição de renda é uma das mais desiguais do mundo, a prática identificada em classes populares pela antropóloga Cláudia Fonseca como “circulação de crianças” – transação pela qual a responsabilidade de uma criança é transferida parcial e provisoriamente de um adulto para outro - tem sido usada como estratégia de sobrevivência de grupos vulneráveis pelo menos nos dois últimos séculos²⁶⁴.

²⁶⁴ FONSECA, 2006, p. 17.

Cynthia Sarti, por sua vez, define a circulação de crianças como sendo um padrão legítimo da relação com os filhos e que pode ser interpretado como um padrão cultural, que permite uma solução conciliatória entre o valor da maternidade e as dificuldades concretas de criar os filhos, levando as mães a não se desligarem deles, mas manterem o vínculo por meio de uma circulação temporária²⁶⁵.

O fenômeno, também conhecido como “guarda de fato”, consiste no acolhimento familiar de criança ou adolescente, oriundo da família extensa ou núcleo alheio, assumindo o guardião, informalmente, ou seja, sem qualquer intervenção judicial, os deveres de cuidados e assistência, enquanto perdurar a necessidade ou impossibilidade da família de origem recebê-los de volta.

Fruto da triste história do não reconhecimento das peculiaridades da infância e da cultura do desenvolvimento pelo trabalho, ao longo da história brasileira, a prática de acolhimento familiar de crianças e adolescentes órfãos, enjeitados, expostos ou abandonados pelos genitores, ou, mais recentemente, em “situação irregular”, sempre se afigurou como uma das alternativas mais viáveis para garantia da sua sobrevivência e seu desenvolvimento, como alternativa à institucionalização, onde, mais remotamente, as chances de sobrevivência eram pequenas.

Inicialmente, sob o apelo da caridade cristã e legitimada pela suposta assistência, como brevemente analisado no capítulo inicial, nas situações de acolhimento de crianças e jovens expostos sempre ficou evidenciado o interesse exclusivo pelo seu trabalho, ora com o intuito de receber o auxílio financeiro pago pelo Estado, ora como retribuição pelas despesas com sua manutenção ou mesmo para suprir a falta de mão de obra doméstica onde o número de escravos era pequeno; os expostos ou “agregados” eram admitidos como “filhos de criação” ou “crias da casa” para as atividades relativas à maternagem - empregadas domésticas, babás e damas de companhia, ou para serviços na lavoura, dependendo de sua capacidade física.

²⁶⁵ SARTI, 2007, p. 82.

A análise das relações estabelecidas com os “filhos de criação”, conforme registros históricos apontados especialmente por Silvia Arend²⁶⁶, denota que a situação dos infantes acolhidos era sempre muito ambígua, pois raramente recebiam o mesmo tratamento da prole legítima ou compartilhavam a herança do patrimônio familiar; eram geralmente sujeitos a maus-tratos e violência; mas, como filhos que eram, não tinham direito a qualquer retribuição pelos serviços prestados.

Esse *status* distinto entre os filhos consanguíneos e os de criação estava expresso entre outras coisas, nas roupas usadas pelas crianças e jovens, na alimentação, na falta de tempo para estudar dos ‘abandonados’, no descaso dos guardiões para com a saúde dos infantes.²⁶⁷

O contexto de desigualdades e ambivalência no cuidado de crianças e adolescentes acolhidos por outras famílias recentemente também foi observado por Cláudia Fonseca nas pesquisas sobre a circulação de crianças em famílias empobrecidas, ainda que entre pessoas do mesmo grupo consanguíneo, como irmãos, tios e outros parentes.

Desigualdade é um elemento de *fosterage* geralmente aceito. Exceto em situações que envolvem avós, raro é o caso de um filho de criação ser tratado com igualdade de condições com um filho ‘legítimo’ da família. Quando a criança já é ‘meio grandinha’ (sete ou oito anos), ao chegar na família de criação, sua posição subalterna é um ponto pacífico. Nos casos que eu observei estas crianças não eram matriculadas nas escolas da vizinhança com a mesma presteza que as crianças ‘legítimas’; elas não ganhavam roupas e presentes nas mesmas proporções e esperava-se que fizessem uma desproporcional quantidade de trabalhos domésticos. Apesar de serem tratadas assim, estas crianças não demonstravam grande ressentimento e deixavam claro que estavam naquelas residências voluntariamente.²⁶⁸

Sem pretender reduzir a transferência voluntária de crianças e adolescentes a outras famílias sob o argumento exclusivo da carência material para manter a prole em sua companhia, não se pode negar que a falta de condições econômicas tem justificado reiteradamente em nosso País, o rompimento dos vínculos com as suas famílias de origem

²⁶⁶ AREND, 2005.

²⁶⁷ AREND, 2005, p. 391.

²⁶⁸ FONSECA, 2006, p. 34.

e a manutenção da cultura do trabalho infanto-juvenil como indispensável à sobrevivência da família²⁶⁹.

Para muitas crianças e adolescentes, o serviço em “casas de família” ainda figura como único caminho para escapar das agruras do trabalho, ou mesmo com o escopo único de sobrevivência²⁷⁰.

Assim como já ocorria num passado não tão distante com os filhos de criação ainda atualmente, quase sempre a contratação destas crianças e jovens para o serviço doméstico é camuflada por uma suposta ação humanitária por parte de famílias benevolentes que afirmam apenas estar ajudando os filhos das famílias carentes, colaborando para que tenham um futuro melhor.

Além do flagrante desrespeito a sua condição de sujeitos de direitos, a prática “bem-intencionada” oculta a grave situação em que muitas crianças vêm sendo mantidas na condição de trabalhadoras domésticas, muitas vezes em ambientes impróprios ao seu pleno desenvolvimento físico, mental e psíquico.

Nesse sentido, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2006, estimou um número de 1,4 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 13 anos trabalhadoras no país. “No Brasil, em 2006, 49,4% das crianças e adolescentes de 5 a 17 anos de idade exerciam afazeres domésticos, o que correspondia a um contingente de 22,1 milhões de pessoas. Essa atividade era destinada com maior frequência e intensidade às meninas. Na faixa etária de 5 a 17 anos, pouco mais de um terço (36,5%) dos homens cuidavam dos afazeres domésticos, enquanto a proporção era de 62,6% para as mulheres – situação que se repetia em todas as faixas etárias”²⁷¹.

²⁶⁹ Nesse sentido, ver dados do Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC, realizado pelo IPEA/CONANDA em 2003, citados no Capítulo 3.

²⁷⁰ HUZAK, Iolanda e AZEVEDO, Jô. **Crianças de fibra**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994, p. 48. Nesse sentido, ver ainda VERONESE, Josiane Rose Petry e CUSTÓDIO, André Viana. **Crianças Esquecidas**. Curitiba: Multideia, 2009, no prelo.

²⁷¹ IBGE. Suplemento Trabalho Infantil - PNAD 2006. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=1117. Acesso em: 21 fev. 2009.

Embora a Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, inspirada claramente pela Constituição Federal²⁷², contenha um capítulo específico sobre o direito à profissionalização e à proteção no trabalho dos adolescentes (Título II, Capítulo V), vedando expressamente, de qualquer trabalho a menor de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, proibindo-lhes o trabalho noturno, perigoso e insalubre; aquele realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e o efetuado em horários e locais que não permitam a sua frequência à escola; lamentavelmente, em flagrante contradição, contém no seu art. 248, dispositivo que legitima e reproduz as práticas históricas de acolhimento para fins de exploração da mão de obra doméstica, autorizando tacitamente o trabalho de adolescente.

Art. 248 - Deixar de apresentar à autoridade judiciária de seu domicílio, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, adolescente trazido de outra comarca para a prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável.

Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, independentemente das despesas de retorno do adolescente, se for o caso.

Trata-se da previsão de uma infração administrativa, que exige a apresentação à Justiça, para fins de guarda, de adolescente trazido de outra comarca, segundo o artigo, com o propósito de prestar serviços domésticos, sob pena de sanção consistente em multa.

A guarda, de acordo com a análise efetivada no Capítulo anterior, como regra geral possui caráter temporário e o objetivo de regularização da posse de fato, nos procedimentos judiciais de tutela e adoção, destinando-se a suprir situações especiais ou excepcionalmente a eventual falta dos pais, mas sempre com a finalidade precípua proteção à criança ou adolescente, tendo em vista, acima de tudo, o seu melhor interesse.

Dessa forma, entendemos incompatível a situação do guardião que, na forma do art. 33 do Estatuto, está obrigado a garantir assistência material, moral e educacional ao adolescente cuja guarda lhe é atribuída legalmente, com a condição de

²⁷² Art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal e art. 60 do ECA.

tomador de serviços no âmbito doméstico deste mesmo adolescente, nos termos do que expressamente admite o art. 248 do ECA.

Observa-se ainda que o interesse de quem pleiteie a guarda de adolescente, nos moldes do art. 248, não é o de garantir os direitos e satisfazer as suas necessidades, mas, precipuamente, o seu próprio benefício, com a tomada dos serviços domésticos de um terceiro, colidindo com a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Do ponto de vista legal, tem-se ainda que a Constituição Federal de 1988 vedou expressamente o trabalho de adolescente com menos de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos de idade, nos termos da Lei n. 10.097, de 19-12-2000, com a redação da Lei n. 11.280, 23-09-2005, que não contemplam no seu conceito a atividade doméstica²⁷³.

Mesmo em relação aos adolescentes de 16 anos a 18 anos de idade, observa-se que a prestação de serviços domésticos como babá ou cuidadores de crianças, idosos ou deficientes estão atualmente inseridas na Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, expressamente proibidos pelo Decreto n. 6.481, de 12-06-2008, que regulamentando os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 178, de 14-12-1999, e promulgada pelo Decreto n. 3.597, de 12-09-2000.

Ainda que possa parecer satisfatório o adolescente trabalhador doméstico sob guarda, na hipótese em análise, adquirir a condição de dependente do guardião, inclusive para fins previdenciários, na prática o que se costuma observar é que o guardião/empregador não costuma habilitá-lo em planos privados de saúde ou previdência, tal como faz com os seus filhos, o que implicaria em ônus excedente; assim como não é comum matriculá-lo em estabelecimentos particulares de ensino, restando-lhe

²⁷³ Nos termos do art. 428, da Consolidação das Leis do Trabalho, alterado pelos Textos Legais referidos “Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação”

estudar nas escolas públicas, muitas vezes distantes de seu local de trabalho e, geralmente, no período noturno.

Daí porque resulta preocupante a autorização legal que permite a concessão de guarda visando o emprego de adolescentes para o trabalho doméstico, que favorece todo tipo de abuso, na medida em que o guardião pode se opor a terceiros, inclusive aos próprios pais, restando dificultada a comprovação e mesmo a percepção dos casos de violação a direitos essenciais do ofendido.

Resta claro, por conseguinte, que o art. 248 da Lei n. 8.069/90, além de ter sido tacitamente revogado²⁷⁴ pelos Textos Legais referidos, contraria toda lógica protetiva da infância e juventude fundamentada na Doutrina da Proteção Integral, na medida em que não se pode tolerar que o acolhimento excepcional de crianças e adolescentes sob guarda, quando esgotadas as possibilidades de convivência com a família natural, seja utilizado para ocultar a exploração da mão de obra juvenil.

A realidade, todavia, nos mostra que estamos muito distantes dos ideais almejados pela citada Doutrina, pois, tristemente, a cultura brasileira ainda é permeada de preconceitos em relação à infância empobrecida, não reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, ainda sendo crescentes as denúncias de exploração de mão de obra infanto-juvenil, associados a maus-tratos e até tortura, como recentemente ocorreu com a menina de 12 anos, Lucélia Rodrigues da Silva, encontrada na manhã do dia 17 de março de 2007 acorrentada, amordaçada e com hematomas pelo corpo, que foi ‘dada’ pela mãe à Silvia Calabrese Lima, que ficou conhecida na imprensa como “a carrasca de Goiânia”, para auxiliar nas atividades domésticas em troca de sustento²⁷⁵.

Nesse sentido, não é demais repisar-se que o art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao referir-se à colocação em família substituta e à natureza da medida, visa a proteção, ao cuidado, à orientação e à promoção da criança e do adolescente.

²⁷⁴ Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, ocorre revogação tácita quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular inteiramente a matéria tratada pela anterior.

²⁷⁵ CIRENZA, Fernanda. Retrato falado da crueldade. **Revista Marie Claire** nº 207. São Paulo: Globo. Jun/2008, p. 79-85.

Portanto, como expressamente exigido pelo art. 43 do ECA, deve *apresentar reais vantagens para o adotado e fundar-se em motivos legítimos*, características estas que deveriam ser estendidas aos outros dois institutos, guarda e tutela, o que permitiria ao Ministério Público e ao magistrado examinar mais profundamente pedidos de guarda, que mascaram serviço escravo, como o da adolescente oriunda de família paupérrima trazida para a cidade grande, onde a troca de comida e pouso, se submete ao trabalho doméstico, muita vez sem nenhuma retribuição pecuniária, o que, evidentemente, se afasta, e muito, da real vantagem oferecida àquela posta sob guarda e mesmo não se funda em motivos legítimos, ao menos visto sob a ótica da criança ou adolescente.²⁷⁶

Assim, embora se admita que a coletivização dos cuidados com as crianças e adolescentes nas famílias de baixa renda, através do acolhimento por integrantes da família extensa ou pelas redes sociais de apoio, sem reconhecimento legal, seja relevante como alternativa para garantia do direito à convivência familiar e comunitária, não se pode desconsiderar que o rompimento dos vínculos com a família natural e o tratamento discriminatório recebido, com eventuais maus-tratos, submissão à trabalho doméstico ou negligência dos cuidadores poderá implicar em danos emocionais permanentes, que poderiam ser evitados com a efetivação de esforços das políticas públicas no sentido de promover o apoio sócio-familiar destinado a dar suporte para que os pais possam ter os filhos sob sua companhia e cuidados.

Ainda que Cláudia Fonseca tenha observado que “a maioria das crianças parece não guardar mágoas por ter sido ‘colocada’, e mesmo quando isso acontece o ressentimento não serve de empecilho à lealdade aos genitores”²⁷⁷, entendemos que o rompimento do convívio, ainda que temporário, com os pais biológicos, e eventual tratamento discriminatório entre os filhos legítimos de quem acolhe e o filho de criação, configura assim flagrante violação à sua dignidade e ao respeito como pessoa em desenvolvimento, interferindo no seu processo de estruturação afetiva e emocional, especialmente a partir do desenvolvimento da sua auto-estima, ou seja, sua avaliação de seu valor como pessoa, que terão repercussões significativas em todo o ciclo vital, como

²⁷⁶ AOKI, 2000, p. 121.

²⁷⁷ FONSECA, 2006, p. 36,

depressão, insegurança e na capacidade de estabelecer relações saudáveis, já que “trata de uma fase especial e específica do desenvolvimento humano”²⁷⁸.

Joseph Goldstein, Anna Freud e Albert Solnit, descrevem os prejuízos em relação à interrupção na continuidade das relações, pois as ligações emocionais são fracas e vulneráveis na vida de uma criança, que precisa da estabilidade de fatores externos para seu desenvolvimento. Atrasos no desenvolvimento e na habilidade para se comunicar são os sintomas, dentre muitos outros observados, em crianças pequenas, a partir da interrupção do relacionamento destas com o adulto cuidador. Nas crianças maiores, as múltiplas colocações fazem com que muitas delas fiquem fora do alcance da influência educacional, sendo consideradas como crianças ou adolescentes com desvios de comportamento²⁷⁹.

Para John Bowlby,

[...] uma criança retirada judicialmente de sua família sofre profundamente a ruptura e não está facilmente pronta para aceitar outros pais, para refazer laços afetivos e refere que várias pesquisas apontaram, num grande número de casos, que as crianças que foram passadas de uma figura materna para outra durante seu terceiro e quarto anos de vida desenvolveram personalidades muito anti-sociais e tornaram-se incapazes de estabelecerem relações satisfatórias com outras pessoas.²⁸⁰

Por outro lado, embora as relações de circulação de crianças sejam permeadas de significantes simbólicos para os pais que as entregam e a pessoa que a recebe, ainda que como estratégia de sobrevivência, observa-se nessa prática uma tolerância excessiva e uma certa condescendência da família extensa, da comunidade e da sociedade em geral em relação à omissão dos pais em relação às obrigações decorrentes do poder familiar, como bem destaca Márcia Cristina Frassão:

A guarda como modalidade de família substituta passa a ser discutível: como no caso X em que observamos uma avó que, para proteger seu filho envolvido com

²⁷⁸ KNOBEL, Maurício. Normalidade, Responsabilidade e Psicopatologia da Violência na Adolescência. *In*: LEVISKY, David Léo (Org.). **Adolescência e Violência**, Consequências da Realidade Brasileira. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 47.

²⁷⁹ GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna e SOLNIT, Albert J. **No interesse da criança?** São Paulo: Martins Fontes, 1987.

²⁸⁰ BOLBY, John. **Cuidados maternos e saúde mental**. Tradução Vera Lúcia B. Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1981, p. 52.

drogas, assume a guarda do neto. É o revivenciar dos cuidados com o filho sendo transferido para o neto, não permitindo que o filho assumira a figura de pai, continuando como filho, e seu filho que por sua vez assume o papel de seu irmão.²⁸¹

Sem pretender reduzir a proteção legal à família ao modelo nuclear monogâmico, antes mesmo de direcionar o foco da proteção à criança e adolescente privado do seu núcleo familiar e buscar garantir seus direitos, de forma geral, observa-se uma tendência a justificar a negligência dos pais biológicos, acreditando-se que a sua entrega à avó, madrinha, tia ou vizinha como um ato de ‘amor’ em relação aos filhos que não podem, ou não tem interesse, em responsabilizar-se.

Em suma, sugerimos que, nos grupos populares atuais, certas mães concordam em ter seus filhos criados por outros porque, para elas, não é esta a questão mais importante.

Sem o conceito de fases de desenvolvimento emocional da criança, a presença da mãe biológica pouca diferença faz em termos do bem-estar e do futuro sucesso do filho. Não faz diferença para o filho e provavelmente não fará diferença no que diz respeito às suas lealdades filiais, pois os valores dominantes priorizam o laço de sangue, tenha ou não tenha a mãe criado ela mesma seu filho.²⁸²

Em suma, como efetivar-se o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, preconizados no art. 227, § 7º, da Constituição Federal de 1988, à medida que a própria família e a sociedade eximem o pai ou a mãe de exercerem a sua responsabilidade em relação aos filhos que geraram, legitimando práticas que violam os seus direitos?

Das pesquisas realizadas sobre a circulação de crianças, observa-se nesse sentido, que a “solidariedade humana” que fundamenta as relações entre a família extensa e terceiros que as acolhem, na verdade, em sua maioria revela razões fundadas nos interesses dos adultos – como o reconhecimento pelo grupo familiar, a gratificação pela companhia de uma criança, a possibilidade de ser por ela amparado na velhice ou o interesse em ter os filhos que a natureza negou.

²⁸¹ FRASSÃO, Marcia Cristina Gonçalves de Oliveira. **Devolução de crianças colocadas em famílias substitutas: uma compreensão dos aspectos psicológicos através dos procedimentos legais.** Dissertação (Psicologia). UFSC, 2000, p. 74.

²⁸² FONSECA, 2006, p. 40.

Cláudia Fonseca bem destaca essa função exercida pela criança, salientando que

Certamente as pessoas esperam que os filhos adotivos lhes dêem a mesma satisfação que seus próprios rebentos pela vida afora – talvez até mais, pois se acredita que as crianças adotadas “devam mais” a essas pessoas que cuidam delas por caridade e não por obrigação. Não há dúvida de que esperam que essas crianças lhes sirvam de amparo na velhice – uma responsabilidade filial extremamente importante em um país que não lhes oferece nem aposentadoria eficaz nem seguro para idosos. Mas as pessoas reconhecem que tal esperança raramente se concretiza e as queixas de pais adotivos abandonados comprovam que esse fato não passa despercebido.

Acredito que as crianças são escolhidas por duas razões: uma delas é o prestígio que os pais adotivos passam a ter nas redes sociais; a outra diz respeito ao prazer derivado do convívio com uma criança.

Mas o mais importante é que a criança, não sendo concebida como emocionalmente frágil, não é motivo de grandes preocupações.²⁸³

Quando analisamos as razões identificadas na conduta das mães que entregam os filhos para que sejam “criados” por outras pessoas, embora não haja dúvidas de condições econômicas precárias exercem uma influência importante sobre essas práticas, limitar as atenções a tais fatores pouco ajudaria a entender a complexidade das atitudes envolvidas.

À medida que os filhos saem da primeira infância, eles perdem seu valor de brinquedo cobiçado e se torna um estorvo. A glorificação da maternidade é uma faca de dois gumes pois este *status* privilegiado vem acompanhado de um fardo duplo: maternar e sustentar os filhos.²⁸⁴

Assim, também se tem identificado nesse contexto a circulação de crianças principalmente no caso de novas uniões da genitora e dos conflitos de autoridade entre os filhos e o novo companheiro, quando normalmente a mãe com este “escolhe” permanecer ao invés da prole anterior.

Nos casos de separação, pode haver preferência da mãe pelo novo companheiro, prevalecendo o laço conjugal, circunstancialmente mais forte que o vínculo mãe-filhos. Uma nova união tem implicações na relação da mãe com os filhos da união anterior que expressam o conflito entre a conjugalidade e maternidade. Dadas as dificuldades que enfrenta uma mulher pobre para criar seus filhos, a tendência

²⁸³ FONSECA, 2006, p. 51.

²⁸⁴ FONSECA, 2006, p. 90.

será lançar mão de situações temporárias para contornar a situação, entre as quais está a possibilidade de que os filhos fiquem com o pai.²⁸⁵

A preocupação no que pertine ao desrespeito em relação aos direitos de crianças e adolescentes nas hipóteses de colocação em família substituta, assume especial relevância ainda na medida em que, mesmo observado o procedimento legal e sendo avaliada a impossibilidade da sua permanência com a família biológica e afigurando-se vantajosa o deferimento de sua guarda, tutela ou adoção a parente ou pessoa alheia, tem sido cada vez mais frequentes os casos de devolução à família de origem ou mesmo à autoridade judiciária.

Isso porque, a chegada de um novo membro a uma família, seja ela biológica ou substituta, é sempre um momento delicado que implica em profundas mudanças na dinâmica e equilíbrio familiar. “É preciso aceitar as diferenças, ampliar a capacidade de tolerância e compreensão, deixar de fazer muitas coisas em função do novo membro e até mesmo lidar com sentimentos ambivalentes de rivalidade e ciúme, entre ternura e amor”²⁸⁶, o que muitas vezes incorre, principalmente quando o seu acolhimento se efetiva por razões alheias ao seu desejo, como nos casos em que os parentes se vêem compelidos, por razões de ordem moral decorrente do vínculo de parentesco, a acolher irmãos, sobrinhos e primos, por exemplo.

Na pesquisa realizada por Márcia Frassão merece destaque que, nos casos estudados, mais de cinquenta por cento das crianças colocadas em famílias substitutas foram devolvidas mais de uma vez e os motivos alegados, se revelam, por um lado, as consequências da transferência contínua de lares em relação à conduta da criança e do adolescente, também evidenciam o despreparo dos guardiões para recebê-los.

Sobre os motivos da devolução, que levam em conta a criança temos: mentiras, agressão, fuga, desobediência, falta de hábitos de higiene, furtos, sendo que este último apresentou grande incidência entre os casos lidos. Pelo lado da família são: divergências entre os guardiões no manejo educacional, desavenças entre os filhos biológicos e a criança, depressão da guardiã, separação dos guardiões, maus-tratos da guardiã, gravidez da guardiã, ciúmes entre os guardiões nos

²⁸⁵ SARTI, 2007, p. 78,

²⁸⁶ WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil**. Características, Expectativas e Sentimentos. Curitiba: Juruá, 2003, p. 242.

cuidados com a criança e medo da guardiã de que o sentimento de maternidade não aparecesse.²⁸⁷

O desrespeito à integridade psíquica das crianças no caso das devoluções preocupa-nos ainda mais quando, como constatado por Lídia Weber em pesquisa realizada em 1999, observou-se um número considerável de pessoas que se manifestam favoráveis à devolução de crianças quando surgem problemas como rebeldia, perfazendo um total de 15% de uma população de entrevistados²⁸⁸.

Quando a guarda é deferida aos avós, na maioria dos casos observa-se que estes, especialmente quando o neto atinge a adolescência, com a superveniência das limitações decorrentes da idade avançada e em decorrência do conflito geracional, procuram a Justiça na expectativa de que os genitores sejam finalmente acionados para assumirem a responsabilidade pelos filhos, pois acreditam já terem prestado o auxílio necessário, na medida de suas possibilidades.

Nessas situações, verificando-se que os vínculos afetivos com os pais biológicos, quando existentes, encontram-se extremamente fragilizados, a perspectiva de conflitos de relacionamento, associados à negligência e omissão, fornecem a moldura que tem sido recorrente em grande parte das situações de abrigamento de adolescentes sem perspectiva de acolhimento na família extensa ou substituta, já que considerados inadotáveis.

Assim, afigura-se necessário redirecionar as análises em relação aos pedidos de colocação em família substituta, especialmente no caso de guarda por integrantes da família extensa, a fim de não se perder de vista o melhor interesse da criança e do adolescente, pois, como destaca Márcia Frassão:

A visão filantrópica leva os guardiões a confundirem os outros e a si mesmos: imaginam que ajudando as crianças abandonadas estarão aliviando a sociedade de mais um problema social, e a culpa que corresponde a sua ligação de parentesco. Essa situação, engana a criança quanto a sua verdadeira posição no lar substituto, trazendo sérios danos às suas relações interpessoais futuras.

²⁸⁷ FRASSÃO, 2000, p. 82.

²⁸⁸ WEBER, Lídia Natália Dobrianskjy. **Aspectos psicológicos da adoção**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 144.

As decisões judiciais na determinação de guarda fica centralizada na necessidade de colocação da criança, pois em alguns casos a permanência na instituição já se estende por alguns anos e a colocação em família substituta torna-se necessária. Os critérios que são estabelecidos na adoção, através do processo de habilitação, não ocorrem na guarda. O acompanhamento do Serviço Social nem sempre acontece de forma constante na guarda. A própria entrega da criança com o termo de guarda parece encerrar a atuação dos órgãos protetores. A guarda é vista como um fim último, e não como uma passagem para uma relação mais efetiva.²⁸⁹

As implicações para o desenvolvimento psíquico das crianças e adolescentes circulantes nos casos de devolução da criança à família natural ou mesmo à autoridade judicial, como uma nova ruptura em suas relações, não podem ser desconsideradas em face de eventual prevalência da sua permanência junto à família de origem, natural ou extensa, sob pena incorrer-se em nova violação de seus direitos, para garantia do direito à convivência familiar e comunitária, que dificultarão ainda mais a nova colocação.

Além disso, não se pode olvidar que a absoluta maioria das situações de circulação de crianças ou de filhos de criação ocorre à margem da lei, como dito inicialmente, dificultando ainda mais a possibilidade de garantir-lhes proteção legal. Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente preveja a possibilidade da “guarda jurídica” da criança, sua formalização dependerá do interesse e manifestação de vontade do guardião de fato encarregado pelos pais dos seus cuidados e criação, que deve se dirigir ao Sistema de Justiça para regularizá-la. Caso contrário, normalmente o Poder Judiciário e o Ministério Público infelizmente só tomam conhecimento da situação irregular da criança ou do adolescente quando a rede de proteção e o Conselho Tutelar são acionados nos casos de violações de seus direitos pelos guardiões de fato, ocasião em que lamentavelmente os eventuais danos físicos e emocionais causados por eventual violência ou negligência já se afiguram irreversíveis, implicando a separação da família substituta em novo abandono.

A regularização da guarda jurídica da criança ou adolescente todavia, não lhe dá a garantia de que não será devolvido ao abrigo ou à família de origem, pois a

²⁸⁹ FRASSÃO, 2000, p. 81.

possibilidade de revogação da medida a qualquer tempo, inclusive a pedido dos guardiões, como normalmente ocorre, por inadaptação, dificuldades ou quaisquer outros motivos já listados, redundando novamente na ruptura do vínculo estabelecido.

Assim, como ocorre nas adoções tardias, ‘o maior medo de uma criança é ‘ser devolvida’, é ‘voltar novamente para a instituição’. Às vezes, essa criança pode ter tanto medo, que em vez de mostrar amor, ela pode fazer tudo o contrário, pois de maneira não consciente ela pensa ‘eu vou ser abandonada de novo, então é melhor não gostar deles.’²⁹⁰

Como se pode deduzir, no aspecto da modalidade de família substituída em que a criança foi colocada e devolvida, a guarda apresenta-se como aquela mais vulnerável, favorecida pela própria condição legal, isto é, ser revogável.

A guarda de avós ou pessoas da família parece-me ser de muito risco, no que se refere ao desejo. É arriscado supor que por causa do sangue as relações deverão ser satisfatórias. A preocupação com essa colocação decorre do fato desta prática ser aceita com facilidade pela sociedade e pelo Poder Judiciário, portanto, por ser concebida por todos como natural. Este tipo de guarda deveria merecer maior atenção, e profunda análise das relações que estão em jogo.²⁹¹

Sobre a questão da guarda e os efeitos que podem provocar na criança, Joseph Goldstein, Anna Freud e Albert Solnit ainda elucidam que

[...] o relacionamento da criança com seus pais de criação tem pouca probabilidade de promover o relacionamento psicológico pais-criança desejada. Tal fato invalida as próprias intenções da decisão de trocar o tratamento de uma instituição profissional pelo tratamento familiar. Quando os pais de criação atendem à advertência feita e desempenham sua tarefa com as reservas implicadas em uma atitude semi-profissional, despertam na criança uma resposta fraca, muito inexpressiva para atender às necessidades de desenvolvimento emocional do bebê, ou às necessidades de relacionamento e identificação. Além do mais, e isto serve para explicar os frequentes rompimentos de contratos de criação, os laços emocionais dos adultos com as crianças ficarão tão frouxos que se romperão sempre que as circunstâncias externas tornarem a presença do filho de criação inconveniente e penosa no lar.²⁹²

²⁹⁰ WEBER, Lídia Natália Dobrianskjy. **Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção**. Curitiba: Santa Mônica, 1998, p. 112.

²⁹¹ FRASSÃO, 2000, p. 123.

²⁹² GOLDSTEIN, 1987, p. 17.

Além da sua revogabilidade, também contribui para que a guarda jurídica ou mesmo a guarda de fato sejam atualmente as modalidades mais aceitas socialmente para colocação de crianças em família substituta, principalmente quando é deferida à familiares ou pessoas escolhidas pelos pais biológicos, a completa omissão legal quanto à eventuais efeitos ou consequências jurídicas aos guardiões, após a extinção do encargo.

Com a decisão que revoga o *munus*, o guardião rompe todos os vínculos com a criança ou adolescente acolhido, cessando todos os deveres previstos no art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que são restituídos à família natural ou transferidos ao dirigente da entidade, no caso de abrigamento²⁹³.

Assim, diferentemente do que ocorre com os genitores, cujo dever alimentar decorre da filiação, o ex-guardião, em tese, não poderá ser demandado para o pagamento de alimentos visando o sustento da criança ou adolescente devolvido, ainda que tenha ficado durante muito tempo em seu convívio e não tenha mais qualquer contato com os genitores; não responderá pelos crimes de abandono material e intelectual, previstos nos artigos 244 e 246 do Código Penal²⁹⁴ ou mesmo pelos prejuízos emocionais causados.

Isso talvez explique a observação de Cláudia Fonseca no sentido de que, nos casos de circulação de crianças, nunca soube de uma só criança legalmente adotada pela família com quem vivia²⁹⁵, contrapondo o senso generalizado da naturalização da colocação em família substituta mediante guarda, como favorável ao interesse superior da criança.

Destarte, embora as observações sobre as práticas referentes à circulação de crianças e dos filhos de criação não desconsidere que durante muito tempo garantiram a sobrevivência de crianças em um contexto histórico que não as reconhecia como sujeitos

²⁹³ Nos termos do art. 91, parágrafo único da Lei n. 8.069/90, o dirigente de entidade de abrigo é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.

²⁹⁴ **Art. 244.** Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

²⁹⁵ FONSECA, 2006, p. 9.

de direitos, sob atual paradigma da Doutrina da Proteção Integral merece a atenção necessária a fim de que não seja legitimada como salutar aos propósitos dos pais biológicos ou de quem os acolha, em detrimento do seu melhor interesse, consubstanciado no direito fundamental à convivência familiar.

4.2 Adoção: no interesse da criança?

Ainda que a sociedade contemporânea venha ampliando gradativamente o debate sobre as questões que tratam da filiação adotiva, um dos aspectos muito destacados pelas pesquisas sobre a “cultura da adoção” realizadas no Brasil refere-se à motivação das pessoas que decidiram adotar uma criança, que, na grande maioria dos casos, evidenciam que a decisão está ligada à satisfação de seus desejos e necessidades.

Em sentido contrário, de acordo com a Doutrina da Proteção Integral, a colocação em família substituta, mediante guarda, tutela e adoção, é uma medida de proteção que visa a garantir o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, tendo em vista os seus interesses.

O conflito entre os interesses e desejos envolvidos na filiação adotiva – dos adotantes e adotandos – e os mitos construídos socialmente em torno da adoção, lamentavelmente, ainda vêm contribuindo para reforçar o preconceito existente em relação a essa modalidade de colocação em família substituta, o que explica a constatação de que a grande maioria dos casais cadastrados para adoção preferem bebês.

Tal aspecto ficou evidenciado na pesquisa realizada por Lídia Weber sobre adoção no Brasil, demonstrando que a maioria absoluta (71,4%) das crianças adotadas estava com até três meses de vida no momento da adoção, enquanto as adoções de crianças maiores de dois anos foi efetivada por 14,8% dos adotantes. Além disso, 71% adotaram uma criança da cor branca, saudável (75%) e do sexo feminino (57%)²⁹⁶.

²⁹⁶ WEBER, 2003, p. 109.

Por essa razão, grande parte das crianças institucionalizadas no Brasil não atende às expectativas da sociedade para adoção, pois, das 20 mil crianças e adolescentes atendidos, nas 589 instituições de abrigos pesquisados, no Levantamento Nacional realizado pelo IPEA, em 2003, já citado, a maioria (58,5%) são meninos, afrodescendentes (63%) e mais velhos, isto é, com idade entre 7 e 15 anos (61,3%)²⁹⁷.

Assim, diante da excepcionalidade da medida e das expectativas da sociedade em relação à adoção, deve-se perquirir até que ponto essa modalidade de colocação em família substituta realmente corresponde aos interesses das crianças e adolescentes em situação de abandono ou até quando o Poder Público deve investir na manutenção dos vínculos com a família de origem, sem perder de vista a idade e as condições da criança para que possa ser adotada, a partir do perfil desejado pelos casais.

Insistir na adoção de crianças e adolescentes sem respeitar o desejo dos casais adotantes pode ser extremamente prejudicial ao seu desenvolvimento, redundando muitas vezes em sua não aceitação plena e devolução à autoridade judiciária, que somente reafirmaria o preconceito em relação à filiação adotiva.

Por outro lado, diante da excepcionalidade e provisoriedade da medida de abrigo, reintegrar a criança ou adolescente à família natural ou extensa, sem que se tenha promovido as mudanças necessárias nas suas condições pessoais ou materiais para fazer cessar as causas que determinaram o seu afastamento do convívio familiar, tampouco atende o seu melhor interesse, razão pelas quais muitos deles permanecem institucionalizados até atingirem a maioridade.

Apesar da aparente dificuldade em encontrar a solução mais adequada, diante da complexidade do tema, o seu enfrentamento não pode deixar de enfatizar a garantia do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, por meio da implementação e o fortalecimento das políticas públicas correspondentes; aliado a instrumentos de seleção e preparação de casais que se habilitam para receber uma criança mediante adoção a fim de que seus direitos sejam efetivamente garantidos.

²⁹⁷ BRASIL, *Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária*, 2006, p. 63.

Esse é o sentido da proposta de uma nova cultura para adoção, que visa a estimular, sobretudo, as adoções de crianças e adolescentes que historicamente vem sendo preteridas pelos adotantes, especialmente em razão da idade, grupos de irmãos, com deficiência ou necessidades específicas de saúde, afrodescendentes ou pertencentes a minorias étnicas, como forma de assegurar-lhes o direito à convivência familiar e comunitária.

Não se trata mais de procurar ‘crianças’ para preencher o perfil desejado pelos pretendentes, mas sim de buscar famílias para crianças e adolescentes que se encontram privados da convivência familiar. Isso pressupõe o investimento na conscientização e sensibilização da sociedade acerca desses direitos das crianças e adolescentes e no desenvolvimento de metodologias adequadas para a busca ativa de famílias adotantes. Trata-se, portanto, de investir para que a adoção seja o encontro dos desejos e prioridades da criança e do adolescente com os desejos e prioridades dos adotantes e ocorra em consonância com os procedimentos legais previstos no ECA.²⁹⁸

Se outrora, “a partir das crenças populares, a adoção era considerada um desvio da norma universal a qual seria a filiação genética e consanguínea”²⁹⁹, nos dias atuais ela é reconhecida como a possibilidade de fundar uma família que está legitimamente fundamentada nos laços afetivos.

Em geral, as representações de família presentes no imaginário social fundamentam-se nos laços consanguíneos. A maioria das pessoas atribui a eles um grande poder, considerando-os indissolúveis, por serem os ‘verdadeiros laços naturais’. A mãe biológica é definida como ‘a verdadeira mãe’ ou ‘a mãe de sangue’. É comum os pais adotivos alimentarem a fantasia de que seus filhos adotados, movidos pelo desejo de conhecer os pais biológicos e impulsionados pela força dos laços de sangue, os abandonem e partam em busca desses pais. O temor de que o poder dos laços sanguíneos vá determinar a preferência pelos pais biológicos está muito presente nessas situações. Desse modo, na adoção, há uma tendência cultural a fazê-la constituir-se como se fosse natural, no sentido biológico.³⁰⁰

Assim, é preciso mudar o paradigma tradicional, segundo o qual a adoção tem a finalidade precípua de dar filhos a quem não os tem, centrada no interesse dos

²⁹⁸ BRASIL, **Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária**, 2006, p. 73.

²⁹⁹ LADVOCAT, Cynthia. **Mitos e segredos sobre a origem da criança na família adotiva**. Rio de Janeiro: Booklink, 2002, p. 31.

³⁰⁰ SCHETTINI, AMAZONAS e DIAS, 2006, p. 286.

adultos, que ainda permeadas por uma cultura discriminatória e excludente, procuram a filiação adotiva pelas mais diversas razões: infertilidade; morte de um filho; desejo de ter filhos quando já se passou da idade em que isso é possível biologicamente; as ideias filantrópicas; o desejo da maternidade ou paternidade; o parentesco com os pais biológicos que não possuem condições de cuidar da criança; o anseio de serem pais, por pessoas solteiras ou ainda o desejo de ter filhos sem passar pelo processo de gravidez.

Luiz Schettini Filho acrescenta ainda o desejo de ter companhia na velhice; o medo da solidão; o preenchimento de um vazio existencial; a tentativa de salvar um casamento; e a possibilidade de escolher o sexo da criança.

Desta forma, a partir da frustração na tentativa de ter filhos, começa-se a pensar na possibilidade de suprir a lacuna da maternidade-paternidade, valendo-se da capacidade de outras pessoas de procriar, a fim de, através da adoção, ter seus próprios filhos.³⁰¹

Nesse sentido, o processo de seleção dos candidatos à adoção, além de identificar tais elementos, deve orientar e preparar os casais para o desenvolvimento de habilidades que possibilite a aceitação plena da criança, indo além de suas motivações, a fim de que se disponibilizem emocionalmente para acolher, em seu seio, uma criança que não viria mais para reparar uma injustiça ou suprir uma falta.

Nessa mudança, ultrapassa-se o modelo de selecionar os pais mais aptos, para primeiramente preparar, educar, treinar habilidades e refletir sobre sentimentos, sendo que durante todo esse processo os próprios candidatos podem chegar à conclusão de que realmente a adoção é aquilo mesmo que imaginavam e se terão condições de lidar com suas peculiaridades.

A ausência de um trabalho educativo prévio também diminui as chances de outros tipos de adoção 'de crianças não idealizadas' (crianças maiores, por exemplo).³⁰²

Segundo Nazir Hamad, a seleção dos candidatos é um momento de maturação que permite dizer se eles estão ou não prontos para receber uma criança. "Esse momento tem relação com a possibilidade, para cada um, de superar a ferida narcísica

³⁰¹ SCHETTINI FILHO, Luiz. **Compreendendo o filho adotivo**. Recife: Bagaço, 1998. p. 44.

³⁰² WEBER, 2005, p. 234.

ligada à descoberta da esterilidade, o que implica o luto do filho do patrimônio genético”

303

Em consequência, adverte o autor que as dificuldades na aceitação da criança adotiva muitas vezes decorre das dificuldades de aceitação dessa perda, pois

[...] o luto na adoção é, então, o luto da transmissão genética. Adotar talvez seja o sinal de que esse trabalho foi feito. Mas é somente um sinal: o filho adotivo expõe menos o narcisismo dos pais porque é geneticamente outro. Ou seja, se ele se mostra aquém da expectativa dos pais, é porque é o filho genético de um outro. Os pais adotivos podem não se reconhecer no que ele faz, particularmente quando seu fazer é vivido negativamente por eles. É aí que reside a dificuldade com a qual os adotantes podem se defrontar. Quando não se reconhecem nos problemas da criança porque ela é geneticamente outra, eles podem se preservar narcisicamente; isso os torna estranhos às manifestações na vida da criança.³⁰⁴

Por isso, é preciso enfatizar que a finalidade essencial da adoção moderna, contrariamente à adoção clássica que procurava garantir a descendência para casais sem filhos, recobra um altíssimo fim social, pois implica na capacidade dos adotantes em superar as barreiras emocionais para oferecer um ambiente familiar saudável ao desenvolvimento da criança e do adolescente, tendo por escopo atender as suas reais necessidades, proporcionando um lar onde será amado, educado e protegido.

Segundo Francisco Pilotti, atualmente, essa orientação em relação à seleção dos candidatos à adoção está pautada em três aspectos básicos, que são:

- a) aspectos psicossociais – enfatiza a relevância da consideração das características e necessidades dos atores do processo (a criança, seus pais biológicos e adotivos);
- b) aspectos jurídicos – salienta as vantagens da adoção plena no que se refere aos requisitos, efeitos e procedimentos legais que envolve;
- c) aspectos institucionais e de procedimento – propõe como necessária a assessoria institucional e profissional, multidisciplinar, como forma de garantir aos autores do processo que os procedimentos utilizados cumpram com todas as exigências técnicas e éticas que a situação demanda. Assinala, também as múltiplas vantagens oferecidas pelos centros ou agências da adoção, especialmente as concernentes à proteção dos interesses e do bem-estar do adotado.³⁰⁵

³⁰³ HAMAD, Nazir. **A criança adotiva e suas famílias**. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002. p. 23.

³⁰⁴ HAMAD, 2002, p. 82.

³⁰⁵ PILOTTI, Francisco. **Manual de procedimento para a formação da família adotiva**. Unidade de Estudos Sociais, Montevideu: Instituto Interamericano da Criança, 1988. p. 23.

Essa mudança do padrão cultural tão reclamada para que crianças e adolescentes possam ter efetivado seu direito a viver em família, no entanto, ainda não foi incorporada pela sociedade, pois, do ponto de vista legal, embora a adoção somente possa ser efetivada através de procedimento judicial, a fim de que se possa avaliar se a medida vem ao encontro de seu interesse e se o casal oferece ambiente familiar adequado, um problema que ainda ocorre no País é a entrega direta de crianças para adoção, nas chamadas de “adoção pronta” ou “adoção *intuito personae*” antes explicitadas.

Buscar uma criança que atenda o perfil desejado sem submeter-se às exigências legais ou aguardar na “fila” dos interessados cadastrados para adoção, é uma das razões que tem justificado esse tipo de acolhimento, sobrepondo os interesses dos adultos aos daquela.

Além disso, Lídia Weber também observou outros aspectos que têm sido determinantes para a ocorrência das adoções informais: 80% dessas famílias têm renda de até 8 salários mínimos; 80% das adoções foram feitas por meio de negociações diretas com a mãe biológica da criança; 70% dos pais adotivos foram motivados para adoção pela solidariedade e/ou por motivos religiosos e 90% tinham filhos biológicos³⁰⁶.

Seja por desconhecimento, motivações inadequadas ou medo do preconceito, na adoção pronta apenas após algum tempo de convivência com a criança é que os adotantes procuram a intervenção judicial para “regularizar” a situação, uma vez que já estão estabelecidos os vínculos afetivos com a criança e temendo que os pais biológicos possam tentar reaver o filho, inviabilizando, assim, que a excepcionalidade da medida seja garantida e, portanto, que a adoção esteja de fato voltada à defesa do interesse superior da criança e do adolescente.

De acordo com a pesquisa realizada por Marлизete Maldonado Vargas,

[...] a maioria absoluta das Varas defere tais pedidos, salvo em uma em que o Juiz era contra a aprovação do pedido e utilizava a negativa como uma espécie de punição aos adotantes que ‘geralmente de nível sócio-econômico mais elevado que a média dos cadastrados, não aceitam as avaliações psicossociais e

³⁰⁶ WEBER, 2003, p. 116.

consideravam uma humilhação submeterem-se a uma fila de espera, segundo as palavras do magistrado'.³⁰⁷

Não se pode perder de vista que, estando a criança, há algum tempo, sob os cuidados do casal que pretende a sua adoção, ainda que, informalmente, mas com autorização dos pais biológicos, a jurisprudência não tem admitido a sua retirada desse lar, sob pena de causar-lhe danos emocionais decorrentes do novo rompimento do convívio, em detrimento das condições legais que estabelecem a necessidade de habilitação e inscrição no cadastro de pessoas interessadas na adoção, como se verifica na recente decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. RECÉM-NASCIDO ENTREGUE À FAMÍLIA NÃO CADASTRADA NO REGISTRO COMPETENTE. Regra geral que pode ser excepcionada diante de outros fatores favoráveis ao menor. Mãe biológica desconhecida dos pretensos adotantes e residente em estado diverso. Índícios de entrega de filho mediante paga ou recompensa. Revogação da guarda provisoriamente concedida aos autores e colocação do infante em família substituta. Formação de vínculo afetivo. Estudo social favorável à permanência da atual situação. Probabilidade de desgaste e prejuízo no desenvolvimento da criança no caso de nova alteração. Interesses do menor resguardados. Sentença mantida. Recurso desprovido.³⁰⁸

A percepção equivocada que tem orientado o senso comum e de muitos técnicos do Sistema de Justiça, reproduzindo o discurso histórico excludente no sentido de que as famílias empobrecidas são vistas como incapazes de cuidar de seus filhos, como irresponsáveis ou desnaturados, contribui para que ocorram tais práticas, orientados, ainda, por uma “pseudo” proteção da criança, que será acolhida por adotantes com melhores condições materiais e, portanto, mais capazes, em detrimento da violação ao seu direito fundamental de crescer no seio de sua família de origem.

Esse “ciclo vicioso” que se forma, em torno da criança, desde o seu nascimento até a legitimação da adoção pronta pelo Poder Judiciário, sem dúvida contribui para que pouco seja investido na criação de programas de apoio e assistência a

³⁰⁷ VARGAS, Marlizete Maldonado *apud* WEBER, 2003, p. 246.

³⁰⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2008.020956-1**. Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 21 ago.2008. Disponível em < <http://www.tjsc.jus.br> >. Acesso em: 25 mai.2009.

essas famílias, que passam a ver a si mesmas como pessoas desvalorizadas, incapazes de atender às suas crianças.

Conforme alerta Maria Josefina Becker,

[...] não se trata aqui de negar o valor da adoção, nem deixar de reconhecer que, em determinadas condições especialíssimas, é possível que a aspiração/desejo de determinadas famílias possa oportunizar adequadamente a satisfação das necessidades/direitos de determinadas crianças. Nem mesmo de afastar de modo definitivo ou xenófobo a possibilidade de que a adoção ocorra entre pessoas de nacionalidades diferentes. Creio até que é necessário perseguir uma utopia, em que não haja fronteiras nem diferenças entre países, raças e culturas. No entanto, sob pena de substituir a utopia desejada por uma mera fantasia, é preciso reconhecer que estaremos falando de crianças concretas num mundo real, em determinado momento histórico em que a dominação e o preconceito desempenham ainda papel importante. Além dos mais, para que possamos salvar a adoção naquilo que este instituto possui de genuinamente humano e generoso é necessário lutar vigorosamente contra todos os desvios e contaminações que, lamentavelmente, a vêm caracterizando.³⁰⁹

Destarte, as medidas necessárias a serem tomadas visando a recolocar o instituto da adoção como recurso adequado à proteção de determinadas crianças e adolescentes, são, preliminarmente, vinculadas a procedimentos que necessariamente devem preceder: por um lado, em relação às crianças, é necessário que sejam esgotados os recursos para garantir a preservação de seus vínculos com a família natural e, por outro, a seleção e preparação das pessoas interessadas na adoção, com ênfase no interesse da criança ou adolescente a ser acolhido.

Nesse contexto, a implantação de programas municipais de apoio e orientação às famílias não pode estar dissociada da colocação em família substituta, porquanto somente nessa lógica é que se permite assegurar a proteção integral e a garantia do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes na família natural e, excepcionalmente, na substituta.

A história do abandono de crianças e adolescentes e a sua estreita relação com a situação de pobreza crítica em que estão mergulhados imensos contingentes de família têm como consequência o enfraquecimento dos vínculos familiares. Como lembra

³⁰⁹ BECKER, 1994, p. 44.

Maria Josefina Becker, “não se trata, no entanto, de rejeição, negligência ou abandono por parte dos pais biológicos, mas de estratégias, às vezes desesperadas, de sobrevivência, quando todas as outras alternativas de encontrar recursos na comunidade falharam”³¹⁰.

Com esse propósito é que a Política Nacional de Assistência Social e o Sistema Único de Assistência Social (SUAS)³¹¹ têm como um de seus eixos estruturantes a matricialidade sociofamiliar, ou seja, a centralidade na família, na política de assistência social, baseia-se no reconhecimento das precárias condições de inserção e enraizamento social, nos quais está submetida parcela considerável da população:

Por reconhecer as fortes pressões sociais que os processos de exclusão sociocultural geram sobre as famílias brasileiras, acentuando suas fragilidades e contradições, faz-se primordial sua centralidade no âmbito das ações da política de assistência social, como espaço privilegiado e insubstituível de proteção e socialização primárias, provedora de cuidados aos seus membros, mas que precisa também ser cuidada e protegida.³¹²

Assim, a tendência de ver, na adoção, a solução para problemas socioeconômicos colide com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que expressamente dispõe:

Artigo 9º. Os Estados-Partes velarão para que a criança não seja separada de seus pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeito à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse superior das crianças. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus-tratos ou negligência por parte de seus pais, ou quando esses vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local de residência da criança.

Reconhecendo claramente a distinção entre abandono e pobreza, o Estatuto da Criança e do Adolescente aponta para as medidas a serem tomadas nos casos em que a

³¹⁰ BECKER, 1994, p. 63.

³¹¹ BRASIL.. Conselho Nacional de Assistência Social. Resolução n. 145, de 15 de outubro de 2004. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome Disponível em: www.mds.gov.br/cnas/legislacao/resolucoes/arquivos-2005/CNAS%202005%20-%20191%20-2010.11.2005.doc Acesso em 13 mar.2009.

³¹² BRASIL. **Política Nacional de Assistência Social**. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Disponível em: www.mds.gov.br/cnas/politica-e-nobs/pnas.pdf/download Acesso em 13 mar.2009.

falta de meios para prover as necessidades de subsistência coloca em risco a manutenção dos vínculos familiares, determinando que “não existindo outro motivo, que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio”³¹³.

A colocação em família substituta é, portanto, considerada, tanto na Convenção das Nações Unidas como na Lei brasileira, medida de caráter excepcional aplicável nos casos em que a criança ou o adolescente fica, real e definitivamente, privado de sua família de origem, como felizmente já contemplado no Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária, que, em relação à adoção, defende que:

1) todos os esforços devem perseverar no objetivo de garantir que a adoção constitua medida aplicável apenas quando esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente na família de origem; 2) que, nestes casos, a adoção deve ser priorizada em relação a outras alternativas de longo prazo, uma vez que possibilita a integração, como filho, a uma família definitiva, garantindo plenamente a convivência familiar e comunitária; 3) que a adoção seja um encontro entre prioridades e desejos de adotandos e adotantes; e 4) que a criança e o adolescente permaneçam sob a proteção do Estado apenas até que seja possível a integração a uma família definitiva, na qual possam encontrar um ambiente favorável à continuidade de seu desenvolvimento e, que a adoção seja realizada sempre mediante os procedimentos previstos no ECA.

Dessa forma, além do necessário reordenamento institucional e a implementação das ações previstas no Plano Nacional, a qualificação dos profissionais responsáveis pela sua execução, incluindo o Sistema de Justiça, é um dos aspectos mais importantes para a correção de rumos, a fim de que, premidos pelas demandas locais e imediatismo, não se reproduza o discurso da moral burguesa que impregna as opiniões de quem tem como atribuição a avaliação familiar.

Da mesma maneira, reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos para garantia de sua manutenção com a família de origem ou a colocação em família substituta, implica garantir a sua participação nos planos que lhe dizem respeito e ser ajudada no sentido de compreender o que significa o seu afastamento do convívio, provisório ou definitivo, e as razões que o determinaram. Segundo Márcia Frassão,

³¹³ Artigo 23, parágrafo único, do ECA.

É difícil realizar um bom trabalho de colocação com crianças que foram retiradas da guarda dos pais pela justiça por motivo de negligência, pois não há tempo para prepará-las para a remoção, sendo difícil para elas compreenderem porque estão sendo retiradas de seus lares. Não é raro as crianças suporem que se lar se desfez devido ao seu mau comportamento, ou que foram mandadas embora como castigo. Essas crianças podem ficar ressentidas e certamente não estarão prontas para aceitar os pais substitutos, nem tampouco estarão desejosas de fazê-lo. Estes fatos merecem maior atenção das autoridades judiciais.³¹⁴

O fortalecimento da família para atender a seus filhos, além de obrigação legal do Poder Público, também tem sido objeto de preocupação da própria sociedade, que rompendo com a perspectiva individualista e pessimista, vem dando exemplos de solidariedade e fraternidade em prol de crianças e adolescentes, sem que isso implique, necessariamente, na ruptura dos vínculos com os pais biológicos ou exima a família e o Estado de suas funções.

Com esse propósito, merecem destaque os projetos de “adoção a distância” implementado pelo Movimento Famílias Novas, do Movimento Focolares, que atendem a mais de 14 mil crianças, em 95 projetos distribuídos em 46 países de quatro continentes, contempladas com programas de escolarização, prevenção sanitária, atividades formativas e de subsistência alimentar para si e suas famílias.

Essa solidariedade a distância consiste no compromisso moral de enviar mensalmente uma contribuição financeira suficiente para permitir que a criança cresça, seja formada e se torne adulta no próprio ambiente de origem, ajudando assim, indiretamente, a família e a sua comunidade superar as limitações decorrentes da carência de recursos materiais. Famílias, grupos ou pessoas de países desenvolvidos, ou que se encontram em situação socioeconômica favorável, contribuem para que crianças, que se encontram, em situações de pobreza, em países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, participem de atividades socioeducativas, recebendo complementação alimentar e educacional, roupas e remédios.

No Brasil, o projeto é desenvolvido pela Associação Famílias em Solidariedade (AFASO) na comunidade de Vila Fátima, em Porto Alegre/RS, que atende,

³¹⁴ FRASSÃO, 2000, p. 37.

atualmente, a 83 famílias, com 176 crianças adotadas, proporcionando-lhes apoio socioeducativo, por meio do contato com a arte, buscando desenvolver a criatividade, a expressão, a convivência e o resgate de valores básicos. Através de ações que promovam a sociabilidade, a convivência familiar e comunitária, juntamente com o acesso a melhores condições de vida, o projeto busca contribuir, formar e suprir as necessidades nutricionais essenciais para a fase peculiar de desenvolvimento em que se encontram.

As crianças e adolescentes atendidos são oriundos de famílias em situação de vulnerabilidade social, ou seja, que sofrem pelo analfabetismo, desemprego, discriminação e recursos econômicos escassos, além dos altos índices de alcoolismo, drogadição e violência intrafamiliar e social.

Outras agências de cooperação internacional, como a UNICEF, também desenvolvem programas de adoções à distância. Por meio do programa “Família Brasileira Fortalecida”, em 2007, foram beneficiadas aproximadamente 475 mil famílias e mais de 640 mil crianças de até 6 anos, com ações em prol da sobrevivência infantil. Os valores destinados, mensalmente, pelos doadores ajudam a prover material e treinar um agente comunitário de saúde para realizar o acompanhamento nessa área e o desenvolvimento de 16 crianças³¹⁵.

Além desses, inúmeras outras ações desenvolvidas pela sociedade civil com ênfase no apoio sociofamiliar ainda mereceriam referência e ampla divulgação, como as do “Instituto Papai”, em Recife/PE; “Escola de Pais do Brasil”; além de projetos de apadrinhamento afetivo e famílias acolhedoras, como o Projeto SAPECA - Serviço Alternativo de Proteção Especial à Criança e ao Adolescente, de Campinas/SP.

Assim, partindo da premissa da excepcionalidade da colocação de crianças e adolescentes em família substituta é que a adoção ou qualquer outra modalidade de acolhimento deverá estar orientada à satisfação prioritária dos seus interesses, sob pena de reescrevermos com outras palavras a triste história daqueles que tiveram subtraído seu direito a crescer com sua família de origem.

³¹⁵ Dados extraídos do site <http://www.sobreviverunicef.org.br/>. Acesso em: 11 mai. 2009.

4.3 O direito de crianças e adolescentes à adoção socioafetiva

Embora sob o paradigma da Doutrina da Proteção Integral e do Princípio do Melhor Interesse da criança, após mais de dezoito anos da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se pode negar que tem passado ao largo do Direito o reconhecimento das situações de inúmeras crianças e adolescentes que informalmente circulam entre os cuidados dos familiares ou mesmo pessoas alheias ao seu núcleo familiar, chamados filhos de criação ou nos casos de adoções prontas ou *intuitu personae*.

Sem pretender reduzir a família contemporânea ao modelo nuclear monogâmico, reconhecendo-se a importância da coletivização dos cuidados nos seus múltiplos arranjos, especialmente em grupos populares, ainda que imbuídas de boas intenções, também não se pode desconsiderar que, nessas hipóteses, uma vez demonstrado que nessas práticas prepondera o interesse dos adultos, muitas vezes a criança ou adolescente ficam a mercê dos seus desejos e vontades.

Assim é que, em muitos casos, diante da impossibilidade ou outra razão, entendendo cessada a obrigação moral com os pais biológicos da criança e do adolescente, justamente por não terem assumido qualquer responsabilidade legal, os guardiões de fato ou pais de criação optam pela sua devolução àqueles ou mesmo à autoridade judiciária, imbuídos do sentimento do dever cumprido, pois sacrificaram suas vidas em prol dos cuidados com os infantes, como ocorre frequentemente no caso dos avós ou outros familiares.

Quando não são devolvidos, nas relações estabelecidas com a família de criação, as crianças e adolescentes são submetidos, no mínimo, à tratamento discriminatório, trabalho doméstico, negligência e até violência física e emocional, evidenciando-se que, somente nestas hipóteses extremadas é que a rede de proteção e o Sistema de Justiça tomam conhecimento formal da situação de abandono e negligência pelos pais biológicos. Nesses casos, constatando-se a impossibilidade dos genitores ou o seu não interesse em assumir os cuidados com a prole, a institucionalização afigura-se como a única alternativa para garantia de seus direitos, até que sejam reestabelecidos os

vínculos com a família de origem ou a sua colocação em outra família substituta, quando possível.

Por outro lado, mesmo nas situações em que a integração da criança ou adolescente no lar de criação é bem sucedida, não se pode negar que a insegurança sempre permanece presente nas relações estabelecidas, tanto dos pais de criação, temendo que os pais biológicos possam querer o filho de volta; como, e principalmente, dos infantes que vivem a ameaça sempre presente de retornarem à família de origem.

Além disso, nessas relações estabelecidas com os novos cuidadores, crianças e adolescentes experimentam sentimentos ambíguos, pois estes, embora exerçam as funções paterna e materna, não o são e muitas vezes não querem ser assim identificados, pois se recusam a adotá-lo. Em contrapartida, sentem também que os “verdadeiros” pais os abandonaram, entregando-os aos cuidados de terceiros. Sentem-se filhos de todos, e ao mesmo tempo, filhos de ninguém.

Como visto no Capítulo 2, a proteção constitucional outorgada à família, em suas múltiplas configurações, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, reorientou a disciplina do parentesco e da filiação, estabelecidos agora a partir do reconhecimento da igualdade, do amor, afeto e solidariedade entre seus membros, visando a sua plena realização.

Fundada nessa nova ordem jurídica da família, a filiação socioafetiva vem sendo reiteradamente reconhecida nos Tribunais pátrios, como se constatou das decisões colacionadas a guisa de exemplo, reconhecendo o direito dos filhos de criação à paternidade e maternidade socioafetivas, com todas as prerrogativas decorrentes à filiação natural.

A orientação, embora pacífica, exige, todavia, a comprovação dos requisitos inerentes à “posse de estado de filho”: o nome, o trato e a fama, já abordados, ou seja, o reconhecimento do estado de filho reclama que seja demonstrado extreme de dúvidas, que os cuidados dispensados a quem pleiteia tal estado, tenham sido os mesmos efetivados em relação aos filhos biológicos, somente não tendo se consumado a adoção por razões alheias a sua vontade.

Assim é que, no estado de filho afetivo, devem ser cumpridas as mesmas condições do estado de filho biológico, já que a filiação deveria ser uma imagem refletida entre pais e filhos, sem discriminação, sem identificar-se com o aspecto sanguíneo ou a voz do coração³¹⁶.

Por outro lado, da análise das decisões que expressamente admitem a filiação socioafetiva nos casos dos filhos de criação, merece destaque o fato de que todas as ações foram ajuizadas por adultos, após o óbito do pai ou mãe de criação, indicando a própria jurisprudência em alguns casos que, se fosse vontade destes ter o postulante como “filho” o teriam adotado quando ainda eram vivos. Se não o adotaram, embora fosse tratado e reconhecido perante a comunidade como seu filho, é porque não quiseram lhe atribuir tal condição.

Com essa preocupação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em perigoso precedente, já decidiu:

FILHO DE CRIAÇÃO. ADOÇÃO. SOCIOAFETIVIDADE. No que tange à filiação, para que uma situação de fato seja considerada como realidade social (socioafetividade), é necessário que esteja efetivamente consolidada. A posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não de posse de estado, revelando quem efetivamente são os pais. A apelada fez questão de excluir o apelante de sua herança. A condição de ‘filho de criação’ não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção de fato. Apelo desprovido.³¹⁷

Do voto do relator extrai-se:

Quero salientar que não se está dizendo que não houve amor nesta relação de criação. Havia, por assim dizer, um amor diferente do ‘amor filial’. Era mais uma relação de ajuda, de solidariedade humana, do que uma relação de amor. Ou seja, uma situação de fato não alcança a posse do estado de filho para ensejar uma adoção como deseja o recorrente. Ademais, atentando-se aos estritos termos do pedido de reconhecimento de adoção de fato em adoção de direito, convém que já se diga que é lícito imaginar que, se fosse interesse da falecida adotar o apelante o teria feito nos longos anos em que durou a criação do apelante no seio de sua família.

³¹⁶ WELTER. Belmiro Pedro. Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva. **Revista de Direito Privado**, v. 14, abr.-jun. 2003, p. 111-147.

³¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70007016710**. Rel. Des. Rui Portanova, j. em: 13 nov.2003. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> . Acesso em 12 jun.2007.

No caso em análise, lamentavelmente, o não reconhecimento da condição de filho e dos direitos decorrentes, conforme pleiteado, embora expressamente admitido em razão dos cuidados dispensados pelo casal, classificou-o como decorrente de amor que se poderia deduzir como de segunda categoria, diferente do “amor filial”, capaz de estabelecer a filiação socioafetiva. O que está sendo questionado não é a intensidade do amor ou do sentimento estabelecido entre pais e filhos de criação, o que não caberia ao Direito ou aos seus intérpretes mensurarem ou avaliarem, mas a relação estabelecida a partir da vontade dos pais de criação, quando receberam o requerente com seis meses de vida, assumindo assim, ainda que informalmente, as funções parentais.

Tratando-se de crianças e adolescentes, a socioafetividade tem sido reconhecida à unanimidade pela jurisprudência nos casos de adoção à brasileira e nas hipóteses de ação negatória ou investigatória de paternidade cumulada com anulação de registro civil, situações em que homem, mesmo sabendo não ser o pai biológico, registra a criança como seu filho e, uma vez cessada a convivência com a mãe, pretende desconstituir a paternidade mediante a realização de exame de DNA, eximindo-se, em consequência, da obrigação alimentar.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. SOCIOAFETIVIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DO REGISTRO CIVIL. DESCABIMENTO. A moderna concepção de paternidade se enraíza no afeto entre o filho e quem o ampara com o invólucro do carinho e do amor, afastando a obrigação do vínculo biológico. É genitor quem contribui com a carga genética, mas é pai quem cria e protege, dedicando seu sentimento a quem registra espontaneamente e cuida durante vários anos. O desfazimento da anotação do nascimento, calcado em interesses apenas patrimoniais, compromete o caráter ético que deve presidir a demanda de filiação.³¹⁸

Ou ainda de nosso Egrégio Tribunal Catarinense:

³¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70009571142**. Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. em: 1º dez. 2004. Disponível em < [http:// www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em 14 mar.2009.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CUMULADA COM GUARDA - MENOR ENTREGUE PELA MÃE BIOLÓGICA A SUPOSTO PAI - REGISTRO EM NOME DE AMBOS - AUTOR QUE AVOCA PARA SI A PATERNIDADE - EXAME DE DNA CONCLUSIVO ACERCA DE SUA PATERNIDADE - CASO PECULIAR - MENOR QUE JÁ CONTA COM MAIS DE TRÊS ANOS - INÉRCIA DO PAI BIOLÓGICO NA TOMADA DE MEDIDAS DE URGÊNCIA PARA TOMADA DA CRIANÇA - CONTRIBUIÇÃO DECISIVA PARA CONSOLIDAÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS - ESTUDO SOCIAL INDICANDO AS DIFICULDADES QUE A MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO ACARRETERÁ À MENOR - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - MANTENÇA DA GUARDA COM O CASAL QUE VEM CRIANDO A MENOR - ARTIGOS 6º E 33 DO ECA - PEDIDO INICIAL PARCIALMENTE PROCEDENTE - ÔNUS SUCUMBENCIAIS MODIFICADOS - RECURSO PROVIDO.

Tendo como foco a paternidade socioafetiva, bem como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do melhor interesse do menor, cabe inquirir qual bem jurídico merece ser protegido em detrimento do outro: o direito do pai biológico que pugna pela guarda da filha, cuja conduta, durante mais de três anos, foi de inércia, ou a integridade psicológica da menor, para quem a retirada do seio de seu lar, dos cuidados de quem ela considera pais, equivaleria à morte dos mesmos.

Não se busca legitimar a reprovável conduta daqueles que, mesmo justificados por sentimentos nobres como o amor, perpetram inverdades, nem se quer menosprezar a vontade do pai biológico em ver sob sua guarda criança cujo sangue é composto também do seu.

Mas, tendo como prisma a integridade psicológica da menor, não se pode entender como justa e razoável sua retirada de lugar que considera seu lar e com pessoas que considera seus pais, lá criada desde os primeiros dias de vida, como medida protetiva ao direito daquele que, nada obstante tenha emprestado à criança seus dados genéticos, contribuiu decisivamente para a consolidação dos laços afetivos supra-referidos.³¹⁹

A “adoção à brasileira” que consiste no falso registro de nascimento do filho de outrem como próprio, como visto, também se torna irrevogável quando estabelecido, nas mesmas condições, o estado de filho afetivo.

Além dessas hipóteses, embora não se possa negar a existência de situações de guardas de fato ou de filhos de criação em que vivem inúmeras crianças e adolescentes, não se tem conhecimento do ajuizamento da competente ação judicial visando o reconhecimento da sua adoção socioafetiva ou mesmo ações de investigação de

³¹⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2005.042066-1**. Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 1º jun.2006. Disponível em <<http://www.tjsc.jus.br>> . Acesso em 23 mar.2009.

paternidade ou maternidade socioafetivas, a fim de que lhes sejam atribuídos, desde logo, todos os direitos inerentes à sua condição de filho afetivo, que, como dito, só vem sendo pleiteada judicialmente quando atingem a idade adulta e por ocasião do óbito dos pais de criação.

Superando-se a concepção já ultrapassada no sentido de, no âmbito da proteção da família, limitar o interesse no reconhecimento da filiação às questões patrimoniais, possibilitar a uma criança ou adolescente o reconhecimento do seu “estado de filho”, implica garantir as condições plenas para que se sinta parte daquele grupo familiar e possa desenvolver-se plenamente.

A partir da concepção moderna da adoção que objetiva garantir uma família a uma criança ou adolescente em situação de abandono ou cujos pais foram destituídos do poder familiar, garantindo-lhe assim o direito à convivência familiar e à proteção integral, o reconhecimento da filiação socioafetiva não pode ser ignorado nas situações em que esses já estão perfeitamente integrados à família substituta, mesmo que lá estejam com o consentimento dos pais e sem autorização judicial, à medida que, como salienta Emilisa Curi de Macedo,

O que determina uma família são seus elementos constitutivos, seus componentes pai, mãe, filho e não a determinação jurídica. Portanto, conquistar e estabelecer esses papéis é premissa para formação do núcleo em torno do qual poderá se constituir uma família, com estrutura de extrema fragilidade, gerando dificuldades e conflitos subsequentes; ou fortalecendo-se, de modo a incentivar o desenvolvimento intelectual, afetivo e emocional de cada um de seus membros, o que os transformará em uma verdadeira família. E o afeto que une pais e filhos é o profundo vínculo amoroso entre eles.³²⁰

A partir dessa perspectiva, uma vez comprovada a relação filial entre os guardiões de fato ou pais de criação e a criança ou adolescente, ainda são muito poucos aqueles que requerem judicialmente a sua adoção, que é mais frequente apenas nos casos de adoção *intuitu personae*, quando já imbuídos da intenção de adotar sem submeter-se às filias ou exigências legais, o casal recebe ou vai a busca de uma criança, normalmente

³²⁰ MACEDO, Emilisa Curi de. **Adoção: que caminho escolher? Refletir ou refletir preconceitos?** In: LEITE, 2005, p. 155.

recém-nascida, e posteriormente pretende regularizar a situação temendo que os pais biológicos busquem algum benefício econômico para ter o filho de volta.

Nas demais situações, em que a criança ou o adolescente é acolhido por membros da família extensa ou outras pessoas, que assumem os seus cuidados por obrigação moral decorrente do parentesco, solidariedade ou mesmo caridade, observa-se que esses raramente pleiteiam a sua adoção, pois, ainda que os tenham recebido inicialmente por um período provisório, ou seja, até que cessasse a situação que impediria os genitores de atendê-los, tal situação tenha se tornada definitiva.

Os pais biológicos, por sua vez, embora aceitem a transferência do filho para outro lar de criação, também raramente concordam com a sua adoção, que significaria o rompimento definitivo dos laços consanguíneos, o que não seria aceito ou desejado. A prática costumeira de entregar os filhos para serem criados por outras famílias oculta ainda outras intenções, pois, como bem destaca Cláudia Fonseca,

As noções do bem-estar da criança e da responsabilidade materna não implicam a necessidade de co-residência entre genetriz e filho. A fragilidade infantil é vista em termos materiais (de saúde etc.) antes que psicológicos. Por diversos motivos, uma mulher pode considerar que seu filho viveria melhor na casa de outra pessoa e, assim, ela cumpre seu papel de ‘mãe digna’, mesmo a distância. Quer sejam os pais ou os próprios filhos que escolham a família de criação, a circulação de crianças se insere dentro de um sistema de troca no qual os adultos pesam cuidadosamente os ‘dons’ e ‘contradons’. Embora a criança pequena tenha um certo valor enquanto objeto gracioso, é especialmente depois de grande, quando vira um aliado potencial na rede de ajuda mútua, que aparece como objeto de disputa.

A genitora que aceita colocar seu filho pode achar que esta agindo pelo bem tanto do filho quanto da mãe adotiva. Pode esperar, em troca, uma certa retribuição da mãe adotiva. Não considera necessariamente que tenha aberto mão de seu direito de ser amparada pelo filho uma vez que este tenha crescido. Pelo contrário, o desejo de assegurar um mínimo de conforto na velhice pode ter motivado esta mulher a ter muitos filhos. A colocação destes em lares substitutos seria uma prática complementar para assegurar a sobrevivência da prole numerosa durante anos pré-produtivos. Segundo esta lógica, o afastamento das crianças da mãe seria uma etapa apenas temporária do processo.

A mãe adotiva, pelo contrário, ao acentuar as tribulações provenientes da lida materna cotidianas, apresenta a criança como um ‘peso’, deixando subentendido ser ela a merecedora de eventuais recompensas futuras.³²¹

³²¹ FONSECA, 2006, p. 127-128.

Dentro dessa lógica, a garantia da sobrevivência da criança entregue à família de criação recobra um preço muito alto, pois, a despeito dos interesses dos pais biológicos e da falta de interesse dos pais de criação, que deixam de pleitear sua adoção, embora se sinta filho, não será assim reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico.

Evitando-se o rompimento do pacto simbólico estabelecido entre os genitores e os pais de criação, a situação da criança e do adolescente transferido aos seus cuidados, quando exige a sua regularização formal, por exemplo, para o recebimento de benefícios previdenciários como o Bolsa Família, aportam perante o Poder Judiciário sob a modalidade de guarda, mais favorável aos seus interesses diante da sua revogabilidade a qualquer tempo, como visto.

Sob esse argumento, tem-se observado, empiricamente, nos últimos anos, uma verdadeira avalanche de ações de guarda de crianças e adolescentes no Poder Judiciário, requeridas por familiares ou outras pessoas que assumiram informalmente a sua responsabilidade, com a concordância expressa dos genitores.

Contrariamente à natureza do instituto, que prevê a possibilidade de colocação em família substituta mediante guarda nas hipóteses de tutela e adoção e, excepcionalmente, para atender a situações peculiares ou suprir a falta ou ausência dos pais (art. 33, § 1º e 2º, do ECA), as guardas deferidas indiscriminadamente, embora com vistas ao melhor interesse da criança, que assim terá regularizada sua situação de fato e a representação legal, tem reiteradamente legitimado a violação do direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência com sua família natural, ou, não sendo possível, em família substituta mediante adoção, que sem dúvida é lhe é mais vantajosa à medida que atribui a condição de filho legítimo.

A pretendida celeridade na prestação jurisdicional, nos casos em que os pedidos de guarda contam com a anuência expressa dos genitores, dispensa que o pedido seja formulado por advogado (art. 166, parágrafo único, do ECA), cingindo-se a avaliação da Equipe Técnica aos requisitos do art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, à análise da conveniência da medida, em razão das necessidades materiais da

criança, e se o requerente revela compatibilidade com a sua natureza e oferece ambiente familiar adequado.

Outrossim, observa-se ainda que nesses casos, a excepcionalidade da colocação da criança ou adolescente em família substituta não tem sido detidamente analisada, pois, embora se mencione a respeito das causas que motivaram a sua transferência para a família guardiã, normalmente relacionadas à vulnerabilidade socioeconômica, pouco se esclarece sobre as possibilidades da família natural manter os filhos consigo com o apoio dos programas municipais, as intervenções já efetivadas nesse sentido e as perspectivas de reassumirem os seus cuidados no menor tempo possível, considerados os prejuízos emocionais que poderão advir em decorrência do rompimento ou a descontinuidade do convívio.

Além disso, a excepcionalidade da colocação da criança e do adolescente em família substituta mediante guarda pressupõe que durante o período de afastamento da família natural todos os esforços sejam envidados visando a manutenção e o restabelecimento do convívio, por meio de ações que visem à superação da situação que determinou o rompimento do vínculo, o quê muitas vezes não é do interesse dos guardiões ou mesmo dos genitores.

Dessa maneira, deverá a autoridade judiciária e o Ministério Público, na instrução das ações de guarda, avaliar, cuidadosamente, por meio dos laudos da Equipe Técnica, o contexto da família natural e substituta, regulamentando a garantia do direito de visitas dos pais biológicos; o valor da sua contribuição mensal ao filho a título de alimentos e as medidas protetivas a serem requisitadas para garantia do seu direito fundamental, como o apoio sociofamiliar, encaminhamento dos genitores biológicos para recuperação da dependência química ou o acompanhamento psicológico, dentre outras previstas nos artigos 101 e 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A propósito, vale destacar ainda que, na grande maioria das ações em que se pleiteia a guarda de uma criança ou adolescente com a concordância dos pais biológicos, que, como dito pode ser formulado diretamente pelas partes em cartório, embora normalmente não haja qualquer preocupação ou acordo entre os pretendentes à guarda e

os genitores sobre a pensão alimentícia ou as visitas, diante da notória carência socioeconômica desses, caberá ao Magistrado e ao Promotor de Justiça agir de ofício e *extra* ou *ultra petita*³²², ou seja, mesmo sem requerimento expresso, pois, além de serem alimentos irrenunciáveis³²³, a fixação de um valor, ainda que simbólico, e do direito de visitas, desde que acompanhados por outras medidas de apoio sociofamiliar, sem dúvida possibilitarão a manutenção do vínculo com os genitores, que não são completamente eximidos dos deveres decorrentes do poder familiar.

Por outro lado, uma vez constatado o rompimento dos vínculos com a família de origem e a impossibilidade de seu restabelecimento, quando, por exemplo, além dos casos em que os pais estejam desaparecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, a convivência com os genitores os expõe novamente a um risco sério e iminente à sua vida e saúde, como nas hipóteses de violência, maus-tratos, negligência reiterada ou abuso sexual; esgotadas todas as intervenções e medidas possíveis para a promoção da família, entendemos que o pedido de guarda deve ser convertido em adoção, também por iniciativa da autoridade judiciária ou pelo Promotor de Justiça, notadamente nos casos em que a criança ou o adolescente já está há muito tempo sob a responsabilidade dos guardiões de fato.

A convivência da criança ou do adolescente por longo período de tempo sob os cuidados dos guardiões, que vem lhe oferecendo ambiente familiar adequado e com quem já estão perfeitamente adaptados, como analisado pela Equipe Técnica, por si só já é suficiente para a constituição da filiação socioafetiva, inexistindo qualquer óbice ao estabelecimento do vínculo pela adoção, pois, quanto mais duradoura a relação entre o guardião e a criança ou adolescente sob guarda, maiores e mais intensos serão os laços

³²² Nos termos do art. 128 do Código de Processo Civil, "O Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte". Assim, sentença *extra petita* quer dizer decisão fora do que foi pedido e *ultra petita* o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado.

³²³ De acordo com o art. 1.707 do Código Civil, em relação aos alimentos "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora" (grifamos).

afetivos que serão essenciais para recuperar o sentimento de pertencimento, autoestima e autoconfiança.

Competindo ao Promotor da Infância e da Juventude zelar pelo efetivo respeito aos direitos e às garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes, promovendo as medidas judiciais cabíveis, compatíveis com a finalidade do Ministério Público (art. 201, VIII, § 2º, do ECA), e, em sendo a adoção modalidade de colocação em lar substituto, prevista como medida de proteção (art. 101, VIII, do ECA), não há como negar obrigatoriedade da atuação Ministerial para pleitear judicialmente o estabelecimento da filiação adotiva em relação aos guardiões de fato ou pais de criação.

Ainda que os guardiões não requeiram ou não concordem com a adoção do filho de criação, não se tem dúvidas de que o direito da criança e do adolescente deve sobrepor-se aos interesses daqueles e o reconhecimento da filiação fundada no afeto vem ao encontro da garantia do seu direito fundamental à convivência familiar mediante adoção, a qual lhe atribui a condição de filho legítimo.

Nesses casos, não se pode desconsiderar a necessidade de orientação e apoio à família guardiã para que, reconhecendo a filiação já estabelecida pelo afeto, compreenda e aceite a adoção como a modalidade de colocação em família substituta mais adequada para garantia dos direitos da criança ou do adolescente, que devem estar acima dos seus interesses pessoais, porquanto, assim como os pais devem adotar psicologicamente seus próprios filhos, isto é ao mesmo tempo reconhecê-los como objeto de seus desejos e os aceitar como fundamentalmente diferentes, sujeitos livres de direitos e deveres, da mesma forma, na adoção, os pais adotantes adotam a criança em dimensão não somente biológica (ainda que simbolicamente), mas igualmente afetiva, relacional, social e institucional. Na lição de Nazir Hamad,

[...] a criança é um dom e que cabe a nós adotá-la. Assim, todas as crianças passam por uma adoção, pois o peso da carne não é suficiente para fundar a existência delas. É a acolhida do casal que a fabricou que será determinante para uma criança.³²⁴

³²⁴ HAMAD, 2002, p. 11.

Dessa forma, as relações de afeto estabelecidas entre os membros de uma família independem se estes são unidos pela genética ou pela escolha, na medida em que,

[...] o amor imposto não existe, a família imposta não sobrevive porque também não tem existência real, mas é apenas um conceito teórico determinado pela lei. A imposição não cria laços. A construção da afetividade e a realização jurídica são complementos essenciais e é exclusivamente através dessa conjugação simultânea que a adoção se solidifica.

A estruturação familiar apoiada na construção amorosa, que é um processo contínuo entre pais e filhos, não difere, em absoluto, se são adotados ou biológicos. Somente laços genéticos sem a conquista e o aprendizado amoroso e o desenvolvimento do apego, não são garantia de sucesso, segurança, felicidade ou de família ideal, como também os generosos laços adotados não são fator de risco, decepção ou garantia de resolução de problemas do casal.³²⁵

Voltando-se o foco de atenção aos guardiões, não se pode desconsiderar ainda que o acolhimento de uma criança ou adolescente sem a necessária regulamentação da sua guarda, igualmente lhe impõe a condição de vulnerabilidade diante da possibilidade, sempre iminente, de os pais biológicos requererem o retorno dos filhos ao seu convívio, com evidentes prejuízos decorrentes de um futuro rompimento do vínculo afetivo já estabelecido, em razão do privilégio que goza a família biológica.

A propósito da necessidade de regulamentação da guarda para fins específicos e o reconhecimento da proteção legal à criança e ao próprio guardião, Lisia Turra Bocchese, analisando o sistema jurídico alemão, que prevê a guarda familiar como medida de apoio que possibilita o crescimento de uma criança em uma família que não a sua de origem, esclarece que ela poderá ser deferida em diferentes modalidades, que varia de acordo com a necessidade do caso concreto:

A primeira modalidade é a guarda de curta duração, que como o próprio nome diz é uma forma jurídica de entrega da criança a outra família por um tempo curto, com a clara perspectiva de retorno desse menos a sua família de origem. Nesse caso a família substituta é, sobretudo, uma família complementar, que atua em momentos específicos, p. ex., a permanência da mãe no hospital.

A segunda modalidade é a retirada de uma criança do seu convívio original para 'cuidados preventivos' (*Bereitschaftspflege*), que é uma segunda versão da guarda por curto tempo. No Brasil esta modalidade se equivale às casas de passagem, e o objetivo desta guarda é poder encontrar outras perspectivas de futuro para este menor. Esgotado o prazo inicial, a criança pode sair da família substituta e voltar

³²⁵ MACEDO, 2005, p. 157-158.

para a sua família de origem, ou pode permanecer ali, mas agora com uma guarda de longa duração ou ainda ser encaminhada para abrigo.

A terceira modalidade é a guarda de longa duração, em que a entrega da criança para uma família é por tempo longo e determinado. Nesta o menor deve experimentar se possível sem a interferência de seus pais legítimos, uma educação avaliada como compensatória e positiva.³²⁶

Nas hipóteses de guarda de longa duração, o modelo alemão já prevê a possibilidade de adoção da criança ou do adolescente pelo guardião, mesmo que os pais biológicos reivindiquem a devolução do filho, competindo ao Tribunal determinar a permanência da criança com o guardião para garantia de seu bem-estar. Como salienta a autora,

A decisão quanto o tipo adequado de apoio, se guarda de curta ou longa duração, deve ser tomada por um grupo de especialistas com a cooperação da criança ou adolescente e do guardião. Estes são aconselhados e esclarecidos sobre as consequências possíveis que o apoio ao desenvolvimento da criança pode ter. Nessa fase, examina-se junto com o guardião a possibilidade de adoção da criança ou adolescente.

Assim, se a criança vive por um longo período em família substituta e os pais originais reivindicam a sua devolução conforme o § 1.632, item 1, do Código Civil Alemão, o guardião pode requerer a permanência da criança consigo. Nesse caso a decisão cabe ao Tribunal de Família e o fator decisivo é o bem-estar da criança.³²⁷

Embora o ordenamento jurídico brasileiro já pudesse prever a possibilidade de adoção no caso de guardas de longa duração, como nas hipóteses dos filhos de criação, o direito ao reconhecimento da filiação socioafetiva já encontra fundamento legal na Doutrina da Proteção Integral prevista na Constituição Brasileira e no Estatuto da Criança e do Adolescente, cabendo ao seu intérprete avaliar se a medida atende o melhor interesse da criança, estabelecendo assim, em consequência, o vínculo adotivo.

Mesmo na hipótese em que o guardião recusa-se a integrar legalmente criança ou adolescente filho de criação em seu núcleo familiar mediante adoção, especialmente quando já houve a ruptura do convívio, como nos casos devolução à família de origem ou à autoridade judiciária, a imposição judicial da filiação adotiva deve

³²⁶ BOCCHESI, Lísia Turra. O Instituto da Guarda Familiar: Uma Perspectiva Comparada entre o Sistema Jurídico Brasileiro e o Sistema Jurídico Alemão. In LEITE, 2006, p. 276-278.

³²⁷ BOCCHESI, 2006, p. 278.

ser considerada como essencial à garantia do reconhecimento do seu estado de filho e dos direitos correspondentes.

Dessa forma, o parentesco socioafetivo estabelecido imporá ao guardião de fato a obrigação de auxiliar no desenvolvimento da criança ou adolescente, inclusive com vistas à superação do novo abandono, com a possibilidade de reparação civil pelos danos morais causados, na medida em que assumiu, ainda que informalmente, o “lugar do pai” e a obrigação de cuidado. No âmbito da responsabilidade penal, o parentesco a ser estabelecido pela adoção poderá também sujeitá-lo às sanções estabelecidas pelos crimes de abandono material e intelectual antes referidos, além da infração administrativa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente³²⁸.

Não se pode perder de vista ainda que, no âmbito da responsabilização do guardião de fato, o art. 248, referente à proteção do trabalho doméstico da adolescente, a nosso ver, já revogado, seria o único dispositivo previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente como mera infração administrativa, impondo a obrigação de comunicar à autoridade judiciária o seu acolhimento mediante entrega e com a concordância dos pais biológicos.

Embora a Lei brasileira considere crime “entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo”³²⁹ – excluindo a punibilidade quando não há previsibilidade do dano -, não estabelece qualquer responsabilidade a quem recebe filho de outrem mediante guarda, deixando de comunicar à autoridade judiciária, como prevê a redação do art. 248, antes citado.

Se o bem jurídico tutelado pela norma penal é a assistência aos filhos e sua integridade física e emocional, consumando o delito o mero perigo de dano, independentemente da sua efetiva caracterização, e ainda que a entrega não seja a pessoa inidônea, dependendo do lapso de tempo em que a criança estará afastada dos genitores,

³²⁸ **Art. 249.** Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou do Conselho Tutelar.

Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

³²⁹ Artigo 245 do Código Penal.

os prejuízos decorrentes da ruptura do convívio estarão plenamente configurados, em flagrante violação de seus direitos.

Na esteira da possibilidade do reconhecimento do direito à adoção socioafetiva pelo ordenamento jurídico brasileiro, entendemos que também não se coaduna a Doutrina da Proteção Integral a proibição de adoção por seus avós ou mesmo irmãos, como estabelece o art. 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Seja sob o temor de problemáticas genealógicas e genéticas; interferências indevidas na família; alteração na ordem sucessória; fraudes à previdência ou mesmo porque os parentes próximos já teriam a obrigação de prestar assistência, não se pode negar que a recusa ao reconhecimento da filiação por adoção especialmente pelos avós ou irmãos vai de encontro às situações cada vez mais frequentes nas quais, por omissão dos pais, estes efetivamente assumem a sua criação e educação, como se pais fossem.

Diante do princípio do melhor interesse da criança, a proibição citada não subsiste ainda por força do art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, exigindo que sua interpretação leve em consideração os fins sociais e especialmente a condição peculiar da criança e do adolescente, como já vem sendo admitida excepcionalmente pelos julgadores brasileiros. “A situação que, em respeito ao superior interesse do menor, for aconselhável a adoção pelos avós, irá de encontro ao impedimento legal que nega essa solução”³³⁰.

Por outro lado, não se pode negar que, não fazendo o Código Civil menção a essa vedação e, regulando de maneira diversa a matéria, inexistente razão para recusar a proteção legal à filiação afetiva já estabelecida com os avós ou irmãos ainda na infância ou adolescência, já que, quando ao atingir a maioridade civil, poderá fazê-lo, considerando-se assim como revogado tacitamente o Estatuto da Criança e do Adolescente nesse aspecto.

Assim, como observa Waldemar Zveiter,

[...] a vedação legal há de ser suavizada e render-se-á ao princípio geral, excepcionando-a em cada caso, frente as peculiaridade e mediante o prudente

³³⁰ HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. A Adoção pelos Avós. *In*: LEITE, 2006, p. 18.

arbítrio do juiz a ver prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente, conciliando-se as legítimas pretensões dos avós, escoimados de quaisquer abusos.³³¹

A propósito, o Tribunal de Justiça de Goiás, em decisão proferida há mais de 15 anos já assentou:

Adoção por ascendentes - Medida que visa proteger o menor - Finalidade maior do Estatuto da Criança e do Adolescente - Admissibilidade. I - O avô que cria o menor desde tenra idade, como se pai realmente fosse, sendo a genitora mãe solteira, que não goza de plena capacidade de entendimento, além de ser um ato de amor, essa adoção vem ao encontro dos legítimos interesses e direitos do adotando. II - Na interpretação da lei deve levar-se em conta "os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento - (art. 6º da Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente). III - Nestas circunstâncias, admissível a adoção de criança ou adolescente pelos avós. IV - Recurso conhecido e improvido.³³²

A socioafetividade como fundamento para o estabelecimento do vínculo adotivo também já encontra inúmeros precedentes nos casos de adoção póstuma, prevista no art. 41, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, como visto no Capítulo 2, à medida que, embora a análise literal da Lei somente autorize o seu reconhecimento uma vez iniciado o procedimento judicial por ocasião do óbito, a jurisprudência a tem admitido expressamente nas hipóteses em que se comprove o estado de filho decorrente da relação de afeto.

Além do precedente do Superior Tribunal de Justiça citado anteriormente, nesse sentido, colaciona-se ainda recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. ADOÇÃO SÓCIO-AFETIVA. PROCEDÊNCIA. Art. 42, § 5º, ECA e art. 1698, do Código Civil/02. O conceito de 'vontade inequívoca' dos falecidos em adotar o filho ainda em vida, para fins de adoção póstuma, se expressa também pela condição de estado de filho. O autor recebeu, de seus guardiães, aos

³³¹ ZVEITER, Waldemar. Adoção por ascendente. In **STJ – Doutrina**. Edição comemorativa. vol. 6. Brasília: 1999, p. 211.

³³² GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 34595-0/188**. Rel. Des. Gonçalo Teixeira e Silva, j. 29 nov.1994. Disponível em <http://tjgo.jus.br> Acesso em 25 fev.2009.

oito anos de idade, o patronímico da família, passando a ser tratado como filho e reconhecido perante a sociedade como tal, até os 21 anos de idade, quando faleceu sua mãe socioadotiva. Situação reconhecida pelos filhos biológicos do casal. Possível a convalidação da adoção após a morte dos adotantes, ainda que não iniciado o processo de adoção, porquanto evidenciado o elemento anímico, consubstanciada na posse do estado de filho amplamente retratada na prova dos autos. Precedente do STJ. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.³³³

Se, como visto, a adoção, passando de uma visão personalista, individualista e egoísta, visando ao interesse dos adotantes, na concepção moderna assumiu o caráter acentuadamente assistencial, afigurando-se na perspectiva de propiciar a convivência familiar ao adotado, embora também *contra legem* a adoção homoafetiva igualmente já vem sendo admitida pela jurisprudência brasileira, com fundamento no melhor interesse da criança.

Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Votação: Unânime Resultado: Apelo improvido.³³⁴

Não se pode olvidar ainda que, a par da construção jurisprudencial que reconhece a socioafetividade para o estabelecimento da filiação adotiva no interesse da criança, do ponto de vista legal, a filiação baseada no afeto também já encontra previsão expressa no art. 1.597 do Código Civil que estabelece a presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

³³³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes n. 70025810441**. Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 14 nov.2008. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 11 mar.2009.

³³⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1998.001.14332**. Rel. Des. Jorge Magalhães, j. 23 mar.1999. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br> Acesso em 16 abr.2009.

Envolvendo duas possíveis paternidades no processo de filiação, a paternidade biológica (do homem que cedeu o sêmen) e a paternidade legal (do homem que aquiesceu na inseminação de sua mulher), a manifestação livre e consciente da vontade do marido substitui o critério biológico, que, de fato, apontaria para outra paternidade se analisado isoladamente.

A prevalência da vontade e do consentimento do marido sobre o patrimônio genético, nesse caso, já foi objeto de deliberação do Conselho de Justiça Federal, por iniciativa do Superior Tribunal de Justiça, que prevê, no Enunciado n. 104:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

Dessa forma, estabelecendo expressamente a lei a paternidade decorrente do vínculo afetivo a ser estabelecido com o filho gerado através do material genético de outra pessoa, poder-se-ia afirmar que a decisão e a vontade do casal implica na adoção socioafetiva da criança porvir pelo marido.

No entanto, não se pode perder de vista que, em todas as hipóteses analisadas – adoção por avós, adoção póstuma e adoção homoafetiva -, a concepção adultocêntrica, ou seja, fundada na satisfação dos interesses dos adultos, deve ser relegada a segundo plano, pois mesmo nos casos em que a decisão do casal é determinante para a concepção da criança, como ocorre na inseminação artificial, independentemente do vínculo de filiação, a criança terá direito ao conhecimento de sua origem genética, especialmente nos casos de vir a sofrer de enfermidades vinculadas à herança genética ou para evitar casamentos com filhos do doador.

Aliás, em decorrência dos avanços científicos e das técnicas de reprodução humana, a disciplina jurídica da filiação exige, cada vez mais, uma interpretação voltada à satisfação do ser humano no âmbito de suas relações familiares e do afeto que une os seus membros, à medida que já não são raros os casos de gestação de substituição e

multiparentalidade, em que poderemos ter várias pessoas disputando juridicamente o *status* paterno: a mãe e o pai genéticos, a mãe gestacional, a mãe e o pai afetivos.

Nesse sentido, no âmbito da bioética e do biodireito, as discussões a respeito dos limites do uso das técnicas de reprodução assistida vêm sendo pautadas a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, sem desconsiderar que, consoante observa Maria Cláudia Brauner

A aceitação de famílias formadas pela contribuição genética de terceiros é uma realidade que deve ser incluída nas diversas formas de constituir vínculos familiares, tendo em vista que a família deste novo século não se define mais exclusivamente pela existência da triangulação clássica: pai, mãe e filho e, ainda, sustenta-se que o critério biológico, ou seja, os valores simbólicos ligados à hereditariedade, parentesco sanguíneo e o direito de conhecer as origens deve ceder lugar, progressivamente, à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica.³³⁵

Nesse contexto, a prevalência do melhor interesse da criança, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, também deve orientar o fundamento moderno da adoção fundada nos vínculos afetivos constituídos os pais e os filhos de criação para garantia do seu direito à convivência familiar saudável, assegurando-se o seu bem-estar acima de qualquer outro fim.

Por essa ótica, a concepção tradicional da adoção que implica na substituição da família biológica pela adotiva, com o cancelamento do registro de nascimento original da criança visando igualar a nova filiação à consanguínea para todos os fins legais, em perfeita imitação à natureza, igualmente há de ser adequada à nova realidade, pois, à medida que a sentença que defere a adoção homoafetiva admite a lavratura do novo assento de nascimento da criança constando os nomes de dois pais ou duas mães³³⁶, repercute a necessidade de superar a visão excludente da filiação decorrente do afeto, arraigada nos mitos culturalmente estabelecidos em torno da adoção.

³³⁵ BRAUNER, Maria Cláudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental**. Contribuição para o debate no Direito brasileiro. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>. Acesso em: 12 fev.2009.

³³⁶ Na Lei n. 6.015, de 1973, Lei dos Registros Públicos, nenhuma exigência formal obsta que uma pessoa seja registrada com dois pais ou duas mães. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que: **Art. 47.** O vínculo de adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome dos seus ascendentes.

Por essa razão, considerando que a circulação e a guarda de fato de crianças e adolescentes, do ponto de vista antropológico, constituem-se em estratégias de sobrevivência que não implicam a ruptura definitiva do vínculo consanguíneo com os pais biológicos, questiona-se até que ponto não seria salutar, ao seu melhor interesse, admitir-se a adoção aberta, permitindo que a mãe biológica participe do processo de escolha dos pais adotivos, como já ocorre em alguns países, na perspectiva de filiação aditiva.

Como salienta Cláudia Fonseca,

A comparação dos dois sistemas – circulação e adoção – também suscita reflexões sobre o bem estar da criança. Em termos materiais, a criança melhor de circunstância nos dois sistemas: o *status* da família adotiva é quase sempre superior ao da família biológica. As crianças que circula, gozam de vantagens de ordem material e social inacessíveis a seus irmãos que ficaram em casa. A grande diferença é que no sistema ‘tradicional’, as crianças não perdem a identidade dos seus pais biológicos, desfrutando de uma espécie de filiação aditiva.³³⁷

Desse modo, se, de um lado, permitir que os pais biológicos participem ativamente do processo de escolha dos pais de criação lhes possibilita saber onde o filho está e ter convicção de que sua história e suas origens não serão apagadas à medida que, futuramente, possam compreender e aceitar sua decisão; por outro, garante à criança entregue, desde logo, todos os direitos inerentes à condição de filho legítimo dos adotantes.

A política da adoção fechada efetivada em nosso País e praticamente banida de alguns países, como, por exemplo, os Estados Unidos, foi instituída, sobretudo, para garantia do desejo dos pais adotivos de apagar a filiação biológica e cortar os laços com a família consanguínea, a fim de que haja a efetiva integração do adotado à nova família, evitando-se possíveis prejuízos e interferências.

No entanto, como adverte Maria Antonieta Pisano Motta,

Se não atendemos à mãe estaremos desatendendo à criança. A mulher que não é auxiliada na sua tomada de decisão poderá entregar o filho numa atitude que talvez pudesse ser evitada. Outras poderão permanecer com a criança sem terem reais condições internas e/ou externas de fazê-lo aumentando as estatísticas de crianças negligenciadas, deixadas nas ruas, maltratadas. Outras poderão ser

³³⁷ FONSECA, 2006, p. 132-133.

vítimas do abandono tardio com a conseqüente dificuldade de ser-lhes conseguido um novo lar. Outras ainda poderão ser institucionalizadas por essas mães que não foram amparadas no processo decisório e assim permanecerem por toda infância, pagando o preço da vergonha, da culpa, da falta de condições externas ou internas, sentidas pela mãe quando pensou em entregar em adoção seu filho recém nascido.³³⁸

Mais do que uma decisão dos adotantes, a revelação das origens à criança adotada é um direito fundamental inafastável, avaliada pelas demais ciências como etapa essencial à consolidação da filiação adotiva, pois, na lição de Luiz Schettini Filho,

Quando deixamos de comunicar a uma criança adotada a história que dela conhecemos a colocamos em estado de privação. A privação da história é lesão insidiosa que deforma a construção da individualidade. A história de que aqui se fala não se confunde com os elementos detalhados e, às vezes, sem maior importância, constantes de uma biografia. Aqui se fala do fato irretorquível de o filho que se adota ter tido sua origem na relação de outras pessoas. Seus genitores não podem ser confundidos com seus pais, que o fizeram filho por adoção, pois a adoção afetiva se consubstancia como a real parentalidade. A ligação entre as pessoas não se dá pela fusão, mas pela relação. E a relação só perdura através do vínculo afetivo.³³⁹

Além da perspectiva da adoção como filiação aditiva, no novo cenário da multiparentalidade, Nazir Hamad cita ainda que na França já reconhece também a chamada ‘filiação eletiva’, que implica na adoção no sentido próprio ou as filiações informais, como as vemos nas famílias recompostas.

Esses laços voluntários têm como função a inscrição, real ou simbólica, da criança numa linhagem paterna e/ou materna. Esses pais eletivos “são inventados pelos indivíduos como operações singulares que permitem a expressão de si, no seu parentesco, em suas relações de trabalho ou de lazer. Deve-se daí deduzir que o futuro do laço familiar será eletivo?”³⁴⁰

Todavia, mesmo antes que possamos circunscrever no âmbito da normatização legal os múltiplos arranjos das famílias contemporâneas, precisamos

³³⁸ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Mães Abandonadas**: a entrega de um filho em adoção. São Paulo, Cortez, 2001, p. 259.

³³⁹ SCHETTINI FILHO, Luiz. Origem, revelação e aspectos educativos envolvidos na adoção. Disponível em: www.unicap.br/sofia/arquivos/origemrevelacao.doc. Acesso em 13 mar.2009.

³⁴⁰ HAMAD, 2002, p. 107.

reconhecer que, contrariamente ao preconizado na Doutrina da Proteção Integral, inúmeras crianças e adolescentes ainda crescem afastadas de sua família de origem à margem de qualquer proteção legal.

Nesse sentido é que, nos casos em que a criança ou adolescente é entregue pelos pais biológicos a outras pessoas, integrantes ou não da família extensa, com eles estabelecendo vínculos afetivos, o estabelecimento da filiação socioafetiva vem ao encontro do seu melhor interesse, garantindo-se assim todas as condições necessárias ao seu desenvolvimento, assumindo a condição de filho legítimo.

Assim, a filiação socioafetiva insere o instituto da adoção no contexto da concepção eudemonista da família, pois, como ato de amor inspirado na solidariedade, permite o desenvolvimento pessoal e promove a dignidade humana de seus membros.

CONCLUSÃO

A proteção legal de crianças e adolescentes é fenômeno recente na história da humanidade. Associado inicialmente ao avanço científico, o reconhecimento das especificidades da infância e a necessidade de cuidados específicos para garantia de sua própria sobrevivência passaram a interessar a família e ao Estado, preocupados com sua própria continuidade.

Mesmo assim, no Brasil, até pouco mais de duas décadas, a criança e o adolescente só eram objeto de preocupação da família, da sociedade e do Poder Público quando desviavam dos padrões de comportamento considerados normais, autorizando a lei a intervir no núcleo familiar para “corrigir” a sua conduta delinquente antes de atingida a fase adulta. Nesse contexto, partindo da premissa de que o desenvolvimento da criança era responsabilidade exclusiva da família, pouco importava perquirir até que ponto as condições e as relações estabelecidas no seu âmbito e da própria sociedade, correspondiam às condutas que tanto se desejava evitar.

Premido pelas mudanças legislativas já operadas no âmbito internacional e diante da completa falência do sistema tutelar e das políticas assistenciais implantadas, a abertura democrática que se operou no Brasil nas décadas de 70 e 80, culminou na Constituição Brasileira de 1988 com a implantação de um novo modelo jurídico de proteção integral à infância e adolescência, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, que deverão ser efetivados com prioridade absoluta pela família, sociedade e Estado, em face da sua condição peculiar de desenvolvimento.

Iniciando um novo capítulo na história brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinou esse novo modo de agir em relação às crianças e aos adolescentes, estabelecendo “o que” e “como fazer” – especificando os direitos compreendidos na proteção integral, atribuindo responsabilidades e os procedimentos.

No entanto, na expectativa de que a lei mude a realidade, superar os preconceitos e mitos em torno da reprodução dos padrões culturais no atendimento à população infanto-juvenil tem sido uma tarefa árdua e ainda lamentavelmente atrelada ao contexto socioeconômico onde a criança nasce: se em uma família de classe média ou alta, será desejada e esperada, e todos os seus direitos terão mais probabilidades de vir a ser garantidos; se em uma família vulnerabilizada economicamente, mesmo que desejada e esperada, e com os esforços dos genitores, todos os seus direitos terão mais probabilidades de não serem garantidos.

Dessa forma, assistimos diariamente à reprodução das práticas sociais voltadas à sobrevivência e aos cuidados das crianças e dos adolescentes, como a circulação, as guardas de fato ou a própria adoção centrada no interesse de dar filhos a que não os tem, que, embora sob uma nova moldura, reforçam e legitimam a negação dos seus direitos fundamentais, especialmente o de crescer no seio de sua família de origem, como expressamente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, além de impor outras violações, como o tratamento discriminatório e a submissão a trabalhos domésticos, dentre outras repercussões analisadas.

Em um País onde a desigualdade e a exclusão social atingem a maior parte a população, centrada na perspectiva preconceituosa de que as famílias empobrecidas são incapazes de atender à prole, a colocação de crianças e adolescentes em família substituta, com ou sem intervenção judicial, tem se tornado cada vez mais frequente, contrariamente à excepcionalidade prevista na Lei, e, embora voltada ao seu melhor interesse, não se pode negar que também tem servido para atender às necessidades ou à negligência dos adultos.

Por outro lado, tais práticas também vêm legitimando a omissão do Poder Público na efetivação de políticas públicas sociais de promoção à família, eximindo-se de

qualquer intervenção nesse sentido quando a criança ou o adolescente passam a ser atendidos por uma família substituta, perenizando assim o rompimento dos vínculos com a família de origem, embora ainda não tenham sido esgotados os recursos e as intervenções visando à manutenção da criança no seu núcleo original.

Sem a pretensão de reduzir o fenômeno às famílias vulnerabilizadas socialmente, não se pode negar que também nas famílias com melhores condições econômicas a coletivização dos cuidados com as crianças tem sido cada vez mais observada, especialmente nos casos de recasamentos e famílias recompostas.

Nesse sentido, a análise das relações estabelecidas em torno das crianças e dos adolescentes não pode deixar de considerar as mudanças operadas na concepção e nas funções da família, atualmente voltada à satisfação e à realização pessoal de seus membros ou mesmo aos seus múltiplos arranjos, a fim de outorgar-lhe o reconhecimento e proteção legal necessários.

A família passou a ser vista como *locus* privilegiado do afeto, ou seja, a par das obrigações determinadas pela Lei, os seus integrantes, independentemente do vínculo de parentesco ou filiação pré-existente, serão assim considerados pelas relações de cuidado estabelecidas no convívio diário.

Dessa forma, nas situações antes referidas, pelas quais a criança ou o adolescente, por quaisquer razões, deixa seu núcleo familiar de origem e passa a integrar outro, ainda que temporariamente, mas por tempo suficiente para sentir-se integrante da nova família substituta, não pode o Direito deixar de reconhecer a instituição do vínculo de filiação fundado no afeto que os une, por meio da adoção socioafetiva.

Mesmo sem o consentimento dos pais biológicos ou a manifestação de vontade de quem recebe a criança ou o adolescente, caberá ao ordenamento jurídico reconhecer o seu estado de filho, concedendo-lhe pela adoção todos os direitos decorrentes da filiação, levando em conta os fins sociais da Lei e a condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Conforme se demonstrou, a socioafetividade, como fundamento para o estabelecimento da filiação, já está prevista expressamente na legislação brasileira, nos

casos de inseminação artificial heteróloga, e vem sendo admitida pela jurisprudência, mesmo *contra legem* nas hipóteses de adoção por avós, adoção póstuma ou homoafetiva.

Apesar disso, verifica-se que, quando não há interesse dos adultos em reclamar o reconhecimento legal do vínculo de afeto, pouco se tem feito em prol da garantia dos direitos de crianças e adolescentes que crescem em famílias substitutas sem qualquer proteção legal, como nos casos dos filhos de criação.

Nessas hipóteses, ainda que não haja interesse dos pais biológicos ou mesmo da família acolhedora em romper o vínculo natural para substituí-lo pelo afetivo, formalizando a transferência pela guarda, como modalidade de colocação em família substituta, caberá ao Ministério Público e à autoridade judiciária apurarem as razões que determinaram o afastamento da criança ou do adolescente do seu convívio e as possibilidades de seu restabelecimento no menor tempo possível, exigindo do Poder Público, se for o caso, todas as medidas necessárias para a promoção da família.

Afigurando-se a guarda como medida excepcional e, visando a assegurar o efetivo comprometimento da família natural com os filhos, ainda que inseridos junto à família extensa ou terceiros, uma vez avaliada a impossibilidade de retorno imediato da criança ou do adolescente ao seu convívio, além das medidas de apoio familiar que se verifiquem necessárias; mesmo sem pedido expresso, sugere-se que sejam estabelecidas as visitas dos pais aos filhos, além da contribuição, ainda que simbólica, a título de alimentos, como forma de não isentá-los por completo das obrigações decorrentes do poder familiar, além do necessário acompanhamento psicossocial.

Por outro lado, considerando a precariedade da decisão que atribui a guarda de crianças e adolescentes a parentes ou terceiros, e sua revogabilidade a qualquer tempo, o que se afigura mais vantajoso a quem os recebe diante da possibilidade de sua devolução à família de origem ou mesmo à autoridade judiciária, sem qualquer outra obrigação legal decorrente, entendemos que, uma vez caracterizada a filiação socioafetiva e a posse do estado de filho, o reconhecimento do vínculo pela adoção é seu direito inafastável e vem ao encontro do seu melhor interesse, à medida que, mesmo rompido o convívio, poder-se-á impor ao guardião de fato ou pais de criação as obrigações

decorrentes do parentesco, como o dever de sustento, educação e até mesmo a eventual reparação pelos danos emocionais causados, sem prejuízo das sanções penais e administrativas já previstas nas hipóteses de descumprimento dos deveres do poder familiar.

Assim como estabelecia o art. 248 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, embora já tacitamente revogado, deva sê-lo de forma expressa, entendemos que deva ser objeto de regulamentação legal a obrigatoriedade de informar ao órgão de proteção – Conselho Tutelar – ou mesmo à autoridade judiciária, a entrega e o acolhimento de qualquer criança ou adolescente sob guarda de fato, a fim de que se possa promover e exigir os recursos e as ações necessárias para que a família biológica possa superar as condições que a incapacitam de ter os filhos consigo, garantindo-se efetivamente a excepcionalidade da medida e o direito fundamental da criança e adolescente à convivência familiar. Uma vez constatada a impossibilidade de manutenção do vínculo com a família biológica, a colocação em família substituta efetivar-se-á na forma de tutela ou adoção, com o necessário reconhecimento da condição de filho.

Ao lado das práticas sociais ainda voltadas à satisfação das necessidades e dos interesses dos adultos em detrimento dos direitos de crianças e adolescentes, os avanços científicos ainda nos permitem questionar a necessidade de repensarmos os modelos de filiação existentes e mesmo o aperfeiçoamento do instituto da adoção, a partir de sua concepção moderna, permitindo que os pais possam participar do processo de escolha dos pais adotivos, evitando-se, assim, as entregas diretas ou quando já não há possibilidade de serem adotados, com as cautelas necessárias, e, em contrapartida, investindo-se em políticas que visem à conscientização social, à preparação e à orientação das pessoas interessadas em adotar.

Desse modo, concluiu-se que a hipótese proposta na presente pesquisa foi confirmada, uma vez que, nas situações de guardas de fato ou dos filhos de criação – no contexto da circulação de crianças -, o texto Legal ainda se mostra insuficiente para garantir efetivamente o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar, seja na família de origem ou na substituta, cujas demandas são pautadas ainda

em razão da vontade dos adultos envolvidos. Por isso, a par do investimento em políticas públicas voltadas ao fortalecimento dos vínculos com a família de origem, caberá a todos os profissionais responsáveis pela concretização dos direitos da população infanto-juvenil, a responsabilidade em garantir que as relações estabelecidas a partir do afeto sejam reconhecidas e valorizadas pelo Direito, evitando assim que a descontinuidade do convívio com diversos núcleos familiares possa comprometer o seu desenvolvimento saudável.

Ademais, enquanto os genitores não assumirem plenamente sua função parental, ainda que os filhos não tenham sido desejados, e a própria sociedade tolerar práticas que violam o direito de crianças e adolescentes que, por conta disso circulam entre parentes, famílias e entidades de abrigamento, lamentavelmente se reforçará a percepção já ultrapassada de serem vistos e tratados como mero objeto do desejo dos adultos, e não como sujeitos de direito, credores da proteção integral e da prioridade absoluta.

Por isso, finalizo parafraseando Eduardo de Oliveira Leite³⁴¹, pois tudo parece indicar que pais são, primeiramente, aqueles que amam e, à medida que a criança retorna ao centro de nossas preocupações, já há razão para se acreditar na Vida.

³⁴¹ LEITE, 2005, apresentação.

REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. Comentários do debatedor. *In*: SIMONETTI, Cecília *et all* (Orgs.) **Do avesso ao direito**. São Paulo: Mallheiros, Governo do Estado de São Paulo, UNICEF, 1994.

AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. *Et all*. Arranjos familiares de crianças de camadas populares. **Psicologia em estudo**. Maringá, v. 8, 2003.

ANDERLE, Elisabeth Nass. **A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação**. Texto extraído do Jus Navigandi <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>. Acesso em 28 dez.2008.

AOKI, Luiz Paulo Santos. *In* CURY, Munir *et all* (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

AREND, Silvia Maria. **Filhos de Criação**: uma história dos menores abandonados no Brasil (década de 1930). Tese (Doutorado em História). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

AZEVEDO, Maria Amélia & GUERRA, Viviane. Infância e Violência intrafamiliar. *Apud* TERRA DOS HOMENS. Série '**Em defesa da convivência familiar e comunitária**'. Violência intrafamiliar'. Volume 4. Rio de Janeiro: ABTH/Booklin, 2003.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord). **O Melhor Interesse da Criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARSTED, Leila Linhares. Permanência ou mudança? O discurso legal sobre a família. In: ALMEIDA, Ângela Mendes *et all.* **Pensando a família no Brasil:** da Colônia à Modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/UFRRJ, 1987.

BECKER, Maria Josefina. **A ruptura dos vínculos: quando a tragédia acontece.** In: KALOUSTIAN, Silvio Manong (Org.). Família Brasileira, a base de tudo. São Paulo: Cortez, 1994.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973, vol. I.

BILAC, Elisabeth. Família: algumas inquietações. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brandt (Org.). **A família contemporânea em debate.** São Paulo: EDUC-Cortez, 2002.

BOCCHESE, Lisia Turra. O Instituto da Guarda Familiar: Uma Perspectiva Comparada entre o Sistema Jurídico Brasileiro e o Sistema Jurídico Alemão. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade:** Adoção. Aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade:** posse de estado de filho. Paternidade Socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOWLBY, John **Cuidados maternos e saúde mental.** Trad. Vera Lúcia B. Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

BOTO, Carlota. O desencantamento da criança: entre a Renascença e o Século das Luzes. In: FREITAS, Marcos Cezar de. KUHLMANN JR., Moysés. (Orgs.). **Os intelectuais na história da infância.** São Paulo: Cortez, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br Acesso em: 25 abr. 2008.

BRASIL. **Lei n. 8.069,** de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 maio 2008.

BRASIL. **Lei n. 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 de maio de 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Portaria nº 20, de 3 de outubro de 2003. Disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria_20_03.pdf. Acesso em: 05 mai.2009

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Conselho Nacional de Assistência Social. **Resolução n. 145,** de 15 de outubro de 2004. Disponível em:

www.mds.gov.br/cnas/legislacao/resolucoes/arquivos-2005/CNAS%202005%20-%20191%20-%2010.11.2005.doc Acesso em 13 mar.2009

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional de Assistência Social**. Disponível em: www.mds.gov.br/cnas/politica-e-nobs/pnas.pdf/download. Acesso em 13 mar.2009.

BRASIL. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006, p. 27. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/convivencia/plano_nacional_convivencia_familiar_comunitaria.pdf> Acesso em: 22 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 823.384**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22 mar. 2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 13 abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 125769/RJ**. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 14 mai.2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 13 abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 76.712**. Rel. Min. Valdemar Zveiter, j. 16 dez.1996. *In*: RSTJ 93/247-248.

BRAUNER, Maria do Carmo Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. *In*: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hannsen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental**. Contribuição para o debate no Direito brasileiro. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>. Acesso em: 12 fev.2009.

BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. *In*: MENDEZ, Emílio García e BELOFF, Mary (Org.). **Infância, Lei e Democracia na América Latina**. Blumenau: FURB, 2001, v.1.

CAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista. *In*: PRIORI, Mari Del (Org.). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1999.

CARVALHO, Pedro Caetano de. **A Família e o Município**. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O Melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Maria do Carmo Brandt de. (Org.). O lugar da família na política social. **A família contemporânea em debate**. São Paulo: EDUC/Cortez, 2002.

CARVALHO, Inaiá Maria Moreira e ALMEIDA, Paulo Henrique. Família e proteção Social. **São Paulo em Perspectiva**. V. 17, n. 2, jun. 2003.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 130.

CHAVES, Antonio. **Adoção e legitimação adotiva**, São Paulo: RT, 1966.

CIRENZA, Fernanda. Retrato falado da crueldade. **Revista Marie Claire** nº 207. São Paulo: Globo. Jun/2008, p. 79-85.

COSTA, Maria Berenice Alho da. **História da assistência ao menor carente no Rio de Janeiro: 1907 a 1927**. Apud VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

COSTA, Antonio Carlos Gomes. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento prolongado: os filhos do esquecimento**. A Institucionalização Prolongada de Crianças e as Marcas que Ficam. Disponível em www.sbpj.org/materias/Abrigamento_Prolongado.doc Acesso em: 08 mai.2009.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 11 dez. 2008.

CURY, Munir *et all* (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CURY, Munir *et all* (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DESCARTES, René. **O Discurso do Método**. São Paulo: José Olímpio, 1960.

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

DONIZETTI, Leila. **Filiação e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson Fachin. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção internacional: doutrina & prática.** Curitiba: Juruá, 2003.

FLANDRIN, Jean-Louis. **Família: parentesco, casa e sexualidade na sociedade antiga.** 2. ed. Lisboa: Estampa, 1991.

FONSECA, Cláudia. **Família, fofoca e honra.** Etnografia de relações de violência e gênero em grupos populares. Porto Alegre: UFRGS, 2000.

_____. Ser mulher, mãe e pobre. *In*: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil.** São Paulo: Contexto/UNESP, 2000, p. 510-533.

_____. Mãe é uma só? Reflexões em torno de alguns casos brasileiros. **Psicologia USP**, v. 13, n. 2, 2002, p. 49-68.

_____. A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA. **Revista de Estudos Feministas**, v. 12, n. 2, ago. 2004.

_____. **Caminhos da adoção.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

FRASSÃO, Marcia Cristina Gonçalves de Oliveira. **Devolução de crianças colocadas em famílias substitutas: uma compreensão dos aspectos psicológicos através dos procedimentos legais.** Dissertação (Psicologia). UFSC, 2000.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 34595-0/188.** Rel. Des. Gonçalo Teixeira e Silva, j. 29 nov.1994. Disponível em <http://www.tjgo.jus.br> Acesso em 25 fev.2009.

GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna e SOLNIT, Albert J. **No interesse da criança?** São Paulo: Martins Fontes, 1987.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas.** Novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HAMAD, Nazir. **A criança adotiva e suas famílias**. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. A Adoção pelos Avós. *In* LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: Adoção**. Aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

HOUZEL, Didier. As implicações da parentalidade. *In*: SOLIS-PONTON, Leticia (Org.). **Ser pai, ser mãe Parentalidade: um desafio para o terceiro milênio**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

HUZAK, Iolanda e AZEVEDO, Jô. **Crianças de fibra**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

IBGE. Suplemento Trabalho Infantil - PNAD 2006. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=1117. Acesso em: 21 fev. 2009.

KANT, Immanuel. **Sobre a pedagogia**. Trad. Francisco C. Fontanella. Piracicaba: Unimep, 1999.

KNOBEL, Maurício. Normalidade, Responsabilidade e Psicopatologia da Violência na Adolescência. *In*: LEVISKY, David Léo (Org.). **Adolescência e Violência**, Consequências da Realidade Brasileira. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

LADVOCAT, Cynthia. **Mitos e segredos sobre a origem da criança na família adotiva**. Rio de Janeiro: Booklink, 2002.

LAMENZA, Francismar. **Um raio-x da 'Adoção à Brasileira'**. Disponível em http://www.mp.rn.gov.br/caops/caopij/doutrina/doutrina_adocao_brasileira.pdf. Acesso em: 09 mai.2009.

LEITE, Eduardo Oliveira. Os sete pecados do novo direito de família. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 94, n. 833, mar. 2005.

_____. Adoção por homossexuais e o interesse da criança. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: Adoção**. Aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1982.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários**. São Paulo: IBPS, 1991.

_____. Princípio do *best interest of the child* na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.).

O Melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 7. ed. rev. ampl. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Malheiros, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em 4 mai. 2008.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Paternidade socioafetiva e a verdade real.** Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewPDFInterstitial/723/903>. Acesso em 15 fev. 2009.

MACEDO, Emilisa Curi de. **Adoção: que caminho escolher? Refletir ou refletir preconceitos?** *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: Adoção.** Aspectos Jurídicos e Metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História Social da Criança Abandonada.** 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção.** Rio de Janeiro: Aide. 1993.

MELLO, Sylvia Leser de Mello. Família: perspectiva teórica e observação factual. *In*: CARVALHO, Maria do Carmo Brandt de. (Org.). **A família contemporânea em debate.** São Paulo: EDUC/Cortez, 2002.

MONCORVO FILHO, Artur. Histórico da proteção à infância no Brasil – 1500-1922. *Apud* VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: LTr, 1999, p. 16.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusas à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. *In*: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas.** São Paulo: Renovar, 1977.

_____. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *In* **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 65, jul./set. 1993, p. 21-32.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Mães Abandonadas**: a entrega de um filho em adoção. São Paulo, Cortez, 2001, p. 259.

NERY JUNIOR, Nelson e MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. In: **Revista de Direito Privado**. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). São Paulo: RT, 2002.

NOGUEIRA, Jaqueline Figueiras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PACHI, Carlos Eduardo. In: CURY, Munir *et all* (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0108417900**. Rel. Accácio Cambi, j. 12 dez. 2001. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2009.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O Melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. Reflexões para o futuro. In **Veja 25**: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PILOTTI, Francisco. **Manual de procedimento para a formação da família adotiva**. Unidade de Estudos Sociais, Montevideu: Instituto Interamericano da Criança, 1988.

PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

POSTER, Mark. **Teoria crítica da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

POSTMAN, Neil. **O desaparecimento da infância**. São Paulo: Graphia, 1999.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações. In: PRIORI, Mari Del (Org). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1999, p. 20.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1998.001.14332**. Rel. Des. Jorge Magalhães, j. 23 mar.1999. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em 12 abr.2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 599296654**. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 18 ago. 1999. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70013801592**, Rel. Desembargadora. Maria Berenice Dias, j. 5 abr.2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70007016710**. Rel. Des. Rui Portanova, j. 13 nov. 2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 12 jun.2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70009571142**. Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 1º dez. 2004. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 14 mar. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes n. 70025810441**. Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 14 nov.2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 16 mar. 2009.

RIZZINI, Irene. **O Século Perdido: Raízes Históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil**. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2008, p. 116.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou da educação**. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Difel, 1968.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 41.071**. Rel. Des. Álvaro Wandelli. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 25 mar. 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2005.042066-1**. Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 1º jun.2006. Disponível em <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em 23 mar.2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2008.020956-1**. Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 21 ago.2008. Disponível em <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em 25 mai.2009.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei – da indiferença à proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARTI, Cynthia Andersen. **A família como espelho**. Um estudo sobre a moral dos pobres. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. A família como ordem simbólica. **Psicologia USP**, v. 15, n. 3, 2004.

_____. Família e individualidade: um problema moderno. *In*: CARVALHO, Maria do Carmo Brandt de. (Org.). **A família contemporânea em debate**. São Paulo: EDUC/Cortez, 2002.

SCHETTINI, Suzana Sofia; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida e DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Famílias adotivas: identidade e diferença. *In*: **Psicologia em estudo**. V. 11. Maringá: maio/ago 2006.

SCHETTINI FILHO, Luiz. **Compreendendo o filho adotivo**. Recife: Bagaço, 1998.

_____. Origem, revelação e aspectos educativos envolvidos na adoção. Disponível em www.unicap.br/sofia/arquivos/origemrevelacao.doc. Acesso em: 13 mar.2009.

SEGALEN, Martine. **Sociologia da Família**. Lisboa: Terramar, 1996.

SILVA, Enid Rocha Andrade da Silva (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

SILVA, Roberto. **A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/capit10.pdf>. s/a. Acesso em 24 abr.2009.

SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. A declaração dos direitos da criança e a convenção sobre os direitos da criança. Direitos humanos a proteger em um mundo em guerra. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2568>. Acesso em: 5 mai. 2009.

SZYMANSKI, Heloisa. Teoria e “teorias” de famílias. *In*: CARVALHO, Maria do Carmo Brandt de. (Org.). **A família contemporânea em debate**. São Paulo: EDUC/Cortez, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENÂNCIO, Renato Pinto. Adoção antes de 1916. *In* CURY, Munir *et all* (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VERCELONE, Paolo. *In*: CURY, Munir *et all* (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

_____. Discriminação e atentados ao exercício da cidadania da criança e do adolescente. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O Melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. PETRY, João Felipe Corrêa. **Adoção Internacional e Mercosul: aspectos jurídicos e sociais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. VIANA, André Custódio. **Crianças esquecidas**. Curitiba: Multideia, 2009, no prelo.

WAGNER, Adriana. Possibilidades e potencialidades da família: a construção de novos arranjos a partir do recasamento. *In*: WAGNER, Adriana (Coord.) **Família em cena: tramas, dramas e transformações**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskij. **Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção**. Curitiba: Santa Mônica, 1998.

_____. **Aspectos psicológicos da adoção**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. **Pais e filhos por adoção no Brasil**. Características, Expectativas e sentimentos. Curitiba: Juruá, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva. **Revista de Direito Privado**, v. 14, abr.-jun. 2003.

_____. **A inconstitucionalidade do processo de adoção judicial**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=611. Acesso: em 24 jan. 2009.

WINNICOTT, Donald Woods. **Privação e delinquência**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **A família e o desenvolvimento individual**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos Wolkmer. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos Wolkmer; LEITE, José Rubens

Morato (Org.). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades Impensáveis: Pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. **Horizontes Antropológicos**. Porto Alegre, ano 12, jul./dez. 2006.

ZVEITER, Waldemar. Adoção por ascendente. *In* STJ – Doutrina. Edição comemorativa. Vol. 6. Brasília: 1999.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)